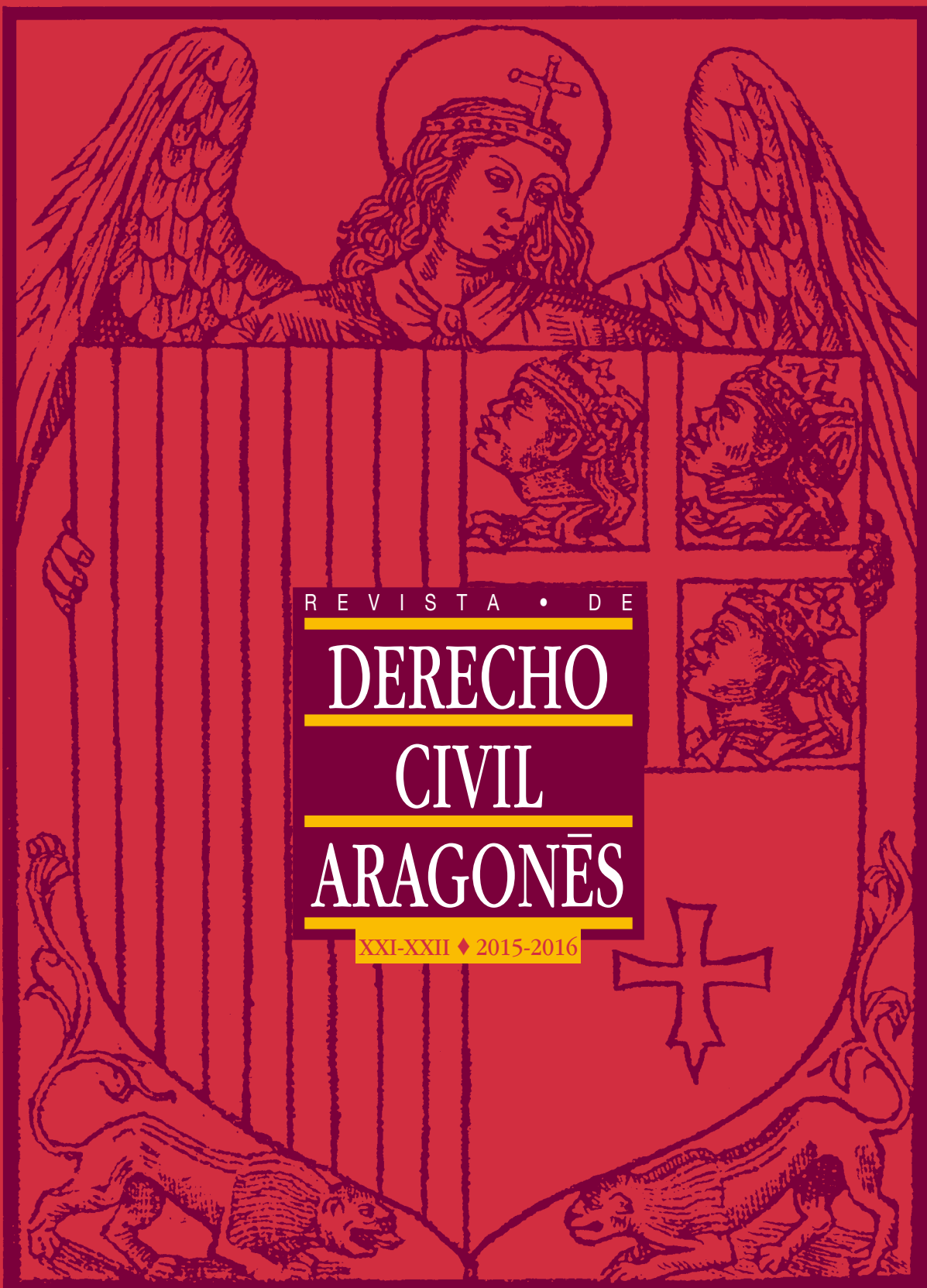




REVISTA • DE

DERECHO
CIVIL
ARAGONÉS

XXI-XXII ♦ 2015-2016

La versión original y completa de esta obra debe consultarse en:
<https://ifc.dpz.es/publicaciones/ebooks/id/3577>



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
XXI-XXII
AÑOS 2015-2016

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

IGNACIO MARTÍNEZ LASIERRA
Magistrado TSJA

ADOLFO CALATAYUD SIERRA
Notario
Zaragoza

JESÚS MORALES ARRIZABALAGA
Profesor Titular
de Historia del Derecho
Universidad Zaragoza

FRANCISCO CURIEL LORENTE
Registrador de la Propiedad
Zaragoza

MAURICIO MURILLO GARCÍA-ATANCE
Magistrado
Audiencia Provincial
de Zaragoza

FERNANDO GARCÍA VICENTE
Justicia de Aragón

HONORIO ROMERO HERRERO
Notario
Zaragoza

SAÚL GAZO ORTIZ DE URBINA
Abogado
Huesca

CARMEN MAESTRO ZALDÍVAR
Procuradora
Zaragoza

VITELIO TENA PIAZUELO
Director General
de Servicios Jurídicos
de la DGA

REVISTA DE DERECHO CIVIL ARAGONÉS

XXI-XXII
AÑOS 2015-2016



INSTITUCIÓN «FERNANDO EL CATÓLICO» (C.S.I.C.)
Excma. Diputación Provincial
Zaragoza, 2016

Publicación número 3490
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
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

ÍNDICE / INDEX
RDCA, 2015-2016, XXI-XXII

ESTUDIOS / STUDIES

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: «Las Comisiones de Derecho civil. La experiencia aragonesa» / « <i>Commissions of civil law. The Aragonese experience</i> ».....	11
LÓPEZ AZCONA, Aurora: «La atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar en caso de ruptura de la convivencia en Derecho aragonés: una relectura de los arts. 77 y 81 CDFA a la luz de la jurisprudencia» / « <i>The attribution of the use of the dwelling and of the family trousseau in the case of breakdown of coexistence in Aragonese law: a re-interpretation of arts. 77 and 81 CDFA (Code of Regional Law of Aragon) on the basis of jurisprudence</i> »	37
VICENTE Y GUERRERO, GUILLERMO: «La defensa de la singularidad jurídica como elemento identitario aragonés. De la crisis dinástica a la crisis legal (1675-1711)» / « <i>The defense of the aragonese legal singularity as a identity element. From the dynastyc crisis to the legal crisis (1675-1711)</i> ».....	113
SAENZ DE SANTA MARÍA VIerna, Alberto: «El testamento del Rey Católico y la legítima aragonesa» / « <i>The will of the Catholic King and the legitimacy aragonesa</i> »	155

NOTAS Y CUESTIONES PRÁCTICAS / NOTES AND PRACTICAL ISSUES

FÉLEZ COSTA, Fernando: «¿Quién se queda con el perro?» / « <i>Who will own the dog?</i> »	175

QUERO CHAMORRO, Francisco de Borja: «La fiscalidad de la fiducia sucesoria aragonesa a la vista de la última jurisprudencia. Comentario de la consulta vinculante de la Dirección General de Tributos v0397-16» / « <i>The taxation of the Aragonese succession trust in view of the latest jurisprudence. Comment on the binding consultation of the Directorate General of Taxes v0397-16</i> »	187

COMENTARIOS DE SENTENCIAS / COMMENTS OF JUDGMENTS

BAYOD LÓPEZ, Carmen: «Reflexiones sobre la STSJA 12/2013 de 26 de febrero y el art. 1348 Cc.» / « <i>Reflections on STSJA 12/2013 of 26th of February and the article 1348 of the Cc.</i> »	199
BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena: «El pago de una renta mensual impuesta al heredero (Con referencia a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 29 de septiembre de 2014)» / « <i>Payment of a monthly income imposed on the heir (With reference to the Ruling of the Higher Court of Justice of 29 September 2014)</i> »	233

MATERIALES / MATERIALS

A. Ley 2/2016, de 28 de enero, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón (BOA Núm. 22 de 03/02/2016)	259
B. Ley 3/2016, de 4 de febrero, de reforma de los arts. 535 y 536 del Código del Derecho Foral de Aragón (BOA Núm. 32 de 17/02/2016)	263
C. Cortes de Aragón y Derecho civil aragonés	265
A) Enmiendas presentadas al Proyecto de Ley de organización y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral. (BOCA. Núm. 317 VIII Legislatura)	265
B) Proposición no de Ley núm. 45/15, sobre la solicitud de un informe a la Comisión Aragonesa de Derecho Civil con relación a la prestación del consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo. (BOCA. Núm. 320. VIII Legislatura)	293
C) Aprobación por el Pleno de las Cortes de Aragón de la Proposición no de Ley núm. 45/15, sobre la solicitud de un informe a la Comisión Aragonesa de Derecho Civil con relación a la prestación del consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo (BOCA. Núm. 324. VIII Legislatura)	297

Índice

D) Tramitación de la modificación de la Ley 2/2016, de 28 de enero, de Medidas fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón en relación al procedimiento de declaración de la Comunidad Autónoma de Aragón como heredera legal	298
1. BOCA Núm. 43. IX Legislatura. Enmiendas 88 a 93	298
2. BOCA Núm. 46. IX Legislatura. Informe de la ponencia.....	301
3. BOCA Núm. 49. IX Legislatura. Dictamen de la Comisión..	304
4. BOCA Núm. 50. IX Legislatura. Pleno	308
E) Tramitación de la modificación de los arts. 535 y 536 del Código del Derecho Foral de Aragón	312
1. Proyecto de ley de reforma de los arts. 535 y 536 del Código del Derecho Foral de Aragón (BOCA Núm. 45, IX Legislatura)	312
2. Aprobación por el Pleno de las Cortes de Aragón del Proyecto de Ley de reforma de los arts. 535 y 536 del Código del Derecho Foral de Aragón (BOCA Núm. 52 IX Legislatura) .	314
D. Informes solicitados por la Comisión de seguimiento del Derecho Foral (Proposición no de Ley núm. 192/12, sobre la creación de una ponencia especial de seguimiento del Derecho Foral publicada en la RDCA-2013)	317
a) Tribunal Superior de Justicia de Aragón	317
b) Informe de la fiscalía de la Comunidad Autónoma de Aragón .	318
c) Informe del Colegio Notarial de Aragón	323
d) Informe del Justicia de Aragón	331
e) Informe del Colegio de abogados	334

NOTICIAS /NEWS

A) Noticias del Justicia de Aragón	343
B) Noticias de la Comisión Aragonesa de Derecho civil	349
C) Cursos, Charlas y Seminarios sobre Derecho civil aragonés	354
D) Otras actividades de difusión del Derecho civil aragonés	357
E) Noticias sobre legislación aragonesa con incidencia en materia civil.....	358

BIBLIOGRAFIA / BIBLIOGRAPHY

A) Recensiones / <i>Reviews</i>	375
1. LACRUZ MANTECÓN, Miguel L.: <i>Convivencia de Padres e hijos mayores de edad</i> , Colección Jurídica general. Monografías, ed. Reus, S.A., Madrid, 2016 (303 págs.) ISBN: 978-84-290-1891-2, por María del Carmen Bayod López	375
2. <i>Comentarios al Código del Derecho Foral de Aragón. Doctrina y jurisprudencia</i> . Director: Jesús Delgado Echeverría. Coordinadores: María del Carmen Bayod López y José Antonio Serrano García. Editorial Dykinson, Madrid, 2015 por Miguel Ángel Tenas Alós y María-Cruz Lascorz Collada	378
B) Repertorio de Bibliografía / <i>Bibliography Repertoire</i>	383

JURISPRUDENCIA / JURISPRUDENCE

A) Resoluciones del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (2015-2016) / <i>Decisions of the High Court and the High Court of Justice of Aragón (2015-2016)</i>	405
B) Resoluciones de las Audiencias Provinciales de Aragón (2014) / <i>Decisions of the Provincials Courts of Aragon (2014)</i>	575
C) Resoluciones de los Juzgados de Primera Instancia de Aragón (2014) / <i>Decisions of the Courts of First Instance of Aragon (2014)</i>	591
D) Resoluciones de las Audiencias Provinciales de Aragón (2015) / <i>Decisions of the Provincials Courts of Aragon (2015)</i>	595
E) Resoluciones de los Juzgados de Aragón (2015) / <i>Decisions of the Courts of Aragon (2015)</i>	605
F) Índices de Jurisprudencia / <i>Jurisprudence Content</i>	615
1. Índice de las resoluciones publicadas en este número / <i>Content of the decisions published in this number</i>	615
NORMAS DE EDICIÓN / PUBLISHING STANDARS	655

ESTUDIOS

STUDIES

LAS COMISIONES DE DERECHO CIVIL. LA EXPERIENCIA ARAGONESA

COMMISSIONS OF CIVIL LAW. THE ARAGONESE EXPERIENCE

Jesús DELGADO ECHEVERRÍA

Catedrático emérito de Derecho civil. Universidad de Zaragoza

RESUMEN

Este artículo nace de un encargo del Parlamento Vasco y la Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País para las Jornadas «El derecho civil vasco del siglo XXI. De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros». La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco, contiene una Disposición Adicional primera que «crea la Comisión de Derecho civil vasco como órgano consultivo». La Ponencia encomendada había de versar sobre «la experiencia aragonesa» en este particular, a cuyo fin, tras unas consideraciones sobre la rareza española de las Comisiones (permanentes) de Derecho civil, se narra la existencia y trabajos de las aragonesas, desde 1881, con especial consideración de la actual (de 1996), y se formulan algunos juicios críticos, reflexiones prácticas y sugerencias.

Palabras clave: Codificación civil. Comisiones de Derecho civil. Derecho foral.

ABSTRACT

This article is the result of a request made by the Basque Parliament and by the Royal Basque Society of Friends of the Country for the Conference “21st century Basque civil law. From the Law of 2015 to its future developments”. Law 5/2015, of 25 June, on Basque civil law contains a first Additional Provision that

“creates the Basque Civil Law Commission as an advisory body”. The Paper requested had to deal with “the Aragonese experience” in this regard, and thus, after some considerations on the Spanish rarity of the “permanent” Civil Law Commission, the existence and work of the Aragonese Commissions is narrated, since 1881, taking the current one (of 1996) into special consideration. Some critical opinions, practical reflections and suggestions are formulated.

Key words: Civil coding. Civil Law Commissions. Regional Law.

SUMARIO

1. LAS COMISIONES (PERMANENTES) DE DERECHO CIVIL, UNA RAREZA ESPAÑOLA. 2. LAS COMISIONES ARAGONESAS, DE 1881 A 1925. 3. LAS COMISIONES ARAGONESAS DE 1935 A 1978. 4. COMISIONES DESDE 1978. 5. LA ACTUAL COMISIÓN, DE 1996. 6. CONSIDERACIONES FINALES. ANEXO.

1. LAS COMISIONES (PERMANENTES) DE DERECHO CIVIL, UNA RAREZA ESPAÑOLA.

Las «Comisiones de Derecho civil» son una peculiaridad, casi diría una rareza, de la vida jurídica española. Creo que solo en España hay una «Comisión de Codificación» permanente, creada en particular para la confección de un Código civil, y que tardó más de cuarenta años en hacerlo: la comisión se crea en 1843 y el Código civil se aprueba en 1888. Se constituye aquella Comisión para situar en el ejecutivo, y no en el Parlamento, la iniciativa y la dirección de la codificación, señaladamente la civil. Compuesta en su mayor parte por magistrados y fiscales del Tribunal Supremo, diputados a Cortes, políticos en ascenso o en retiro, altos funcionarios, algunos abogados y miembros de otras profesiones jurídicas, incluido algún catedrático¹ (todos ellos, normalmente, con destino en Madrid), ha proporcionado sin duda notables servicios a la producción legislativa española. Hoy sigue existiendo y se configura preferentemente como órgano consultivo técnico, asesor del Ministerio de Justicia, pero en otras épocas, muy en particular en la elaboración del Código civil, acabó siendo órgano colegislador con las Cortes: como es bien sabido, el Código civil que el Gobierno iba publicando en la Gaceta de Madrid en cumplimiento de la ley de bases de 1888

¹ En la primera, de 1843, solo un catedrático (entre dieciocho miembros), Domingo María Vila, de la Universidad de Barcelona (y diputado a Cortes).

era el redactado desde años antes por la Comisión, y es ella, y no el Gobierno, la que recibió el encargo de las Cortes de confeccionar la edición revisada que se promulgaría en 1899².

Sin la existencia y la densa historia de la Comisión General de Codificación no se explican las Comisiones de Derecho civil que, primero (desde 1889), fueron creadas para redactar Apéndices, luego (desde 1946) revivieron como Comisiones Compiladoras y, tras la Constitución de 1978, fueron creadas a imagen de aquellas en las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio.

Tanto la Comisión General de Codificación como las otras mencionadas se han ido adaptando a las circunstancias de cada momento histórico. Los muy recientes Estatutos de la primera, aprobados por Real Decreto 845/2015, de 28 de septiembre, la configuran como órgano colegiado asesor de la Administración, en concreto del Ministro de Justicia y del Gobierno en las materias atribuidas a la competencia de aquél, a la vez que acentúan la independencia y el carácter estrictamente técnico de la función de sus vocales. Quizás el Decreto sea el anuncio de nuevos cambios, pues en la página web oficial de la Comisión, tras narrar la historia de la misma, se incluye un largo escrito con el título «hacia una comisión general de legislación y técnica legislativa», poniendo el énfasis en este último aspecto.³

Los objetivos de la codificación, en cada país y momento histórico, determinan los instrumentos utilizados para lograrla. Qué asesoramientos, encargos, comisiones, negociaciones, o intervenciones de particulares, corporaciones u organismos públicos, se produzcan o utilicen en el proceso de confección de los Códigos, depende de aquellos objetivos concretos, pero también del contexto institucional y de otros muchos factores sociales; y, a su vez, cómo sea el proceso de ideación y redacción de los Códigos condicionará el resultado.

En España, tanto la Comisión General de Codificación como las Comisiones Compiladoras y, luego, las formadas en las Autonomías con Derecho civil propio para la redacción de leyes civiles autonómicas son o han sido órganos de la Administración con el encargo principal de redactar textos legales de Derecho civil. En este contexto y en esta tradición jurídica se sitúa la experiencia aragonesa de comisiones redactoras de textos legales de Derecho civil.

² La bibliografía sobre la Comisión de Codificación y su historia es abundante, pero no puede decirse que el tema esté ni mucho menos agotado. Últimamente, Emilia INESTA PASTOR, «La Comisión General de Codificación (1843-1997). De la codificación moderna a la descodificación contemporánea», *AHDE*, tomo LXXXIII, 2013, pp. 65-103; con bibliografía tendencialmente exhaustiva en sus primeras notas, lo que me excusa de reproducirla en esta Ponencia.

³ <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/comision-general-codificacion/quienes-somos>. Consultada el 26 de noviembre de 2015.

Antes de seguir, creo conveniente dejar constancia de que hay modelos o tipos de procesos de redacción de textos legales muy distintos. En el mundo contemporáneo, una experiencia radicalmente distinta de formación de textos de Derecho privado ofrecen los *Restatements* americanos en el ámbito del Derecho anglosajón: aquí el protagonismo corresponde a los colegios de abogados, la magistratura y los profesores de derecho (a través del *American Law Institute*), que redactan textos que, en cuanto tales, nunca serán sancionados por legisladores estatales, aunque acaso (deseablemente) algunos Estados modifiquen consecuentemente su legislación y, aun sin ello, el nuevo *restatement* tendrá fácil acogida por los tribunales. Evidentemente, se trata de otro sistema, otras concepciones del Derecho, de las fuentes del Derecho y de las relaciones entre el Estado y un Derecho (privado), que desconoce la codificación. Pero en el contexto codificador también hay actitudes y planteamientos muy distintos. Por ejemplo, para J. Bentham, es deseable que la redacción del Código civil la haga una sola persona y que esta sea extranjera. No era una extravagancia: además de permitirle postularse como legislador tanto ante Madison como ante el zar Alejandro I, es coherente con el sentido universal deseado para los nuevos Códigos, fundados en la razón y los derechos humanos y superadores de las diferencias que la raza, la religión o la historia han ido introduciendo entre las diversas sociedades: como mucho, la redacción de los códigos sería «un reto puramente lógico de expresión eficaz de las reglas» universales que acaso habría que adaptar en lo irremediable a cada sociedad. Carlos Petit –en un texto que, ya desde el título («Derecho civil e identidad nacional»), reclama la atención de los participantes en estas Jornadas– nos recuerda las ideas de Bentham al respecto: mejor un autor (del Código) que dos, sobre todo si se trata de un jurista extranjero⁴; en caso de duda, la convocatoria de un concurso público con premios suficientes estimularía a las mentes más despiertas y permitiría disponer en breve tiempo de un código excelente⁵. Sin desdeñar, añado yo, la posibilidad de que un particular o grupo de ellos, sin encargo ni, en principio, más legitimación que su propia autoridad como juristas, redacten íntegro un cuerpo legal que, después, los poderes públicos aprobarán. Así quisieron hacer los reunidos

⁴ «*The hand of a foreigner, not only admissible but preferable. Reason. Exemption from local sinister interests and prejudices: deficiency in local knowledge being easily amendable by native hands, in the course of the progress of the work, through the constituted authorities.*».

⁵ Continúa Petit, con las pertinentes referencias bibliográficas (Jeremy BENTHAM (1998), *Legislator of the World. Writings on Codification, Law and Education*, Philip Schofield and Jonathan Harris (eds) Clarendon Press, Oxford.): «En realidad, lo mejor de todo sería encargar el código al mismo Bentham, quien no dejó de ofrecerse a tal efecto: BENTHAM (1998), carta al presidente James Madison (1811, p. 25 y ss.), donde desarrolla el motivo del codificador extranjero; con mayor brevedad, también la carta al zar Alejandro I (1814, p. 45). Véase aún «*Codification Proposal*» (1822, p. 279 y ss.). («*Hands no more than one*», p. 262), con el párrafo ahora transcrito, donde se describe el sistema de concurso público. Carlos PETIT, «Derecho civil e identidad nacional», *InDret*, 3, 2011, p. 18.

entre 1880-81 en el Congreso de Jurisconsultos aragoneses (sin éxito directo, pero sí notable influencia en el proceso posterior), y así obraron los foralistas navarros que redactaron la «Recopilación privada», asumida luego por la Diputación Foral (que la prefirió a la de su propia Comisión) y que, con modificaciones, fue aprobada en 1973 como Compilación o Fuero Nuevo de Navarra⁶. Hay también casos intermedios (comisiones de origen «oficial» que acaban sus trabajos como privadas), como luego se verá.

Encargos individuales y comisiones de tamaño, composición y función muy diversos han intervenido en la redacción de textos legales de Derecho foral en la edad contemporánea. El proceso comienza, en la codificación, precisamente con encargos individuales: el nombramiento como «miembros correspondientes» de la Comisión general de codificación a letrados de reputación por su ciencia y práctica, uno por cada uno de los territorios forales, con la encomienda de redactar sendas «Memorias sobre las instituciones civiles, que, por su vital importancia, fuera conveniente conservar en dichas regiones» (Decreto de Álvarez Bugallal, 2 de febrero de 1880). No nos interesa aquí recordar cómo cumplieron su encargo Lecanda en Vizcaya o Franco y López en Aragón, sino lo siguiente: 1. contra el consejo de Bentham, no se nombra un extranjero, sino a uno del país conocedor de su Derecho; 2. su trabajo consiste en identificar las normas ya vigentes, con vigencia formal y social, y seleccionar entre ellas las que «por su vital importancia» han de conservarse en un pequeño ámbito territorial frente a un Código civil general que sería expresión de la razón universal. Estos rasgos, salvo el de unipersonalidad, acompañan a todas las comisiones formadas al amparo del art. 6º de la Ley de Bases de 1888 y también a las comisiones compiladoras posteriores al Congreso Nacional de Derecho civil de 1946, aunque en él se previera la confección de un Código civil general «hispanico». En el Estado de las autonomías, este es asimismo el punto de partida, si bien por diversos estadios en alguna autonomía, como Cataluña, puede decirse que se ha pasado a la confección de un Código «universal» (aunque sin renunciar a los contenidos jurídicos de siempre), del que el poder político se sirve como instrumento de construcción de la identidad nacional; y en otras sus leyes recientes pueden verse también como estados intermedios o ambiguos entre expresión de las particularidades de la sociedad civil y la instrumentación de los poderes políticos para la construcción de la propia identidad. No parecerá extraña la hipótesis de que la composición y reglas de funcionamiento de las comisiones está condicionada por la finalidad y sentido de las leyes que se pretende que redacten.

⁶ La Asociación de Profesores de Derecho Civil está trabajando en una «Propuesta de Código civil» para España. Ha aprobado ya los libros V y VI (en la nueva sistemática, corresponde a «Obligaciones y contratos» y «Prescripción») es su reunión de Cuenca en octubre de 2015 y tiene el compromiso de presentar un Código completo en 2017. <http://www.derechocivil.net/esp/libros.php>

2. LAS COMISIONES ARAGONESAS, DE 1881 A 1925

En Aragón, desde mediados del siglo XIX (el Congreso de Jurisconsultos aragoneses sería la mejor expresión de estas ideas), la pretensión es codificar el Derecho aragonés, bien sea mediante un Código civil español basado en la tradición jurídica aragonesa (Joaquín Costa) o, al menos, compatible con la misma; o bien, fracasado este deseo con la publicación del Código civil de 1888, mediante un Código civil propio regulador de las instituciones aragonesas imprescindibles junto a aquel otro Código general.

Esta última es la opción obligatoria para las primeras comisiones aragonesas basadas en la ley de bases de 1888. Fueron los aragoneses los que introdujeron en aquella ley su art. 7º (enmienda de Gil Berges, presentada en el Congreso en 1885), origen y fundamento de todas las comisiones posteriores hasta la Constitución de 1978⁷. En él se prevé que «El Gobierno, previo informe de las Diputaciones provinciales de Zaragoza, Huesca, Teruel e Islas Baleares y de los Colegios de Abogados de las capitales de las mencionadas provincias, y oyendo a la Comisión General de Codificación, presentará a la aprobación de las Cortes, en el plazo más breve posible, a contar desde la publicación del nuevo Código, el proyecto de ley en que han de contenerse las instituciones civiles de Aragón e Islas Baleares que convenga conservar».

Las Diputaciones provinciales y los Colegios de Abogados habían de presentar un «informe previo»: con este fundamento la Diputación de Zaragoza, tan pronto como octubre de 1889, tomó la iniciativa de convocar una reunión de representantes de las demás Corporaciones informantes, invitación que hizo extensiva al Colegio de Notarios y a la Facultad de Derecho de Zaragoza. En esta reunión, celebrada el 26 de octubre de 1889, acordaron crear una comisión de ocho ponentes: Gil Berges, Martón, Escosura (Desiderio), Casajús, Ripollés, Isábal, Serrano (Luciano) y Sasera. Las Corporaciones, no nombraron a uno de los suyos, sino que se concertaron para que formaran parte de la Comisión los mejores expertos del momento. Salvo Escosura y Serrano, los otros seis habían sido nombrados para cometido similar por el Congreso de Jurisconsultos en 1881. Al menos tres (Gil Berges, Escosura, Isábal) son conocidos dirigentes republicanos y prestigiosos abogados. Tres son catedráticos de la Facultad de Derecho (Casajús, Ripollés, Sasera). Martón era abogado, autor de obra importante sobre

⁷ JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA, «El origen del primitivo artículo 13 del Código civil y el Derecho aragonés», *Asociación de Profesores de Derecho civil, Centenario del Código civil (1889-1989)*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, T. I, Madrid, 1990, pp. 657-661. Accesible en <https://www.researchgate.net/publication/282606964>

Derecho aragonés y político del partido liberal; Serrano era notario⁸. El encargo recibido consistía en presentar un proyecto de Apéndice del Derecho civil aragonés en forma de Código, del cual había de ser supletorio el Código civil general de España. Para ello tomaron como materiales la Memoria de Franco y López, sobre la que hicieron informes particularizados, y las conclusiones del Congreso de Jurisconsultos de 1881.

Trabajaron intensamente. En 1895 tenían prácticamente terminado el texto que quisieron llamar «Código civil de Aragón» (aunque la denominación oficial hubiera de ser la de «Apéndice»)⁹. En 1899 Durán y Bas, Ministro de Gracia y Justicia durante unos meses en el gobierno de Silvela (el de «después del desastre»), pone en marcha mediante los Decretos de 17 y 24 de abril Comisiones especiales para la redacción de los Apéndices. Sus miembros serían nombrados, en el caso de Aragón, a propuesta de las tres Diputaciones provinciales, los tres Colegios de Abogados, la Universidad, la Academia Jurídica Aragonesa y el Colegio Notarial de Zaragoza. La Comisión de Ponentes (que habían sido designados por las mismas Corporaciones) se considera a sí misma «privada», se disuelve y remite a la Comisión «oficial» el Proyecto que entonces se imprime.

No es fácil saber lo que hubo de ruptura y de continuidad entre ambas Comisiones, cuyos miembros fueron propuestos por las mismas corporaciones públicas con diferencia de diez años. Parece que en la primera hay mayor espontaneidad y atención prioritaria a la competencia científica, más dirigismo desde Madrid junto a consideraciones administrativas y de representación institucional en la segunda. La coyuntura de 1889 era liberal y conservadora en 1899. También, simplemente, habían pasado 10 años y cambiado la vida de las personas: por ejemplo, Ripollés, que en principio había de presidir también la Comisión en 1899, fue nombrado gobernador civil de Huesca (lo había sido de Guadalajara y Cuenca); Franco y López, miembro correspondiente de la Comisión de codificación y autor de la Memoria y la Adición a la Memoria con propuesta de texto articulado, ausente en ambas comisiones, había fallecido en 1896. En cualquier caso, siguen Gil Berges, Isábal y Casajús, que con Gil y Gil (sobrino del primero e igualmente republicano, sería catedrático de civil en 1904) parecen los más caracterizados como expertos en la materia. Pero lo más

⁸ Referencias biográficas, en *Gran Enciclopedia Aragonesa* y en LÓPEZ SUSÍN, *Gente de Leyes. El derecho aragonés y sus protagonistas*, Zaragoza, 2004, pp. 104 ss. De Casajús, Ripollés y Sasera, además y mejor, en *Diccionario de catedráticos españoles de derecho (1847-1943)*, accesible en http://portal.uc3m.es/portal/page/portal/instituto_figuerola/programas/phu/diccionariodecatedraticos

⁹ Más detalles en Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, «El camino aragonés», estudio preliminar a *Los Proyectos de Apéndice del Derecho civil de Aragón*, Institución «Fernando el Católico», Diputación Provincial de Zaragoza, I, 2005, pp. 5-61, que se ocupa de todas las comisiones y textos hasta el Apéndice de 1925. Accesible en <http://ifc.dpz.es/publicaciones/ver/id/2632>

notable del trabajo de esta comisión es que, según testimonios fiables (los de Isábal y de un hijo de Gil y Gil) el texto fue obra exclusiva y personal de Joaquín Gil Berges, redactado en el verano de 1903 en la casa que ocupaba en el número 43 de la calle Mayor de Jaca¹⁰.

Pudo hacerlo, y bien, porque contaba con textos previos de calidad. Lo que se presta a reflexión sobre protagonismos personales y creaciones corales, sobre la utilidad de las Comisiones y el aprovechamiento de sus trabajos. El proyecto que llamamos «de Gil Berges» se publicó en Zaragoza en 1904 a la vez que el 29 de febrero se enviaba al Ministerio. Allí durmió en un cajón sin que sobre él se tomara ninguna iniciativa hasta 1920. Por estas fechas se habían manifestado algunas protestas, incluso en las Cortes, motivadas por la jurisprudencia abusivamente unificadora del Tribunal Supremo. Que la Comisión de Codificación comenzara a ocuparse de lo que acabaría siendo el Apéndice aragonés puede tener diversas explicaciones, incluido el interés personal de Antonio Maura de dedicar su tiempo, una vez apartado ya definitivamente del Gobierno, a la Comisión de codificación y, muy en especial, a la redacción del Apéndice, en función de ponente, en los últimos años de su vida (falleció el 13 de diciembre de 1925, durante *la vacatio legis* del Decreto que publicaba el Apéndice). Pero el dato principal es que en el cajón tenían el Proyecto de 1904. El Apéndice de 1925 está fabricado por Maura recortando de aquel Proyecto (que, en su «Nota de Ponencia» de 1924, llamará «propuesta») los fragmentos de artículos que le parecieron salvables con criterio muy restrictivo, dándoles acaso otra redacción y poniéndolos uno detrás de otro, en operación de «corta y pega», con numeración que sigue el orden del Código civil.

Para estas reflexiones sobre el destino de los trabajos de las comisiones y los protagonismos personales interesa añadir que fue Isábal, entre 1920 y 1925, el que llevó la voz aragonesa como «miembro correspondiente» de la Comisión de Codificación, viajando cada semana a Madrid para la reunión semanal: en 1920 era Marceliano Isábal Decano del Colegio de Abogados de Zaragoza y el jefe de los republicanos en la ciudad (tras el fallecimiento de Gil Berges en 1920), tenía setenta y cinco años, había tenido intervención relevante en el Congreso de Jurisconsultos aragoneses de 1880-81 y formado parte de las Comisiones de 1889 y 1899. En 1926 publicó Isábal su «Exposición y Comentario del cuerpo legal denominado Fueros y Observancias del Reino de Aragón», cuerpo derogado en enero de ese año por el Apéndice. No parece que a Isábal le gustara nada el Apéndice a cuya confección había contribuido. La larga «Exposición» (casi setecientas páginas) va precedida de un prólogo de Antonio Maura, y la cierran unas páginas de Isábal con un «Recuerdo» a Antonio Maura, que acababa de fallecer. Por cierto, el zaragozano Galo Ponte y Escartín, Ministro de Gracia y Justicia del primer gabinete civil de la Dictadura de Primo de

¹⁰ Referencias en DELGADO, 2005, p. 48.

Rivera, que como tal refrenda el Decreto de publicación del Apéndice, se había formado como pasante en el despacho de Isábal.

3. LAS COMISIONES ARAGONESAS DE 1935 A 1978

Estas páginas no son una historia del Derecho aragonés, ni siquiera de sus textos legales. Exponen los hechos que parecen más relevantes sobre el origen de las diversas comisiones formadas por juristas más o menos expertos o especializados que han asumido la tarea, normalmente por encargo de órganos políticos o administrativos, de redactar textos que pudieran convertirse en leyes reguladoras de las instituciones de Derecho civil aragonés. La narración y análisis de la «práctica prolongada» y variada de estas Comisiones (composición, distribución y realización del trabajo, relaciones con otros órganos e instituciones...) puede «proporcionarnos conocimiento o habilidad para hacer algo», que en esto creo que consiste la «experiencia» (ver en DRAE) a que alude el título que recibí para esta ponencia.

Ahora bien, la historia seguiría de otro modo si el «Apéndice al Código civil correspondiente al Derecho civil de Aragón» hubiera tenido buena acogida. Lo que ocurrió es que fue criticado de inmediato (Moneva, Gil y Gil, De la Fuente Pertegaz, Palá Mediano...) sin que ninguna voz en Aragón lo defendiera. Tan pronto como se pudo se creó una Comisión «de Abogados y Jurisconsultos aragoneses» para la revisión del Apéndice. Es poco conocido que esto ocurrió bajo la Segunda República, por O. M. de 15 de junio de 1935, por las mismas fechas en que en Aragón se preparaba un Estatuto de Autonomía; que la Comisión se constituyó y comenzó a trabajar de inmediato, produciendo una «Ponencia Preparatoria» (obra de Sancho Seral, De la Fuente Pertegaz, Ortega San Íñigo, Palá Mediano y Castán Tobeñas) que sería aceptada y seguida después de la guerra; y, acaso aún más sorprendente, que la Comisión fue confirmada en 1944 por el Ministro de Justicia (Aunós), quien ordenó continuar la labor encomendada por la O.M. de 1935 nombrando nuevos miembros, de los cuales al menos cinco (precisamente los autores de la Ponencia) habían formado parte de ella en 1935¹¹. La Comisión es ya numerosa en 1944, quince componentes, algunos por sus cargos institucionales (Decanos de Colegios de Abogados y del Notarial), otros designados nominativamente, muchos de ellos personalidades relevantes,

¹¹ Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, «Estudio Preliminar» a Comisión Compiladora del Derecho foral aragonés, *Informes del Seminario (1954-1958)*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1996, v. I, pp. XIX-LIV, más anexo documental. Sobre la Comisión de 1935 y la orden del Ministro Aunós en 1944, pp. XXXIII y LXXIV. Accesible en <https://www.researchgate.net/publication/263932488>

algunos con residencia en Madrid, como es el caso señalado de José Castán Tobeñas (que también había sido miembro en 1935).

La confirmación de esta Comisión en 1944 no se entiende sin la creación en Aragón, en 1940, de un Consejo de Estudios de Derecho Aragonés, relacionado con la Universidad y el CSIC, pero integrador también de muchos abogados y otros profesionales del Derecho, estudiosos y defensores del Derecho civil propio. Por supuesto, la mayoría, si no todos, los miembros de la Comisión lo eran también del Consejo. Este lidera, desde entonces y al menos hasta finales de los años sesenta, la renovación de los estudios de todos los Derecho civiles forales o especiales y propicia las tareas legislativas en este terreno. En particular, convocó el Congreso Nacional de Derecho Civil de 1946, celebrado en octubre de ese año en Zaragoza, que es el origen e impulso de toda la actividad compiladora posterior de los Derechos civiles coexistentes en España (expresión que procede de aquel Congreso), encauzada a través de las Comisiones creadas por el Decreto de 23 de mayo de 1947 y las Órdenes ministeriales correspondientes¹².

Como escribió Martín-Ballester y Costea (secretario tanto de la Comisión de 1944 como de la de 1948, en toda la duración de esta), «el Decreto de 1947 y la Orden de 1948 fueron para Aragón una simple ratificación del encargo de revisar el Apéndice, pero amoldándole al nuevo criterio y con la más amplia misión de las Compilaciones».

Merece subrayarse el papel del Consejo de Estudios: además de sus actuaciones hacia fuera, respecto de los demás Derechos forales y sus estudiosos (especialmente a través de las Jornadas de Jaca, desde 1942), en Aragón es, por una parte, aglutinador, cauce y estímulo de todas las inquietudes y proyectos sobre su Derecho civil, y por otra la instancia de la «sociedad civil» que mueve a los poderes públicos en todo el proceso compilador desde los tiempos más autoritarios del franquismo. Las conclusiones del Congreso de 1946 pueden verse como una gran reflexión sobre cómo hay que legislar sobre los Derechos forales y, consecuentemente, cómo han de ser y trabajar las Comisiones que preparen los textos. Los dos grandes problemas subyacentes eran quién nombra a los miembros de las Comisiones (solo Navarra consiguió nombramiento autónomo, de su Diputación Foral), con qué criterios (distribución entre corporaciones y territorios, presencia de expertos foralistas, entre otros) y cuál había de ser la intervención de la Comisión General de Codificación. También en esto solo Navarra consiguió evitarla, pero el deseo era compartido por todos los foralistas: la reu-

¹² Reseña y análisis de aquel Congreso y de sus consecuencias, desde el punto de vista del Derecho civil vasco, pero muy completos y documentados en general, en Andrés María URRUTIA BADIOLA, *Código, Compilación y Fuero Civil. Elementos para una historia del Derecho civil foral vasco (1876-1992)*, Academia Vasca de Derecho, Bilbao, 2013.

nión en septiembre de 1947 en el Monasterio de Monserrat¹³ lo demuestra, y también las pocas esperanzas que tenían de conseguirlo.

La Comisión configurada en 1948, que presentaría a información pública un primer Anteproyecto en 1961, base de la Compilación de 1967, era una Comisión amplia y heterogénea, con algunos miembros que no residían en Zaragoza, otros con escaso conocimiento del Derecho civil e incluso con falta de tiempo y, posiblemente, de ganas de ocuparse de legislar. Entre 1954 y 1957 eran unos veintisiete. A la importante sesión en que decidieron crear un Seminario interno bajo la dirección del Prof. Lacruz (16 mayo 1953) acudieron dieciséis. Fue necesario aprobar un completo Reglamento interno (3 diciembre 1955) que regulaba el Pleno, las Subcomisiones y el Seminario. Este realizaría los estudios previos (de hecho, presentó textos articulados junto a, en muchos casos, memorias muy elaboradas); las Subcomisiones, sobre los trabajos del Seminario, presentarían al Pleno un Proyecto articulado; para el Pleno, las enmiendas habían de presentarse por escrito y en las sesiones del mismo «solo podrán intervenir oralmente los Vocales que hubieren presentado enmiendas o hubieren sido designados para defender estas y los dictámenes» (art. 11 del reglamento)¹⁴. Además, se constituía una Comisión permanente que, al final del proceso, actuaría de Ponencia del Proyecto definitivo.

El rango distintivo de aquella Comisión y de su forma de trabajar es el mencionado Seminario, decisivo para el resultado, es decir, la Compilación de 1967, que ha sido en general muy bien valorada desde su publicación y hasta ahora dentro y fuera de Aragón. Los miembros del Seminario no lo eran de la Comisión (salvo su director, José Luis Lacruz), sino jóvenes universitarios y profesionales con vocación investigadora propuestos por Lacruz y nombrados por aquella, que trabajaron intensa y desinteresadamente durante más de diez años en la Facultad de Derecho. Algunos escribieron sus tesis doctorales o publicaron artículos en revistas, todos contribuyeron a la redacción de los Informes que el Seminario presentaba a la Comisión, marcando con ello definitivamente las líneas maestras y muchos de los detalles del texto aprobado como ley en 1967. El primer informe del Seminario está datado en 1954, en 1961 presentaron un Anteproyecto completo para una Compilación. Pasados más de cuarenta años desde el inicio de sus trabajos, vigente desde casi treinta la Compilación ya modificada en el nuevo marco constitucional, el Justicia de Aragón acertó al imprimir y difundir aquellos informes que hasta entonces, en sus escasos ejemplares a

¹³ Vid. «Acta de la reunión de foralistas en el monasterio de Monserrat (1947)», en RDCA, 1999-V-(nº 2), pp. 373-377. Accesible en http://www.unizar.es/derecho/standum_est_chartae/weblog/rdca/rdcav2/d04002.pdf

¹⁴ DELGADO (1996), pp. LXXXII-LXXXIV.

ciclostil, eran tesoro de unos pocos. Son más de mil páginas impresas que aparecieron en tres volúmenes en 1996.

La Comisión no se disolvió con la publicación de la Compilación en 1967 sino que, por el contrario, la Disposición Adicional de la misma preveía una revisión decenal en la que ella era protagonista. El modelo evidente eran las Disposiciones Adicionales del Código civil, que nunca se han cumplido en sus propios términos. Tampoco se realizó la previsión de la Compilación aragonesa (ni las de las demás Compilaciones que contenían regla similar). Lo que no quita para reflexionar sobre la necesidad o conveniencia de que un órgano consultivo específico se ocupe de la actualización de las leyes civiles (compilaciones, códigos) una vez promulgadas, en atención a los problemas que la aplicación de la ley haya puesto de manifiesto y de las cambiantes necesidades y valoraciones de la sociedad. Creo que esta es la situación en el Derecho catalán y en el aragonés y puede ser similar en el vasco después de la Ley que acaba de entrar en vigor.

La Comisión compiladora aragonesa no se extinguió formalmente hasta 1985, cuando la Ley (aragonesa) 3/1985, de 21 de mayo, derogó la Disposición Adicional de la Compilación. Más bien expidió el certificado de defunción de un ente que ya había expirado. Para entonces ya se habían formado dos comisiones (y media) con el cometido de revisar la Compilación, como veremos de inmediato. Pero su existencia en el papel prestó cierto servicio cuando en 1977 el Ministerio de Justicia, antes de confeccionar el Decreto Ley que fijaba la mayoría de edad de todos los españoles a los dieciocho años, quiso consultar a Aragón su opinión sobre la incidencia en el Derecho propio, y lo hizo por doble vía: La Diputación General, Ente preautonómico, y la Comisión compiladora, que sus propios miembros incluido el secretario daban por disuelta, y que contestó con informe idéntico al de la DGA. El resultado fue la sustitución en los arts. 6, 27 y 91 de la Compilación de la expresión «veintiún años» por la de «dieciocho años». Estas vicisitudes influyeron también en la aprobación, poco después, de la Disposición Adicional 2ª de la Constitución, introducida en el Senado por los miembros de la Candidatura Aragonesa de Unidad Democrática.

Para aquellas fechas¹⁵, un Real Decreto de 23 de abril de 1977, posiblemente bienintencionado, pretendió revivir todas las Comisiones compiladoras que

¹⁵ En 1973 se había constituido, a iniciativa de los asistentes a una de las «Jornadas de Jaca», un «Instituto Español de Derecho Foral» que tenía la pretensión de aglutinar a los foralistas de todas las regiones de España. Algo tiene que ver el Instituto con la iniciativa del Ministerio en 1977. Su primera Asamblea General, convocada para Pamplona en octubre de 1975, hubo de posponerse por coincidir con la agonía del general Franco. Esta anécdota muestra suficientemente que ya no eran tiempos de unidad de los foralismos españoles, sino que los juristas de cada uno de los Derechos civiles coexistentes en España estaban ya preparando, cada uno por su cuenta, el desarrollo de su Derecho propio en el previsible marco estatutario. Una de las últimas actividades del Instituto fue la Semana de Derecho foral celebrada en Bilbao y Guernica en 1979, convocada por la Sección de Vizcaya y Álava del citado

necesitaban «revisión decenal» con designaciones de vocales que habría de hacer el Ministerio. Este cauce era ya inviable –las regiones con más clara vocación autonómica tenían ya otros planes– y nada se hizo entonces. Esta sería la «media comisión» (en realidad, nonata) a que me he referido más arriba.

4. COMISIONES DESDE 1978

El siguiente paso es posterior a la Constitución de 1978¹⁶. La Diputación General de Aragón (Ente Preautonómico), presidida por J. A. Bolea, mediante acuerdo de 22 de diciembre de 1980, «en consideración a que el Derecho foral aragonés forma parte de la esencia de nuestro pueblo» había solicitado al Gobierno la atribución de las facultades que el RD de 23 de abril de 1977, que acabo de mencionar, confería al Ministerio de Justicia en orden a la actualización de la Comisión de Juristas.

Consecuencia de esta iniciativa aragonesa fue el RD 1006/81, de 22 de mayo, que crea la Comisión de Juristas de Aragón para la adaptación a la Constitución española del Derecho civil aragonés¹⁷. El Decreto delegaba en el Ente Preautonómico aragonés el nombramiento de los vocales, doce de ellos a propuesta de Entidades y Colegios Profesionales¹⁸. Preveía asimismo el Decreto que

Instituto y la Comisión de Vizcaya de la Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País. Adrián Celaya fue miembro fundador de aquel Instituto y siempre deseó su continuidad: quede dicho en homenaje a su memoria.

¹⁶ La evolución de la legislación aragonesa a partir de esta fecha, con documentada reseña de las sucesivas Comisiones, puede verse en José Antonio SERRANO GARCÍA, «Derecho civil de Aragón: presente y futuro», *Revista de Derecho civil Aragonés*, XV, 2009, pp. 23-72. Accesible en <http://ifc.dpz.es/publicaciones/ebooks/id/2996> (consultado el 24 de noviembre de 2015). Publicado primeramente en la Revista Jurídica de Navarra, julio-diciembre 2008, núm. 46, pp. 109-163.

¹⁷ Hay otro Decreto de la misma fecha para Baleares, pues Aragón y Baleares eran los únicos territorios con Derecho foral que no estaban todavía constituidos en Comunidad Autónoma.

¹⁸ Fueron en efecto propuestos y nombrados los siguientes juristas: por la Diputación General de Aragón, J. L. Merino Hernández; por la Diputación Provincial de Huesca, C. Serena Velloso; por la Diputación Provincial de Teruel, P. Gómez López; por la Diputación Provincial de Zaragoza, J. L. Lacruz Berdejo; por la Audiencia Territorial de Zaragoza, J. Luna Guerrero; por el Colegio de abogados de Huesca, M. Samitier Manau; por el Colegio de Abogados de Teruel, A. Julián Cativiela; por el Colegio de Abogados de Zaragoza, J. Bergua Camón; por el Colegio Notarial de Zaragoza, R. Giménez Martín; por la Delegación del Colegio de Registradores, J. J. Oria Liria; por la Facultad de Derecho, J. Delgado Echeverría, y por el Consejo de Estudios de Derecho Aragonés, L. Martín-Ballesteros y Costea. Como puede verse, los nombramientos fueron negociados para que estuvieran todos los foralistas que tenían que estar, a propuesta en cada caso de la entidad o colegio que pareció oportuno.

los miembros electos pudieran proponer hasta un máximo de tres vocales. Así lo hicieron, tratando de lograr la mayor representatividad y equilibrio ideológico en el seno de la Comisión¹⁹. Presidió la Comisión José Luis Lacruz Berdejo, fue Vicepresidente de ella Ángel Cristóbal Montes y Secretario José Luis Merino Hernández.

La Comisión trabajó con regularidad un par de años (casi treinta sesiones de trabajo) y para cuando tenía más que mediado su trabajo el Estatuto estaba promulgado (10 agosto 1982) sin que nada dijera de esta Comisión. Puesto que el Decreto a cuyo amparo se creó preveía en su disposición transitoria que la Comisión «acomodará su funcionamiento a las previsiones del Estatuto de Autonomía de Aragón, en el momento en que éste sea aprobado», el Presidente de la Comisión consultó a la Diputación General sobre si debía abandonar o continuar el encargo hasta darle cumplimiento. La respuesta fue que prosiguiera hasta darle fin, y así lo hizo la Comisión, «conscientes de la modesta virtualidad de nuestra labor, que apenas excede, a la luz del Estatuto, de una obra privada auspiciada por la Administración; pero obra de un grupo en el que entran o al que fueron llamados los especialistas conocidos en el Derecho del antiguo Reino; y no autodesignados o elegidos por la Administración, sino propuestos por las entidades jurídicas del territorio. Obra, por tanto, que puede ser útil como punto de partida, ahorrar tiempo y facilitar el resultado de las futuras tareas de las Cortes de Aragón». Así explica los hechos la exposición de motivos de esta propuesta de reforma, que fue entregada por los componentes de la Comisión al primer Presidente de la Comunidad (Santiago Marraco) al poco de tomar éste posesión de su cargo (junio de 1983). Con ello la Comisión se consideró disuelta.

Llama la atención el paralelismo –ciertamente, no buscado por nadie– con lo ocurrido en 1899 con la Comisión que presidió Ripollés. En ambos casos el trabajo realizado por una Comisión que empieza siendo «oficial» y se ve luego sustituida por otra fue a la larga de gran utilidad. De hecho, la mayor parte de las reformas aprobadas legalmente en 1985 proceden de la propuesta de ley elaborada en la Comisión que presidió Lacruz Berdejo.

Un Decreto de la Diputación General, de 5 de abril de 1984, creó como órgano adscrito al Departamento de Presidencia una Comisión Asesora sobre el Derecho civil aragonés²⁰, con solo siete miembros designados libremente, sin intervención ni consulta a los colegios profesionales, los tribunales ni la Universidad, y un pre-

¹⁹ Propusieron y fueron nombrados J. L. Batalla Carilla, A. Cristóbal Montes y R. Sainz de Varamanda.

²⁰ Otro Decreto de junio del mismo año nombró a sus miembros: J. M. Sánchez-Cruzat, A. Bonet Navarro, J. Delgado Echeverría, J. A. García Toledo, R. Giménez Martín, J. J. Oria Liria y J. L. Merino Hernández, que la presidió.

sidente impuesto por el Gobierno. Podía pensarse en una opción –legítima– de dirigir políticamente desde el Gobierno el sentido y contenido de la reforma que la Compilación necesitaba para su adaptación constitucional.

Pero el hecho es que esta Comisión hizo suyo el texto de la anterior presidida por Lacruz (con algunas modificaciones que recogieron puntos de vista minoritarios en aquella) y, en pocas sesiones, aprobó un anteproyecto de ley de reforma de la Compilación que presentó al Gobierno en octubre del mismo año.

El Proyecto del Gobierno (sustentado por el PSOE) reprodujo exactamente el Anteproyecto de la Comisión Asesora. Como dijo el entonces Consejero de Presidencia y Relaciones Institucionales, Cuartero Moreno, esta coincidencia tiene la finalidad de «respetar así el trabajo técnico elaborado por juristas expertos y permitir que, sin ninguna otra intermediación, sean las Cortes de Aragón, que ostentan la legítima representación del pueblo aragonés, las que traten, aportando a través del trámite parlamentario, las orientaciones y directrices que estimen de interés».

Observamos aquí dos rasgos de la mayor importancia: la Comisión aprueba anteproyectos porque así lo prevén las normas por que se rige, y el Gobierno recibe este texto, lo aprueba como Proyecto sin modificar ni una coma, porque quiere hacerlo así, y lo envía a las Cortes. Lo mismo ha ocurrido hasta ahora, en la formación de las leyes de 1999, 2003, 2006 y 2010²¹. Cuando el Gobierno o el Grupo Parlamentario que lo sustenta han querido hacer una ley de su propia iniciativa, la han planteado como proposición de ley, directamente en las Cortes (tal es el origen de las leyes de Parejas de hecho de 1999 y de Custodia compartida de 2010²²).

Aprobada la Ley 3/1985, de 21 de mayo, «sobre la Compilación del Derecho civil de Aragón» (es decir, su adaptación a la Constitución), la Comisión Asesora creada en 1984 no dio más señales de vida²³. Pero el Decreto de 1984 que la creó no fue derogado hasta diez años más tarde, por el Decreto de 12 de julio de 1994

²¹ Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte; Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad; Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona; Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho civil patrimonial.

²² Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas; Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres.

²³ La Ley 3/1998, de 25 de abril, sobre la equiparación de los hijos adoptivos, fue fruto de una proposición de ley presentada en las Cortes por el Grupo Parlamentario que sustentaba al Gobierno. La consecuencia principal de la misma, ciertamente no buscada ni prevista, es que al recurso de inconstitucionalidad presentado por el Gobierno de la Nación respondió el Tribunal Constitucional con su S. 88/1993, de 12 de marzo, en la que sienta la capital doctrina del TC sobre el art. 149-1-8ª CE que el propio TC mantendrá en todas las ocasiones posteriores en que ha debido pronunciarse sobre el tema.

que creó una nueva «Comisión Aragonesa de Derecho civil»²⁴. A iniciativa suya se aprobó la Ley 4/1995, de 29 de marzo, «de modificación de la Compilación del Derecho civil de Aragón y de la Ley del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de sucesión intestada». Su finalidad era la muy razonable de sustituir al Estado por la Comunidad Autónoma como heredera de los aragoneses que fallecen sin disponer de sus bienes ni dejan parientes con derecho a heredar. Otras Comunidades Autónomas hacía años que establecieron similar regulación. La ley, enviada a las Cortes como proyecto del Gobierno, se aprobó en estas por unanimidad.

5. LA ACTUAL COMISIÓN, DE 1996

Al año siguiente —están por medio elecciones autonómicas y cambio de gobierno— un Decreto de 20 de febrero 1996 regula de otro modo la Comisión Aragonesa de Derecho civil y renueva su composición. Tomó la iniciativa Manuel Giménez Abad, Consejero de Presidencia de un gobierno del PP, años más tarde asesinado por ETA. La Comisión sigue siendo órgano consultivo adscrito orgánicamente al Departamento de Presidencia y relaciones institucionales, que tiene como funciones principales informar con carácter preceptivo los Anteproyectos de ley de conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil Aragonés, así como los del Derecho procesal civil derivado de las peculiaridades de aquel, y, señaladamente, «elaborar los Anteproyectos de ley sobre las citadas materias que el Gobierno de Aragón le encomiende». Su rasgo distintivo y novedoso es que cinco de sus miembros (de un máximo de once, todos ellos juristas de reconocido prestigio), son propuestos por diversas instituciones: el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, los Colegios de Abogados de Zaragoza, Huesca y Teruel (de común acuerdo), el Colegio Notarial de Aragón, la Junta Territorial de Aragón (hoy Colegio) del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza. El resto es propuesto libremente por el Consejero de Presidencia para su nombramiento, como todos, por Decreto de la Presidencia. Se trataba, obviamente, de propiciar unas relaciones más fluidas entre la Comisión y los juristas aragoneses, a través de sus instituciones representativas, para hacer llegar a los trabajos prelegislativos las inquietudes y puntos de vista de los profesionales del Derecho en cuyas manos está la aplicación de las leyes.

²⁴ La presidió, como la anterior, J. L. Merino Hernández y fueron sus miembros J. García Almazor, L. A. Gil Nogueras, A. Aranda Pastor, A. Bonet Navarro (que cesó de inmediato a petición propia), J. M. Jarabo Rodes y M. Murillo García-Atance; en abril de 1995 se incorporaron J. Sancho-Arroyo López-Rioboo y A. Calatayud Sierra.

Los nombramientos a propuesta de las instituciones mencionadas recayeron en J. Cereceda Marquínez, R. Torrente Giménez, A. Calatayud Sierra (elegido luego secretario), J. García Almazor y J. Delgado Echeverría (elegido luego presidente). A propuesta del Consejero de Presidencia fueron nombrados J. L. Batalla Carilla, F. García Vicente, J. Martínez Cortés, J. Sancho-Arroyo López-Rioboo y J. A. Serrano García²⁵. Hoy está compuesta la Comisión por David Arbués Aísa, José Luis Batalla Carilla, Adolfo Calatayud Sierra, Jesús Delgado Echeverría (Presidente), José Manuel Enciso Sánchez, José García Almazor, Fernando García Vicente, María Ángeles Parra Lucán, Javier Sancho-Arroyo López-Rioboo, Rafael Santacruz Blanco, José Antonio Serrano García (Secretario)²⁶. Según el Decreto regulador, a las reuniones de la Comisión podrá asistir el Director General de Asuntos Jurídicos y Coordinación normativa de la Diputación General de Aragón (hoy, se entiende que el D. G. de Desarrollo Estatutario y Relaciones Institucionales). Su asistencia ha sido variable según personas y épocas. Rafael Santacruz, cuando fue Director General, se aficionó poco a poco a las reuniones e intervino luego activamente. Cuando cesó en el cargo fue nombrado miembro de la Comisión.

²⁵ Fernando García Vicente dejó de asistir a las sesiones al ser nombrado Justicia de Aragón, por entenderlo incompatible. Por Decreto de 28 de septiembre de 1999, de la Presidencia del Gobierno de Aragón (BOA núm. 130, de 8 de septiembre de 1999), se nombra nuevo vocal de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil a María Ángeles Parra Lucán, profesora titular de Derecho civil, quien por Decreto de 7 de febrero de 2000 es nombrada Secretaria de la Comisión en sustitución de Adolfo Calatayud Sierra (que cesó en este cargo a petición propia). Por Decreto de 7 de junio de 2000, de la Presidencia del Gobierno de Aragón (BOA núm. 70, de 16 de junio de 2000), se acepta la renuncia del magistrado jubilado Joaquín Cereceda Marquínez como vocal de la Comisión. Para cubrir la vacante producida se nombró (Decreto de 19 de julio de 2000, BOA núm. 96, de 11 de agosto de 2000) al magistrado Juan Ignacio Medrano Sánchez, quien no llegó a tomar posesión por serle denegada por el Consejo General del Poder Judicial la necesaria compatibilidad. Por Decreto de 30 de enero de 2001 se acepta la renuncia de don Juan Ignacio Medrano Sánchez y por Decreto de la misma fecha se nombra vocal, a propuesta del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, a Ricardo Giménez Martín, notario jubilado.

Vid. RDCA, 2000-2º, págs. 398-399. En septiembre de 2001, María Ángeles Parra Lucán, que había ganado cátedra de Derecho civil en la Universidad de La Laguna, renunció al cargo de Secretario de la Comisión, por lo que por Decreto de 15 de noviembre de 2001 (BOA núm. 142, de 3 de diciembre) se aceptó su renuncia y se nombró nuevo Secretario de la Comisión a José Antonio Serrano García. Más detalles en Serrano García (2009).

²⁶ En 2003 Ramón Torrente Giménez y Ricardo Giménez Martín piden ser sustituidos y presentan su renuncia, de modo que a propuesta, respectivamente, de los Colegios de Abogados de Aragón y del Tribunal Superior de Justicia fueron nombrados David Arbués Aísa y Carmen Samanes Ara. El 20 de octubre de 2005 falleció Jesús Martínez Cortés y en fechas cercanas Carmen Samanes fue nombrada magistrada del Tribunal Superior de Justicia, por lo que cesó en la Comisión. En su lugar, a propuesta del Presidente del Tribunal Superior de Justicia, fue nombrado Rafael Santacruz Blanco, abogado del Estado que había sido Director General de Asuntos Jurídicos y, en tal concepto, había asistido asiduamente a las sesiones de la Comisión. Para sustituir a Jesús Martínez (de libre designación) fue nombrado el también notario José Manuel Enciso.

La Comisión recibió del Gobierno, en 1996, un flexible encargo de asesoramiento sobre la futura legislación civil. Redactó para cumplirlo una Ponencia General sobre «Objetivos y método para una política legislativa en materia de Derecho civil de Aragón»²⁷, que propone una reflexión de conjunto sobre un nuevo Cuerpo legal del Derecho civil de Aragón y termina con una llamada a la participación más amplia y plural en las tareas prelegislativas. En concordancia con este llamamiento, el Gobierno imprimió los ejemplares precisos (unos cuatro mil) y los hizo llegar a todos los profesionales del Derecho con ejercicio en Aragón (octubre de 1996). Los Encuentros del «Foro Aragonés» celebrados en noviembre del mismo año tuvieron asimismo por objeto la formulación de una política legislativa. En aquella «Ponencia general» se propone como objetivo de la tarea legislativa la promulgación de un nuevo Cuerpo legal del Derecho civil aragonés. Este nuevo Cuerpo legal sería el resultado de la actualización, profundización y desarrollo de las normas vigentes, partiendo de las instituciones reguladas en la Compilación. Habría de estar enraizado en nuestra historia, pero también vivificado por los principios y valores constitucionales y adecuado a las necesidades y convicciones de los aragoneses de hoy y del siglo XXI. Se consideraría inconveniente la promulgación de leyes de reforma parcial de la Compilación. El nuevo Cuerpo legal que vendría a sustituirla derogándola formalmente podría conservar el nombre de «Compilación», pero también podría recibir el de «Código de Derecho civil aragonés». En cualquier caso, habría que cuidar mucho las relaciones con el Código civil general, que seguiría siendo supletorio del Derecho civil de Aragón.

Aunque la Comisión consideraba preferible, en abstracto, la redacción unitaria y la aprobación del Cuerpo legal en su conjunto, por las conocidas razones de coherencia sistemática y necesaria trabazón interna entre todas las normas civiles, reconocía que razones de oportunidad podían hacer deseable la aprobación anticipada de leyes que contuvieran una parte del Derecho civil, siempre que la materia de la ley correspondiera a una parte suficientemente completa en sí misma del Derecho civil.

El Reglamento que la Comisión se dio a sí misma es muy escueto (prácticamente, regula las convocatorias y el quórum) y no ha hecho falta más. Los trabajos se han organizado de manera muy flexible, variando con el tiempo, los temas y la disponibilidad de las personas. Al principio de cada legislatura la Comisión pedía ser recibida por el Consejero de Presidencia y se ponía a su disposición. El Gobierno le hacía un encargo muy abierto según lo hablado (anteproyecto de ley de sucesiones, de régimen económico matrimonial y viudedad, de Derecho de la persona, de obligaciones y contratos) y la Comisión lo presentaba a tiempo

²⁷ Accesible en http://www.unizar.es/derecho/standum_est_chartae/weblog/rdca/rdcaii2/r3doc009.htm

para que pudiera ser aprobado en aquella legislatura. Ocasionalmente el Gobierno le ha pedido informe sobre algún anteproyecto de ley u otras cuestiones relacionadas con el Derecho civil. En 2010 le encargó la refundición de las leyes civiles en el «Código del Derecho foral de Aragón», que promulgó como Decreto Legislativo en cumplimiento de la delegación legislativa que en él hizo la Ley 8/2010.

En la primera etapa, recibido el encargo del Gobierno para redactar un Anteproyecto de Ley de Sucesiones por causa de muerte, que viniera a sustituir el Libro II de la Compilación, la Comisión dedicó sus esfuerzos con regularidad a esta tarea durante un par de años, manteniendo más de ochenta reuniones de trabajo. Formó cinco grupos de trabajo, recabó la colaboración de varios profesores de la Facultad de Derecho (M^a Ángeles Parra, Carmen Bayod, Elena Bellod y María Martínez) y encomendó una Ponencia sobre parte importante de la materia al vocal y asimismo Profesor Titular de Derecho civil José Antonio Serrano García. Por iniciativa propia, la Comisión incluyó también una importante revisión del Título Preliminar de la Compilación, sobre fuentes. Pudo hacer entrega de su Anteproyecto en junio de 1998.

Ya en esta etapa la Comisión adoptó el uso de celebrar una reunión semanal, los miércoles –cada dos semanas al principio de los trabajos–, con hora de comienzo y de terminación que se cumplían rigurosamente, para debatir y, en su caso, aprobar, textos y enmiendas que previamente se habían repartido por escrito. También, y fue decisivo para el futuro, el de confeccionar actas muy detalladas, con reseña de intervenciones y argumentos, además de las votaciones, que eran muy frecuentes. La pauta la marcó el primer secretario, el notario Adolfo Calatayud. Las actas de todas las épocas, que conservaron el mismo tono y eran aprobadas tras cuidadoso escrutinio al principio de la siguiente sesión, fueron un instrumento de trabajo eficaz, no un añadido formal. Se encuentran a disposición del público, al menos, en la Biblioteca de la Facultad de Derecho.

José Antonio Serrano, secretario de la Comisión, ha ido publicando a lo largo del tiempo reseñas circunstanciadas de los trabajos de la Comisión, a las que remito para todos los detalles, documentos y fechas²⁸. A través de la *Revista de Derecho Civil Aragonés* puede seguirse la trayectoria de la Comisión, sus actividades y proyectos, paso a paso conforme se iban produciendo, junto a las reseñas de todas las demás actividades relacionadas con el Derecho civil aragonés en el seno de instituciones muy diversas: desde el Justicia de Aragón o las Cortes a los cen-

²⁸ SERRANO GARCÍA (2009). Enlazando con el anterior, «Elaboración y significado del Código del Derecho foral de Aragón», en las Actas de XXI Encuentro del Foro de Derecho Aragonés, Zaragoza, El Justicia de Aragón. La primera parte, que es la que nos interesa, también en Estudios de Derecho civil en homenaje al Prof. Joaquín Rams Albesa, Madrid, 2013, pp. 305- 328. «Noticias de la Comisión Aragonesa de Derecho civil» en RDCA, 2000, núm. 2; IX-X, 2003-2004, pp. 341 ss.; XIII, 2007, pp. 373 ss.; XV, 2009; XVII, 2011, pp. 340 ss.

tros de la Universidad a Distancia o las direcciones de Internet que se ocupan de nuestro Derecho, pasando por los colegios profesionales, la Universidad de Zaragoza, o la participación de juristas aragoneses en Congresos o Jornadas fuera de Aragón. Son datos que muestran interrelaciones estrechas entre los diversos actores, que actúan como nodos independientes de una amplia red, en la que algunas personas e instituciones parecen tener un papel aglutinador y dinamizador.

Concretaré algo más esta idea o imagen de la red. Los organizadores de estas Jornadas de Bilbao me dijeron desde el principio que esperaban de mí una contribución útil para la puesta en marcha de la Disposición Adicional 1ª de la Ley 5/2015²⁹. En particular, mi buen amigo y Vicepresidente de la Academia Vasca de Derecho, D. Andrés Urrutia, me planteó el siguiente cuestionario:

«Nos interesa tu aportación sobre el régimen jurídico de la Comisión aragonesa: designación de sus miembros, establecimiento de los calendarios y programas de trabajo, toma de acuerdos, relación con Parlamento y el Gobierno de Aragón, relaciones con Universidades, Colegios, Academia de Legislación y Jurisprudencia, etc. Y, por supuesto, tu valoración personal e, incluso, las sugerencias de mejora que estimes oportunas y puedan ser de utilidad en nuestro caso.»

Trato de responder. La Comisión aragonesa de Derecho civil es un órgano consultivo del Gobierno de Aragón, adscrito orgánicamente al Departamento de Presidencia y Relaciones institucionales (hoy Presidencia: incluye relaciones institucionales, pero también desarrollo estatutario y justicia). Está regulado por el Decreto 10/1996, de 20 de febrero, que reproduzco en Anexo. La propia brevedad del Decreto es significativa. He expuesto más arriba la designación de sus miembros (máximo de once), cinco de ellos a propuesta de corporaciones e instituciones. Ha resultado ser bastante estable: siete de sus miembros lo son desde 1996, los cambios se han debido a renunciaciones por vocales ya bastante mayores y un fallecimiento, además del caso particular de los propuestos por el Presidente del Tribunal Superior cuyo nombramiento ha venido condicionado por la negativa del Poder judicial a reconocer la compatibilidad a los magistrados en ejercicio.

Su autonomía es muy notable, tanto en las previsiones legales como en los hechos. Presidente y Secretario son elegidos por los vocales y propuestos para su nombramiento al Presidente de la Comunidad. Elabora sus propias normas de

²⁹ Disposición Adicional Primera.— Comisión de Derecho civil vasco. 1.— Se crea la Comisión de Derecho civil vasco como órgano consultivo. Su misión será la de impulsar el desarrollo del Derecho civil vasco, por medio de la investigación, evaluación, discusión de propuestas y asesoramiento respecto al Parlamento y Gobierno vascos, incluida la función de proponer innovaciones y modificaciones legislativas en la materia. 2.— Su composición, que en ningún caso devengará retribución alguna, y régimen de funcionamiento serán objeto de desarrollo reglamentario.

funcionamiento (seis brevísimos artículos que regulan convocatorias, quórum de asistencia y mayoría para tomar acuerdos³⁰). La organización de los trabajos deriva de los objetivos propuestos en la Ponencia de 1996. Asumidos estos objetivos por la DGA, al principio de cada legislatura se han mantenido contactos con el Consejero de Presidencia, en los que la Comisión hacía propuestas o sugerencias para el tiempo previsible de duración de la legislatura y el Gobierno, a través del Consejero, hacía llegar el encargo de presentar un anteproyecto de ley sobre algunas de las partes del Derecho civil, en términos muy flexibles. Concluido el anteproyecto y enviado al Consejero, el Presidente de Aragón recibía a la Comisión en un acto de cierta solemnidad y publicidad.

En todos los casos el Gobierno ha hecho suyo el Anteproyecto y lo ha enviado a las Cortes sin cambiar una coma. En las Cortes se constituía la correspondiente Comisión de Ponencia o se aprovechaba una preexistente, que dictaminaba sobre las enmiendas presentadas. Estas han sido en todo caso bastante numerosas (para la ley de 1999, 372 enmiendas), la mayor parte proponiendo lo que entendían ser mejoras del texto del anteproyecto, sin poner en cuestión, salvo en contadas ocasiones, decisiones de política legislativa. Sin que esté previsto en ninguna norma, las sucesivas Comisiones de ponencia del Parlamento han querido contar con la opinión de la Comisión aragonesa de Derecho civil, de modo que esta ha tenido también un papel muy importante en el dictamen de las enmiendas parlamentarias. Naturalmente, porque el Parlamento quiso, lo que entendimos como un inesperado honor y una responsabilidad que abordamos de la mejor manera que supimos, siendo todos conscientes de que las enmiendas lo eran al texto que nosotros habíamos redactado.

Para narrar y explicar esta intervención de la Comisión asesora del Gobierno en las tareas internas del Parlamento prefiero utilizar las palabras del expresidente de las Cortes de Aragón, diputado en ellas por mucho tiempo y catedrático de Derecho civil (jubilado), compañero y amigo, D. Ángel Cristóbal Montes. Son más expresivas que lo que yo me atrevería a decir. Están publicadas en el Diario de Sesiones (DISCA, núm. 83), pues corresponden a su intervención final, en nombre del Grupo Parlamentario Popular, en la sesión de aprobación de la Ley de régimen económico matrimonial y viudedad (2003).

«Igual que hicimos el año noventa y nueve, se llegó por consenso al acuerdo de que la Comisión Aragonesa de Derecho Civil conocería oficiosamente, conocería extraoficialmente las enmiendas presentadas por los distintos grupos, las evaluaría, las estudiaría y nos pasaría –no con carácter vinculante, claro está– con

³⁰ Un cambio se introdujo con posterioridad, fruto de la experiencia: en lugar de «la mitad más uno» de los vocales se dice «más de la mitad». Con once vocales, el cambio supone que ahora es suficiente con la presencia de seis (más de la mitad), en lugar de siete (la mitad más uno), para la validez de los acuerdos (tomados por mayoría simple de los asistentes).

carácter orientador qué es lo que pensaba respecto a todas y cada una de las enmiendas presentadas. Y, efectivamente, nos pasó un informe en el que había un listado de enmiendas: unas que la comisión veía que no había problema que se aceptaran, otras que entendía que podían aceptarse sin quiebro del sistema, aunque la comisión prefería la otra solución, y unas terceras en que no nos desautorizaba para aceptarlas –¡faltaría más!–, pero nos decía que sería problemático para el sistema contemplado en el proyecto de ley la admisión por parte de la comisión, porque introducía algunos factores de discordia, algunos factores de falta de armonía, algunos factores en los que el proyecto podría chirriar ostensiblemente. Pues bien, la ponencia respetó este informe, este parecer –repito, no vinculante, meramente ilustrativo, y además nos lo dieron porque nosotros se lo pedimos– de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, lo respetó escrupulosamente. Todas las enmiendas que se aceptaron pertenecían, casi todas, al bloque primero de aquellas que la Comisión decía que no pasaba nada y que incluso algunas enriquecían y mejoraban el texto; muy pocas, tres o cuatro, pertenecían al segundo grupo, y del tercer grupo no se aceptó ninguna por muy amplísima mayoría (...).»

La Comisión aragonesa de Derecho civil entendió que haría su mejor servicio actuando con discreción y sin salir en la foto. Para responder a los requerimientos –verbales– de las Cortes, se reunieron sus miembros cuantas veces hizo falta *sine strepitu* y sin constancia en actas fuera de la sede del Gobierno de Aragón. Creo recordar que el Colegio de Registradores de la Propiedad fue el principal huésped. En estas reuniones redactó la Comisión informes encuadrando las enmiendas en los tres bloques que decía el diputado y profesor Cristóbal Montes (con pequeñas variantes en cada ocasión), informes que hizo llegar a las Cortes en la forma más humilde que encontramos: una «nota verbal». Una «nota verbal» es, dice la Academia, «comunicación diplomática, sin firma, sin autoridad obligatoria y sin los requisitos formales ordinarios, que por vía de simple observación o recuerdo se dirigen entre sí el ministro de Asuntos Exteriores y los representantes extranjeros».

Nos sentimos muy honrados, vuelvo a repetir, de que las Cortes se sirvieran de este modo de nuestro trabajo y criterios, y creemos que nuestra colaboración en esta fase del procedimiento legislativo contribuyó al mejor resultado final. Otra cosa es si esta forma de proceder puede servir de modelo o, simplemente, repetirse en otro contexto.

6. CONSIDERACIONES FINALES

Como se va viendo, la Comisión aragonesa es, o ha sido, o ha hecho, más de lo que el Decreto que la regula supone. Quizás también menos, sin incumplir por ello sus obligaciones. Sus tareas se han centrado en elaborar anteproyectos

de ley e informar otros anteproyectos o, en general, informar a petición del Gobierno. El estudio y divulgación del Derecho civil de Aragón, evaluar su grado de aplicación, proponer medidas para su conservación o desarrollo, son actividades muy diversas en las que también ha tomado parte de acuerdo con su Decreto regulador. Su iniciativa más importante fue proponer la digitalización de todos los textos impresos sobre Derecho aragonés, desde el siglo XV a nuestros días. El proyecto se llevó a cabo con la participación de otras instituciones y hoy el Gobierno de Aragón puede estar orgulloso de esta Biblioteca Virtual de Derecho Aragonés (Bivida), accesible para todos en Internet: <http://www.derechoaragones.es/>

Pero de aquellas actividades se ocupan también y acaso preferentemente otras entidades o instituciones que son nodos en esta estrecha red de comunicación y colaboración a que antes me refería. Por decir algunas cosas elementales: los jueces y tribunales interpretan y aplican las leyes, los abogados asesoran y pleitean, los notarios asesoran y documentan, los registradores califican y registran, los profesores de Universidad enseñan e investigan. Estas son las principales actividades que en cualquier sociedad consolidan, perfeccionan y desarrollan su Derecho civil. La atención al Derecho civil no es un servicio que preste la Administración Pública –como a la educación o a la sanidad, o incluso a la cultura– que requiera organización o inversiones específicas en ella. Otra cosa es la financiación de la administración de justicia, de la enseñanza o de la investigación. Si de «administración del Derecho privado» puede hablarse, será para connotar las actuaciones del notariado y de los registros jurídicos, no de lo que habitualmente llamamos «Administración pública». En el Derecho civil, son los ciudadanos los protagonistas y configuran su Derecho según sus criterios por sí mismos, contratando, capitulando, testando o pleiteando. Lo que el Derecho civil necesita de los poderes públicos es, en primer lugar, tribunales que lo apliquen y formen jurisprudencia; en segundo lugar, legisladores que lo fijen en textos claros y duraderos: en la preparación de esta labor es donde pueden ser útiles comisiones de expertos. También un sistema tributario que haga viable la utilización de las instituciones civiles propias³¹. La enseñanza del Derecho es algo que siempre ha preocupado a los grandes legisladores históricos (Justiniano, Napoleón) y que hoy corresponde, lo mismo que la investigación, a la Universidad. Por cierto, en Aragón solo tenemos una (con una sola Facultad de Derecho), que data del siglo XVI.

En la «experiencia aragonesa», un dato específico de notable importancia es la presencia institucional del Justicia de Aragón, a quien el art. 59-1 del EAA

³¹ Es consciente de ello el legislador vasco, que, en la Disposición adicional tercera de la Ley 5/2015, dispone: *Adecuación de la normativa tributaria*. Los órganos forales de los territorios históricos procederán, en el uso de sus competencias, a la acomodación de las respectivas normas tributarias a las instituciones reguladas en esta ley.

atribuye «la tutela del ordenamiento jurídico aragonés, velando por su defensa y aplicación». La Ley del Justicia, en sus artículos 30 a 34, concreta en qué ha de consistir esta «tutela del ordenamiento jurídico aragonés», que comprende en primer lugar el «Derecho civil o foral de Aragón». En general, y como cláusula de cierre, dispone el art. 34 que el Justicia podrá realizar cualesquiera actividades conducentes a la difusión del Ordenamiento Jurídico aragonés, su conocimiento, estudio e investigación. Algo que la Institución se aprestó a hacer desde el primer momento. En 1994 comenzó una colección que hoy llega a 54 títulos, la mayor parte sobre el Derecho civil aragonés y su historia. Para entonces ya había publicado textos importantes, muy en particular, en 1991, una edición de los Fueros y Observancias de Aragón con un volumen de índices, traducciones y estudios que el Justicia propició. Ya he dicho que en 1996 dio a la imprenta los «Informes del Seminario» de la Comisión compiladora. Todos los años, en su Informe ante las Cortes, incluye una sección dedicada al Derecho civil, con muy interesante seguimiento de las decisiones de los juzgados y tribunales aragoneses. Más importe y decisivo, desde que en 1991 inauguró los encuentros del Foro de Derecho Aragonés se constituyó en el nodo con mayor densidad de relaciones formales con los demás, pues en él confluyen (en su comisión de coordinación) el Tribunal Superior de Justicia, el Gobierno de Aragón, las organizaciones colegiales de notarios, registradores, abogados y procuradores, la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación y la Universidad de Zaragoza. Este noviembre ha celebrado su 25º aniversario y puede exhibir orgullosamente las Actas de estos veinticinco años con las ponencias y los debates. Estas Actas y la *Revista de Derecho Civil Aragonés* (Cátedra Miguel del Molino, Institución «Fernando el Católico», Diputación Provincial de Zaragoza) son las publicaciones periódicas más relevantes; la Institución Fernando el Católico es, desde los años cuarenta, la editora de alta cultura más importante de Aragón y en su catálogo se incluyen obras de Derecho aragonés.

No tendría aquí demasiada utilidad pergeñar la lista de entidades y actividades relativas al Derecho civil de Aragón que constituyen la red a que vengo refiriéndome y son el contexto de las actuaciones de la Comisión Aragonesa de Derecho civil. Esta se relaciona con los demás nodos de la red, más formalmente, mediante aquellos de sus miembros que han sido designados a propuesta de entidades y colegios, que les ponen al tanto de lo que se va haciendo o pulsan su opinión mediante actos internos a ellos. Menos formalmente, mediante el ejercicio profesional de cada uno de los miembros de la Comisión, que también enseñamos, escribimos, damos conferencias y recibimos los estímulos de nuestro entorno.

La narración y descripción de la experiencia en que consisten estas páginas no encierran la pretensión de presentar un modelo que otros podrían o deberían seguir. Ni siquiera implica la afirmación de que esta experiencia aragonesa no contenga imperfecciones o facetas criticables, aunque sí están escritas desde

el convencimiento de que, en sus rasgos generales, la Comisión ha servido adecuadamente al fin previsto.

Solo me queda expresar mi confianza en que los juristas vascos y sus instituciones de gobierno desarrollarán con tino la Disposición adicional primera de su Ley 5/2015, de Derecho civil vasco.

ANEXO

BOA Número 24

28 de febrero de 1996

907

I. Disposiciones generales

DEPARTAMENTO DE PRESIDENCIA Y RELACIONES INSTITUCIONALES

251

DECRETO 10/1996, de 20 de febrero, de la Diputación General de Aragón, por el que se regula la Comisión Aragonesa de Derecho Civil.

La Comisión Aragonesa de Derecho Civil, creada por Decreto 162/1994, de 12 de julio, y heredera de la Comisión Asesora sobre Derecho Civil Aragonés, ha venido, desde su creación, desplegando una importante actividad en el estudio del Derecho Civil Aragonés y especialmente, en el ámbito de su posible modificación y desarrollo. La composición de dicha Comisión, integrada por juristas de reconocido prestigio en el campo del Derecho Civil Aragonés, ha recogido las perspectivas de las diversas profesiones jurídicas que proyectan su actividad en este ámbito. Esta realidad de su plural composición parece exigir, sin embargo, un reflejo expreso en su normativa reguladora, al tiempo que se posibilita la intervención en la designación de sus miembros de aquellas instituciones o corporaciones representativas de intereses profesionales de cuyo seno han de surgir los vocales integrantes de la Comisión.

Por cuanto antecede, a propuesta del Consejero de Presidencia y Relaciones Institucionales, previa deliberación de la Diputación General en su reunión celebrada el día 20 de febrero de 1996,

DISPONGO:

Artículo primero.—La Comisión Aragonesa de Derecho Civil es un órgano consultivo adscrito orgánicamente al Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales, que tiene por objeto asesorar a la Diputación General en el ejercicio de sus competencias de conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Aragonés.

Artículo segundo.—Son funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil:

- Informar con carácter preceptivo los Anteproyectos de Ley de conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Aragonés, así como los del Derecho Procesal Civil derivado de las peculiaridades de aquél.
- Elaborar los Anteproyectos de Ley sobre las citadas materias que el Gobierno de Aragón le encomiende.
- Conocer y evaluar el grado de aplicación del Derecho Civil Aragonés y las nuevas demandas que se produzcan en su desarrollo, informando, en su caso, sobre la conveniencia de su modificación o desarrollo.
- Proponer al Gobierno de Aragón la adopción de cuantas medidas estime convenientes para la conservación, modificación o desarrollo del Derecho Civil Aragonés.
- Emitir cuantos informes le sean solicitados por los órganos competentes de la Diputación General de Aragón, en materia de Derecho Civil Aragonés.
- En general, el asesoramiento, estudio y propuesta a la Diputación General en materia de Derecho Civil Aragonés y especialidades procesales derivadas de aquel Derecho sustantivo.

Artículo tercero.—1. La Comisión estará compuesta por un mínimo de 5 y un máximo de 11 miembros, nombrados por Decreto del Presidente de la Diputación General de Aragón a propuesta del Consejero de Presidencia y Relaciones Institucionales, entre juristas de reconocido prestigio por su labor profesional o investigadora en el campo del Derecho Civil Aragonés, de acuerdo con el procedimiento previsto en el apartado siguiente.

2. Podrán proponer un vocal las siguientes Autoridades, Instituciones o Corporaciones, comunicándolo al Consejero de Presidencia y Relaciones Institucionales:

- El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.
 - Los Colegios de Abogados de Zaragoza, Huesca y Teruel, de común acuerdo, un vocal.
 - El Colegio Notarial de Aragón.
 - La Junta Territorial de Aragón del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
 - La Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza.
- El resto hasta de completar el número máximo de vocales podrá ser propuesto libremente por el Consejero de Presidencia y Relaciones Institucionales.

3. La Comisión propondrá al Presidente de la Diputación General el nombramiento de un Presidente y un Secretario de entre sus miembros.

4. A las reuniones de la Comisión podrá asistir el Director General de Asuntos Jurídicos y Coordinación Normativa de la Diputación General de Aragón.

5. Los nombramientos de Presidente, Secretario y Vocales de la Comisión Asesora tendrán carácter honorífico.

Artículo cuarto.—1. La Comisión elaborará sus propias normas de funcionamiento, que someterá a la aprobación de la Diputación General en el plazo de un mes a partir de su constitución.

2. La Comisión elaborará cada año una memoria de lo actuado, que será elevada a la Diputación General a través del Consejero de Presidencia y Relaciones Institucionales.

DISPOSICION TRANSITORIA

Los actuales miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil continuarán en el desempeño de sus funciones hasta tanto no se produzca el nombramiento de los nuevos vocales conforme al procedimiento previsto en el presente Decreto.

DISPOSICION DEROGATORIA

Queda derogado el Decreto 162/1994, de 12 de julio, por el que se creaba la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, y cuantas Disposiciones se opongan a lo dispuesto en el presente Decreto.

DISPOSICION FINAL

El presente Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el «Boletín Oficial de Aragón».

Dado en Zaragoza, a veinte de febrero de mil novecientos noventa y seis.

El Presidente de la Diputación General,
SANTIAGO LANZUELA MARINA

El Consejero de Presidencia y Relaciones
Institucionales,
MANUEL GIMENEZ ABAD

552

ORDEN de 22 de febrero de 1996, del Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales, por la que se publican los Acuerdos adoptados por la Diputación General en su reunión celebrada el día 20 de febrero de 1996.

Adoptados por la Diputación General el día 20 de febrero de 1996 los Acuerdos que modifican los Anexos Presupuestarios y las Relaciones de Puestos de Trabajo de varios Departamentos se procede a su publicación en Anexo a la presente Orden. Zaragoza, a 22 de febrero de 1996.

El Consejero de Presidencia y Relaciones
Institucionales,
MANUEL GIMENEZ ABAD

**LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA Y DEL AJUAR
FAMILIAR EN CASO DE RUPTURA DE LA CONVIVENCIA EN
DERECHO ARAGONÉS: UNA RELECTURA DE LOS ARTS. 77
Y 81 CDFA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA***

***THE ATTRIBUTION OF THE USE OF THE DWELLING AND
OF THE FAMILY TROUSSEAU IN THE CASE OF BREAKDOWN OF
COEXISTENCE IN ARAGONESE LAW: A RE-INTERPRETATION
OF ARTS. 77 AND 81 CDFA (CODE OF REGIONAL LAW
OF ARAGON) ON THE BASIS OF JURISPRUDENCE****

Aurora LÓPEZ AZCONA
Acr. Titular de Universidad
Profesora Contratada Doctora de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

RESUMEN

El presente trabajo pretende ofrecer un examen detallado –y crítico de ser necesario– de las soluciones que ofrece el Derecho civil aragonés en lo referente a la atribución del uso o, más ampliamente, al destino de la vivienda familiar y su ajuar en las situaciones de crisis de convivencia matrimonial y no matrimonial, prestando especial atención a la jurisprudencia vertida sobre el particular, habida cuenta de la importante labor interpretativa que le corresponde.

Palabras clave: Vivienda familiar. Ajuar familiar. Atribución del uso y destino. Crisis de pareja. Modelos de custodia. Interés superior del menor, Derecho civil aragonés.

* Trabajo realizado en el marco del *Grupo de Investigación y Desarrollo de Derecho Aragonés*, financiado por el Gobierno de Aragón y cuyo investigador principal es el Dr. J. DELGADO ECHEVERRÍA. Mi

ABSTRACT

The aim of this paper is to give an accurate -and if need be, a critical one- account of the solutions offered by the Aragonese civil law concerning usage assignment of the family home and therefore destination of family furnishings after a couple's break-up, without forgetting the court's decisions, given its important interpretative function.

Key Words: Family home. Family furnishings. Usage assignment and destination. Couple crisis. Models of parental responsibilities. Best interests of the child. Aragonese civil law.

agradecimiento a J. L. IRIARTE ÁNGEL, Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad Pública de Navarra, y a M. A. LÓPEZ MARCO y J. L. CEMBRANO RÉDER, abogados especializados en Derecho de familia, por sus sugerencias y aclaraciones.

ABREVIATURAS UTILIZADAS:

ACP 2014 Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas adoptar en caso de ruptura de la convivencia de 10 abril 2014.

AJI: Actualidad Jurídica Iberoamericana.

Cc: Código civil.

CCC: Código Civil de Cataluña.

CDFA: Código del Derecho Foral de Aragón.

CE: Constitución española.

Comp.: Compilación del Derecho Civil de Aragón.

Cfr.; Confróntese.

EAA: Estatuto de Autonomía de Aragón.

Id. ibid.: La misma obra y la misma página.

Idem: La misma obra.

LO: Ley Orgánica.

LOPJM: Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor.

LVRF: Ley vasca 7/2015 de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

LVaRF: Ley valenciana 5/2011 de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.

RBD: Revista Boliviana de Derecho.

RCDI: Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.

RDC: Revista de Derecho Civil.

RDCA: Revista de Derecho Civil Aragonés.

SAP: Sentencia de Audiencia Provincial.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STSJA: Sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

SUMARIO

I. ALGUNAS CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO ARAGONÉS EN MATERIA DE EFECTOS DE LA RUPTURA DE LA CONVIVENCIA. II. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR. 1. LA VIVIENDA FAMILIAR COMO OBJETO SOBRE EL QUE RECAE EL DERECHO DE USO ATRIBUIDO. 2. FUNDAMENTO DE LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR. 3. LA EXISTENCIA DE UN PREVIO DERECHO DE DISFRUTE A FAVOR DE UNO O AMBOS PROGENITORES COMO PRESUPUESTO PREVIO DE LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR. 4. EL PACTO DE RELACIONES FAMILIARES COMO RÉGIMEN PRIORITARIO (ART. 77 CDFA). 5. MEDIDAS JUDICIALES A ADOPTAR EN DEFECTO DE PACTO DE RELACIONES FAMILIARES. A) *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar*. a) Criterios de atribución en la custodia compartida (art. 81.1 CDFA). a') El criterio de mayor dificultad objetiva de uno de los progenitores para acceder a una vivienda como criterio preferente; b') El criterio del mejor interés para las relaciones familiares como criterio subsidiario. b) Criterios de atribución en la custodia individual (art. 81.2 CDFA). a') El criterio de atribución del uso al progenitor custodio como criterio preferente. b') El criterio de atribución al progenitor no custodio en función del mejor interés para las relaciones familiares como criterio subsidiario y otras soluciones judiciales alternativas. c) Criterio de atribución en la ruptura de la convivencia sin hijos a cargo: La solución de los Tribunales aragoneses en ausencia de directrices en el CDFA. B) *Limitación temporal del uso de la vivienda familiar* (art. 81.3 CDFA). C) *La distribución de los gastos generados por la vivienda familiar durante la vigencia del derecho de uso*. D) *La posibilidad de acordar judicialmente la venta de la vivienda familiar* (art. 81.4 CDFA). III. MEDIDAS SOBRE EL AJUAR FAMILIAR (ART. 81.5 CDFA). IV. REFLEXIÓN FINAL. BIBLIOGRAFÍA. ANEXO JURISPRUDENCIAL (CENDOJ).

I. ALGUNAS CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO ARAGONÉS EN MATERIA DE EFECTOS DE LA RUPTURA DE LA CONVIVENCIA

Desde hace unos años el Derecho civil aragonés dispone de su propio régimen jurídico en materia de atribución del uso de la vivienda familiar para los casos de ruptura de pareja, ya sea matrimonial o no matrimonial. En particular, la regulación vigente se contiene en los arts. 77 y 81 del Código de Derecho Foral de Aragón (en adelante, CDFA), preceptos que traen causa de la Ley 2/2010 de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres (arts. 3 y 7). Ciertamente, esta materia carecía de precedentes en Derecho aragonés, pero su inclusión en nuestro Ordenamiento Jurídico

bien puede justificarse al amparo de la competencia para desarrollar su Derecho civil propio atribuida a la Comunidad Autónoma de Aragón –como a las demás CC.AA. «allí donde existan Derechos civiles forales o especiales»– por el art. 149.1.8ª CE y asumida por el art. 71.2ª EAA. Y es que, de acuerdo con la interpretación que del art. 149.1.8ª CE hizo en su momento el Tribunal Constitucional en su importante Sentencia 88/1993, de 12 de marzo y que en 1996 asumió el legislador aragonés cuando emprendió la tarea de renovar su Derecho civil propio¹, no cabe duda que los efectos de la ruptura matrimonial o convivencial, aunque no contemplados en la Comp. de 1967, guardan conexión con otras instituciones de Derecho de familia preexistentes como pueden la autoridad familiar o el consorcio conyugal, así como con uno de los principios informadores del Ordenamiento jurídico aragonés como es el *standum est chartae*, lo que legitima constitucionalmente la regulación de esta materia por parte de las Cortes de Aragón².

A partir de ahí, y como se ha apuntado «ab initio», hace seis años la Comunidad Autónoma de Aragón decidió dotarse de un régimen jurídico completo en materia de efectos de ruptura de la convivencia, ya no sólo matrimonial –como sucede en Derecho estatal, a tenor de lo dispuesto en el art. 96 Cc–, sino

¹ Según puede leerse en el FJ 1º de la STC 88/1993, de 12 marzo: «Sin duda que la noción constitucional de ‘desarrollo’ permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel Derecho, pues lo contrario llevaría a la inadmisble identificación de tal concepto con el más restringido de ‘modificación’. El ‘desarrollo’ de los Derechos civiles forales o especiales enuncia, pues, una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su Ordenamiento. Cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral. Lo que no significa, claro está, en consonancia con lo anteriormente expuesto, una competencia legislativa civil ilimitada ‘ratione materiae’ dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas, que pugnaría con lo dispuesto en el art. 149.1.8 C.E., por lo mismo que no podría reconocer su fundamento en la singularidad civil que la Constitución ha querido, por vía competencial, garantizar».

Posteriormente este planteamiento fue asumido por el legislador aragonés cuando emprendió la tarea de reformular su Derecho civil propio mediante la promulgación de un nuevo Cuerpo legal, según resulta de la siguiente declaración recogida en la Ponencia elaborada por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil bajo el título *Objetivos y método para una política legislativa en materia de Derecho civil de Aragón*, octubre de 1996, pp. 14-15: «El objetivo global de la tarea legislativa, de acuerdo con cuanto se ha expuesto, sería la actualización, profundización y desarrollo de las normas vigentes, partiendo de las instituciones reguladas en la Compilación, mediante la promulgación de un nuevo Cuerpo legal de Derecho civil aragonés enraizado en nuestra historia, vivificado por los principios y valores constitucionales y adecuado a las necesidades y convicciones de los aragoneses de hoy y del próximo siglo» (URL: http://www.unizar.es/derecho/standum_est_chartae/weblog/rdca/rdcaii2/r3doc009.htm, consultada el 21 marzo 2015).

² Discrepando así de la opinión contraria a la competencia «foral» en esta materia de M. CASTILLO BAREA, «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-Mercantil*, núm. 7, 2010, p. 108, nota 7.

también no matrimonial³. De este modo, el 26 de mayo de 2010, a iniciativa del Grupo Parlamentario del Partido Aragonés Regionalista, las Cortes de Aragón aprobaron la Ley 2/2010 de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres. Según puede leerse en su Preámbulo, con dicha Ley, pionera en su género, se pretendía favorecer el mejor interés de los hijos y promover la igualdad entre los progenitores, a través de la instauración de la custodia compartida como régimen de custodia preferente. Así las cosas, el núcleo esencial –y, mi juicio, más polémico– de la Ley radica en la opción por el modelo de custodia compartida preferente y custodia individual subsidiaria, a aplicar en aquellos casos en que no exista pacto de relaciones familiares e, incluso, aunque no sea solicitada por ninguno de los progenitores⁴.

³ Ofrecen, asimismo, un tratamiento conjunto de los efectos de la ruptura matrimonial y no matrimonial la Ley valenciana 5/2011 de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (en adelante, LVaRF y, por cierto, recurrida ante el TC), la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres y la Ley vasca 7/2015 de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores (en adelante, LVRF). Por su parte, el Cc de Cataluña (en adelante, CCC) aunque dispensa un tratamiento separado a los efectos de la ruptura según los afectados sean matrimonio (arts. 233-1 a 233-25) o unión estable de pareja (arts. 234-7 a 234-13), hace extensivos buena parte de sus preceptos dedicados a la ruptura matrimonial a la no matrimonial y, entre ellos, los dedicados a la atribución del uso de la vivienda familiar con alguna salvedad, según resulta de la lectura del art. 234-8. De este modo, los Derechos civiles territoriales han optado por alejarse del planteamiento del Cc estatal, cuyos arts. 90 y ss. siguen circunscritos a los efectos de la ruptura matrimonial, pese a las importantes reformas de que ha sido objeto últimamente en materia de Derecho de familia. Con todo, esta visión cambia en la proyectada reforma del Cc en virtud del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia (en adelante, ACP 2014) aprobado el 10 abril 2014 por el Gobierno de la Nación, aunque no ha llegado a ser presentado como proyecto de Ley ante las Cortes Generales), en cuanto da una nueva redacción al art. 159 Cc que hace extensivos a la ruptura de las parejas de hecho los efectos regulados en sus arts. 90 y ss. en lo que atañe a las relaciones paterno-filiales (entendiendo, por tanto, que en materia de régimen de custodia, alimentos a los hijos y atribución del uso de la vivienda familiar habiendo hijos en guarda y custodia).

⁴ En fechas ulteriores ha adoptado expresamente este sistema de custodia compartida preferente la LVaRF (art. 5.2). También parecen optar por el mismo modelo de custodia, si bien de modo más matizado el CCC y la LVRF. Así, el CCC no establece literal y expresamente la preferencia por la custodia compartida, aunque así parece resultar de la lectura de su art. 233-10, en interpretación conjunta con el art. 233-8, como igualmente sostienen L., ALASCIO CARRASCO, «La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (art. 92.8 CC)», *Indret*, núm. 2, 2011, pp. 1-25; J. FERRER RIBA, «El derecho de la persona y de la familia en el nuevo libro segundo del Código civil de Cataluña», *Indret* (2010), núm. 3, p. 2; T. PICONTO NOVALES, «Ruptura familiar y coparentalidad: Un análisis comparado», en AA.VV., *La custodia compartida a debate* (ed. Piconto Novales), Dykinson, Madrid, 2012, p. 71; y C. VILLAGRASA ALCAIDE, «La custodia compartida en España y Cataluña: entre deseos y realidades», *idem*, pp. 86 y 88. Así, conforme con el art. 233-10.1 CCC, la custodia compartida habrá de acordarse por el Juez si los padres lo solicitan de mutuo acuerdo en el plan de parentalidad, salvo que resulte perjudicial para los hijos. Acto seguido, el mismo precepto prevé en su aptdo. 2 que, en defecto de acuerdo o si éste no resulta aprobado judicialmente, el Juez debe determinar la forma de ejercer la custodia, «atendiéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales, de acuerdo con el art. 233-8. Sin embargo, puede disponer que la guarda se ejerza de modo individual si conviene

Junto a ello el legislador aragonés procedió a regular los demás efectos personales y patrimoniales derivados de la ruptura de la convivencia, abordando temas tan conflictivos como la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar⁵.

En 2011 la Ley 2/2010 fue refundida con las restantes leyes civiles aragonesas aprobadas hasta la fecha en el Código del Derecho Foral Aragonés,

más al interés del mejor». Esta interpretación resulta avalada por la dicción del art. 233-8 CCC, al que se remite el art. 233-10 del mismo cuerpo legal, según el cual tras la ruptura de la convivencia «las responsabilidades parentales mantienen el carácter compartido y, en la medida de lo posible, deben ejercerse conjuntamente». Por su parte, la LVRF, si bien califica en su Preámbulo la custodia compartida como «régimen más adecuado», no lleva esta declaración a sus últimas consecuencias, toda vez que condiciona su atribución por parte del Juez a que lo solicite una de las partes «y siempre que no resulte perjudicial para el interés de los menores» (art. 9.3), como advierte asimismo A. SEISDEDOS MUÑO, «La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura de los progenitores: Análisis de la ley 7/2015, del Parlamento vasco, *AJI*, núm. 6 bis (monográfico dedicado al *Atlas de la regulación jurídica de la vivienda familiar en el Derecho latinoamericano*), 2015, p. 148.

Por otro modelo de custodia –a mi juicio, más razonable–, el de libre determinación judicial del régimen de custodia en atención al interés de los hijos ha optado la Ley foral 3/2011 de 17 marzo sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres en su art. 3.2, así como el proyectado art. 92 bis.1 Cc en su redacción dada por el ACP 2014. Y es que, como defendí en otro lugar («Ruptura convivencial y custodia de los hijos menores», *RDCA*, XX, 2014, p. 140), no puede dejar de parecerme arriesgada y, por ende, cuestionable la presunción de que parte el legislador aragonés de que el régimen de custodia compartida sea el más beneficioso para los menores, en especial, cuando sea objeto de imposición forzosa a los progenitores, como, de hecho, así lo reconocieron tanto el Consejo General del Poder Judicial en su Informe de 19 septiembre 2013 como el Consejo de Estado en su Dictamen núm. 438/2014, de 24 de septiembre sobre el anterior ACP de 2013.

Entretanto se mantiene inalterado el tenor del art. 92 Cc que, como es sabido, sigue el modelo de la custodia individual preferente y custodia compartida excepcional. Ocurre, sin embargo, que la STC 185/2012 de 17 octubre declaró inconstitucional la exigencia de su apto. 8 relativa a que el informe del Ministerio Fiscal fuera favorable a la custodia compartida. A ello añadir la existencia de una consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo que defiende una interpretación correctora de tal precepto en el sentido de contemplar la custodia compartida ya no como excepcional, sino normal o incluso deseable, siempre que «entre los padres exista [si no un acuerdo sobre el particular] una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor y que no perturben su desarrollo emocional» (vid. entre otras SSTs de 8 octubre 2009, de 22 julio 2011, de 29 abril 2013, de 25 abril 2014, de 2 julio de 2014, de 22 octubre 2014 y de 11 febrero 2016).

⁵ Y es que como constatan, entre otros, M. CASTILLO BAREA, «Notas sobre la guarda y custodia...», cit., p. 111; p. M. CUENA CASAS, «Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario», *RDC*, vol. 1, núm. 2, 2014, p. 9-10; A. L. CAMPO IZQUIERDO, *Uso de la vivienda familiar. El art. 96.1 Cc en el TS*, p. 2; (URL:http://www.aeafa.es/ficheros_propios/213164/pdf/2011_11_23_USO_VIVIENDA_ART_96_TS.pdf, consultada el 6 abril 2016); E. ALGARRA PRATS, E. Y J. BARCELÓ DOMENÈCH, «La atribución del uso de la vivienda familiar: anotaciones al art. 6 de la Ley valenciana de relaciones familiares», *AJI*, núm. 6 bis, 2015, p. 101, las cuestiones relativas al uso de la vivienda familiar están en el mismo nivel de conflictividad que el régimen de custodia; y de hecho, según resulta de la lectura de la jurisprudencia, las discusiones sobre el régimen de custodia suelen ir vinculadas a conflictos sobre el destino de la vivienda familiar.

pasando a integrar la Sección 3ª del Capítulo II del Título II del Libro 1º de dicho cuerpo legal⁶.

La Sección 3ª se compone de diez artículos (arts. 75 a 84), distribuidos en cinco subsecciones: La subsección 1ª (arts. 75 y 76), bajo la rúbrica «Disposiciones generales», delimita el objeto y finalidad de la sección, así como los derechos y principios a observar en la ruptura de la convivencia. La subsección 2ª (art. 77) otorga prioridad en la regulación de las relaciones familiares tras la ruptura de la convivencia al pacto de relaciones familiares. En la subsección 3ª (art. 78) se contempla la posibilidad de que los progenitores acudan a la mediación familiar para resolver sus discrepancias derivadas de la ruptura, a completar con las previsiones de la Ley 9/2011 de mediación familiar de Aragón. En la subsección 4ª (arts. 79 a 83) se contienen las medidas judiciales a aplicar en defecto de pacto de relaciones familiares, entre las que destaca la custodia compartida como régimen de custodia preferente (art. 80), sin olvidar las relativas al régimen de visitas de los hijos menores no sólo con cada uno de sus progenitores sino también con sus hermanos, abuelos y otros parientes o allegados (art. 79.2.a y 80.1.3), la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar (art. 81), la contribución de los progenitores a los gastos de asistencia a los hijos (art. 82) y el reconocimiento, en su caso, de una asignación compensatoria a favor del progenitor al que la ruptura provoque un desequilibrio económico (art. 83). La subsección 5ª y última (art. 84) regula las posibles medidas provisionales a adoptar por el Juez tras la interposición de la demanda sobre los efectos de la ruptura, a instancia de alguno de los progenitores, de los hijos afectados mayores de catorce años o del Ministerio Fiscal⁷.

En todo caso, el art. 75.1 CDFA supedita la aplicación de este conjunto normativo a la concurrencia de los presupuestos que a continuación se enuncian. En primer lugar, la ruptura de una previa situación de convivencia, ya sea matrimonial o extramatrimonial, esta última no necesariamente institucionalizada a través de la constitución de una pareja estable no casada, tal y como se regula en los art. 303 a 315 CDFA⁸. Y en segundo término, la existencia de hijos comunes

⁶ En concreto, fueron derogadas y refundidas la Ley 1/1999 de sucesiones por causa de muerte, la Ley 6/1999 relativa a las parejas estables no casadas, la Ley 2/2003 de régimen económico matrimonial y viudedad, la Ley 13/2006 de Derecho de la persona, la Ley 2/2010 de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia y la Ley 8/2010 de Derecho civil patrimonial, así como el Título Preliminar de la Comp. de 1967. Se completó así el proceso de reformulación legislativa del Derecho civil aragonés contenido en la Comp. de 1967, cuerpo legal que fue sustituido en su integridad por el CDFA.

⁷ Un estudio completo del régimen jurídico aragonés en materia de efectos de ruptura de la convivencia de los progenitores puede verse en AA. VV., *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿Un modelo a exportar?* (coord. BAYOD, M. C. y SERRANO J. A.), Zaragoza, Institución «Fernando El Católico», 2014.

⁸ ¿Significa ello que quedan fuera del ámbito de aplicación de este conjunto normativo las relaciones familiares entre padres no convivientes y sus hijos? La respuesta es afirmativa en una lectura

a cargo, expresión que incluye, a mi entender, no sólo a los hijos menores, sino a los mayores de edad ya estén en formación (art. 69 CDFA), ya sufran alguna discapacidad física o psíquica, hayan sido declarados (o no) incapacitados judicialmente⁹.

El legislador aragonés ha renunciado, sin embargo, a incluir cualquier previsión dirigida a delimitar el ámbito de aplicación de este conjunto normativo, lo que me parece muy razonable. Y es que, conforme a la jurisprudencia constitucional, la competencia exclusiva que el art. 149.1.8CE confiere al Estado para dictar «normas para resolver los conflictos de leyes», se extiende a las disposiciones destinadas a solventar los conflictos internos entre los distintos Ordenamientos civiles que coexisten en España y, por consiguiente, esta competencia está completamente vedada a las Comunidades Autónomas, que no pueden establecer normas propias para la resolución de tales conflictos, a fin de garantizar un sistema conflictual único y uniforme¹⁰. Por consiguiente, entiendo que, de haberse abordado esta cuestión en la Ley 2/2010, hubiera debido limitarse a reproducir el sistema conflictual estatal, lo que, por lo demás, hubiera constituido una labor muy ardua a la vista del marco normativo existente al respecto¹¹.

literal del art. 75.1 CDFA. Sin embargo, con C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, «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 AA.VV., *Actas de los Vigésimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2011, pp. 136-137; y J. P. GONZÁLEZ DEL POZO, «Comentarios sobre el ámbito de aplicación y el contenido del pacto de relaciones familiares en la Ley de Custodia Compartida de Aragón», *Diario La Ley*, núm. 7529, 2010, D-380, p. 1794, creo que puede defenderse una interpretación extensiva del precitado precepto que permita la aplicación de los efectos de la ruptura en lo que atañe a los hijos, en particular, a lo concerniente al régimen de guarda y custodia y gastos de asistencia; no así, en cambio, en lo que atañe a la atribución del uso de la vivienda familiar, con base en la jurisprudencia (SAP de Zaragoza núm. 234 núm. 234 de 9 mayo 2013, haciéndose eco de la STS de 31 abril 2012) según la cual no puede ser objeto de atribución del uso aquella vivienda que no ha tenido «el concepto de sede familiar de la pareja con el hijo».

⁹ De acuerdo con C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, *ídem*, pp. 137-138.

¹⁰ Cfr. J. L. IRIARTE ÁNGEL, «Parejas de hecho, constitución y conflictos de leyes internos. Reflexiones acerca de la sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de abril de 2013 (recurso de inconstitucionalidad 5297-2000)», *Boletín Jado*, núm. 24, 2013, p. 176.

¹¹ Con todo, han optado por delimitar expresamente su ámbito de aplicación la LVaRF y la LVRF, aunque con soluciones divergentes. Así, el art. 2 LVaRF (circunscrita ésta a los efectos de la ruptura respecto de los hijos menores) acude al criterio de la ley personal de los hijos, conforme a lo dispuesto en el entonces vigente 9.4 Cc. En cambio, el art. 2 LVRF (que, al igual que el CDFA, regula los efectos de la ruptura tanto respecto de los hijos como de los progenitores) hace depender su aplicación en la C.A. de Euskadi de los criterios de conexión contemplados en el art. 9.2 Cc en materia de efectos del matrimonio, que hace extensivos a los efectos de la ruptura convivencial, a saber: la vecindad civil vasca, si es común a ambos progenitores o, de tenerla sólo uno, ha sido elegida por ambos en documento auténtico antes del matrimonio o de la constitución de la pareja de hecho; y, subsidiariamente, la residencia habitual común del matrimonio o la pareja en Euskadi en el momento de la presentación de la demanda de divorcio o separación matrimonial o, en su caso, de la disolución de la pareja de hecho; con todo, a mi entender, esta opción legislativa resulta muy discutible desde una perspectiva constitucional.

En cualquier caso, habiéndose planteado esta cuestión en la práctica judicial aragonesa ha sido el Tribunal Superior de Justicia de Aragón el que se ha ocupado de solventarla con mayor o menor acierto distinguiendo a tal objeto entre los efectos de la ruptura en relación con los hijos a cargo y respecto de los propios progenitores, acudiendo para ello a las normas de conflicto nacionales e internacionales.

Así, por lo que hace a la primera cuestión, las SSTSJA de 13 julio 2011 y de 26 septiembre 2014 condicionan la aplicabilidad del CDFA a la vecindad civil aragonesa de los hijos, con base en el anterior art. 9.4 Cc que acudía al criterio de la ley personal de los hijos en lo atinente tanto a la determinación como a los efectos de la filiación. Ocurre, sin embargo, que cuando se dictaron estas sentencias ya era de aplicación directa en España el Convenio de La Haya de 19 octubre de 1996 relativo a la competencia, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, habiendo desplazado así sus arts. 16 y 17 al art. 9.4 Cc en lo que hace al contenido de la filiación, con el consiguiente abandono de la conexión a la ley personal por la ley de la residencia habitual del menor¹². Si hubiese alguna duda al respecto, en fechas recientes el art. 9.4 Cc ha sido reformado por la Ley 26/2015, de tal manera que en su nuevo parr. 2º prevé que «la ley aplicable al contenido de la filiación, por naturaleza o adopción, y al ejercicio de la responsabilidad parental se determinará con arreglo al Convenio de La Haya de 19 octubre 1996». Por tanto y en lo que aquí interesa, puede afirmarse que los efectos de la ruptura de la convivencia respecto de los hijos ya no se rigen por su ley personal, sino por su ley de residencia habitual. De hecho, tal es el criterio de la reciente STSA de 6 octubre 2015 que aplica el régimen del CDFA sobre custodia y gastos de asistencia a un divorcio de extranjeros con hijo menor igualmente extranjero, todos ellos con residencia habitual en Aragón, invocando para ello el referido Convenio.

Más complicado se manifiesta el problema referente a la norma aplicable a los efectos derivados de la ruptura respecto de los progenitores, estén casados o no. Cuando sean pareja de hecho, dado que ni el Derecho estatal ni el de la Unión Europea les ha dado entrada de momento en las normas de conflicto¹³.

¹² De acuerdo con I. ESPÍNEIRA SOTO, *Convenio de La Haya de 1996 sobre protección del niño. Desplazamiento de los artículos 9.4 y 9.6 del Código civil* (ULR: <http://www.notariosregistradores.com/LEYSEXTRANJERAS/ARTICULOS/2011-menores->). lahaya.htm, consultada el 7 abril 2016). Ello con base en el art. 1.5 Cc y en atención al dato de que el Convenio había sido ratificado por España en virtud de instrumento de 28 mayo 2010 (BOE núm. 291, de 2 diciembre 2010) y entró en vigor el 1 enero 2011.

¹³ Sobre esta laguna legal y los problemas que plantea vid. J. L. IRIARTE ÁNGEL, «Parejas de hecho, constitución y conflictos...», cit., pp. 181-183 y la doctrina allí citada. Con todo, a nivel europeo interesa dar noticia de la Propuesta de Reglamento del Consejo de 2011 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimo-

En caso de estar casados, si atendemos al nuevo art. 107.2 Cc en su redacción dada por la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria, no excesivamente clarificador al respecto, dado que renuncia a fijar sus propios puntos de conexión en materia de separación y divorcio como hacía hasta ahora, para remitirse a «las normas de la Unión Europea o españolas de Derecho Internacional Privado». Ahora bien, a lo que entiendo, a fecha de hoy este reenvío se encuentra vacío de contenido, tanto en lo que se refiere a las normas europeas como a las españolas. En lo que hace a la normativa europea, desde el momento en que el Reglamento (UE) n.º. 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 se limita a determinar la ley aplicable en lo atinente a las causas de separación y divorcio, dejando expresamente fuera de su ámbito de aplicación los efectos que puedan derivarse de ambos (art. 1.2.e)¹⁴. Por lo que atañe a la normativa española, por cuanto que el art. 9.2 Cc mantiene su tenor inalterado en los siguientes términos: «la nulidad, separación y divorcio se regirán por la ley que determina el art. 107». Se da así la incongruencia de que los arts. 107.2 y 9.2 Cc se remiten recíprocamente el uno al otro, para en definitiva dejar sin determinar la ley aplicable en materia de efectos de separación y divorcio. De este modo, y en definitiva, podemos afirmar que en el momento presente no existe norma específica de conflicto al respecto. Así las cosas, el Tribunal Superior en las dos ocasiones que se ha pronunciado al respecto y, en particular, sobre la ley aplicable a los efectos del divorcio ha acudido a puntos de conexión divergentes para justificar la aplicación del CDFA: En su sentencia de 16 octubre de 2015, a la ley personal común, con base en el art. 9.2 Cc, que propiamente se refiere a los efectos del matrimonio; y en su sentencia de 6 octubre 2015, a la ley de residencia habitual, invocando para ello el Reglamento (UE) n.º. 1259/2010 que, como se ha señalado, determina la ley aplicable a las causas del divorcio y nulidad, pero no a sus efectos.

II. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

En las situaciones de ruptura de la convivencia –matrimonial o no– el art. 77 CDFA atribuye prioridad al pacto de relaciones familiares a formalizar entre los progenitores afectados por aquella, en coherencia con el principio *standum est*

niales de las uniones registradas (URL: <http://www.notariosyregistradores.com/UNIONEUROPEA/proyectos.htm>, consultada el 23 marzo 2016).

¹⁴ Como igualmente advierte B. CAMPUZANO DÍAZ, «El Reglamento (UE) n.º 1259/2010, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 39, 2011, pp. 565-566. El texto del Reglamento puede consultarse en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:343:0010:0016:es:PDF>.

chartae que rige en Derecho civil aragonés, conforme a lo dispuesto en el art. 3 del mismo cuerpo legal. De este modo, cabe que ambos progenitores convengan, entre otros extremos, sobre el uso o, más ampliamente, el destino de la vivienda familiar; pacto que si es aprobado por el Juez, por no ser contrario a norma imperativa o no resultar perjudicial al interés de los hijos, habrá de respetarse necesariamente (art. 77.5).

En defecto de pacto de relaciones familiares o si éste no es aprobado por el Juez, corresponde a éste decidir esta cuestión conforme a las previsiones del art. 81 CDFA. Dicho precepto contiene tres normas diferentes. En primer lugar, fija los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en función del régimen de custodia adoptado (aptdos. 1 a 3). En segundo término, articula un sistema judicial de venta de la misma (aptdo. 4). Y, por último, regula el destino del ajuar familiar (aptdo. 5).

Al examen de los arts. 77.1.c y 81 CDFA, con especial atención a la interpretación jurisprudencial de que han sido objeto, se dedican las siguientes líneas; ello sin renunciar a abordar las soluciones adoptadas ulteriormente sobre esta cuestión en otros Derechos civiles territoriales (en particular, en Derecho catalán, valenciano y vasco), así como por el Código civil (cuyo art. 96 a fecha de hoy sigue inalterado, si bien ha sido objeto de una importante relectura por el Tribunal Supremo). No obstante, con carácter previo interesa precisar el objeto sobre el que recae el derecho de uso atribuido, así como el fundamento y el presupuesto previo que requiere tal atribución.

1. LA VIVIENDA FAMILIAR COMO OBJETO SOBRE EL QUE RECAE EL DERECHO DE USO ATRIBUIDO

De conformidad con lo dispuesto en el art. 81 CDFA, en Derecho aragonés el objeto de la atribución del derecho de uso se circunscribe exclusivamente a la vivienda familiar, salvo que se haya acordado otra cosa en el pacto de relaciones familiares. Así se afirma expresamente en la SAP de Zaragoza núm. 271 de 15 mayo 2012: «A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez del divorcio solo puede disponer de la vivienda familiar [...] no sobre los demás bienes». De este modo, la norma aragonesa adopta un criterio muy rígido, coincidente con el del art. 96 Cc, pero que, sin embargo, se aleja del planteamiento más flexible de los restantes Derechos civiles territoriales, favorables bien a hacer extensivo el derecho de uso a otras viviendas propiedad de uno o ambos progenitores que satisfagan la necesidad de habitación de los hijos y del progenitor adjudicatario (como es el caso de las normas catalana y vasca)¹⁵, bien a reconocer la posibilidad de ocupar

¹⁵ El art. 233-20.6 CCC y el art. 12.6 LVRF facultan al Juez para sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por el de otra vivienda propiedad de uno o ambos progenitores, siempre que sea

otra vivienda como residencia familiar sobre la que el progenitor a quien se ha atribuido la custodia compartida o individual ostente algún derecho que conlleve su posesión (como sucede en la norma valenciana)¹⁶.

Estas novedosas previsiones se ajustan así a la actual interpretación del art. 96 Cc por parte del Tribunal Supremo en el sentido de permitir el realojamiento de los hijos menores en otra vivienda distinta de la familiar, siempre que sea idónea para satisfacer el interés superior de aquéllos¹⁷. Así, existe una doctrina muy consolidada que admite la solución de que los hijos pasen a habitar otra vivienda sobre la que el progenitor custodio ostente algún derecho posesorio, en vez de la familiar, a fin de evitar una situación abusiva para el otro progenitor (SSTS de 29 marzo 2011, de 5 noviembre de 2012, de 3 diciembre 2013 y de 15 julio 2015)¹⁸. E incluso hay una línea jurisprudencial que va más allá reconociendo la facultad judicial de sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por la de otra diferente también adecuada para satisfacer las necesidades de los hijos, en caso de que así lo hayan pactado las partes o, en su defecto, cuando se trate

idónea para satisfacer las necesidad de vivienda de los hijos y del progenitor custodio o, en su caso, más necesitado.

¹⁶ En particular el art. 6.2 LVarF establece la prohibición, salvo pacto en contrario, de atribuir el uso de la vivienda familiar si es privativa del no adjudicatario o común de ambos progenitores, y el progenitor al que correspondería su adjudicación es titular de derechos sobre otra vivienda que le permita ocuparla como tal vivienda familiar. Asimismo, establece el cese de su atribución si durante su ocupación se incorporan al patrimonio del adjudicatario tales derechos, salvo pacto en contrario y previa decisión judicial. De ello resulta no exactamente la posible atribución del uso de otra vivienda diferente a la familiar como prevén las normas catalana y vasca, sino la posibilidad de ocupar otra vivienda como residencia familiar, según advierte la doctrina más autorizada (J. R. DE VERDÁ BEHAMONTE y P. J. MARTÍNEZ CARLOS, «La Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven. Un estudio en clave jurisprudencial», *Cuadernos Jurídicos del Instituto de Derecho Iberoamericano*, núm. 1 (2), 2015, p. 86; y E. ALGARRA PRATS, E. Y J. BARCELÓ DOMENÈCH, «La atribución del uso...», cit., p. 107); opción ésta que tampoco contempla el CDFA.

¹⁷ Como constatan B. VERDERA IZQUIERDO, «Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La *necesidad de vivienda*», *InDret*, núm. 1, 2016, pp. 30-32; J.R. DE VERDÁ BEHAMONTE, «La atribución del uso de la vivienda familiar en casos de divorcio en España: la superación del Derecho positivo por la práctica jurisprudencial», *AJI*, núm. 6 bis, 2015, pp. 21-25; y M. LÓPEZ JARA, «La sustitución de la atribución del uso de la vivienda familiar del art. 96 del Código civil por el de otra distinta», *La Ley Derecho de Familia*, núm. 6, 2015.

¹⁸ En particular, la STS de 29 marzo 2011 sienta la siguiente doctrina en su FJ 3º: «cuando el hijo no precisa de la vivienda familiar, por encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación a través de otros medios, como ocurre en el caso presente, en que la madre ha adquirido una nueva vivienda que ostenta en copropiedad con la nueva pareja con la que convive, no puede pretenderse una especie de reserva de la que fue vivienda familiar durante el matrimonio para poder usarla en el hipotético caso en que no fuese posible el uso de la vivienda en la que ahora el hijo convive con la titular de su guarda y custodia [...] La atribución del uso al menor y al progenitor se produce para salvaguardar los derechos de éste, pero no es una expropiación del propietario y decidir en el sentido propuesto por la recurrente sería tanto como consagrar un auténtico abuso del derecho, que no queda amparado ni en el art. 96, ni en el art. 7 CC».

de un inmueble propiedad de ambos cónyuges y adicionalmente haya circunstancias que así lo aconsejen (SSTS de 30 septiembre 2011, de 10 octubre 2011, de 17 junio 2013 y de 16 enero 2015)¹⁹.

Por su parte, la jurisprudencia aragonesa ha optado por una lectura correctora del art. 81 CDFA en el sentido de permitir el realojo de los hijos en otra vivienda distinta de la familiar, en línea con la ley valenciana. Así, son varias las sentencias que, en atención a la circunstancia de que el progenitor a quien se ha atribuido la custodia –individual o compartida– disponga de otra vivienda adecuada a sus necesidades y las de sus hijos, han renunciado atribuirle el uso de la vivienda familiar²⁰, se lo han asignado por un plazo muy breve²¹ o han declarado su extinción de concurrir esta circunstancia sobrevenidamente²².

En cambio, no se han podido localizar, al menos hasta la fecha, entre los órganos judiciales aragoneses pronunciamientos similares al de la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo favorable a atribuir a los hijos y al progenitor custodio –en régimen individual o compartido– el uso de otra vivienda distinta a la familiar, como prevén las normas catalana y vasca. Sólo dos sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza parecen apuntar *obiter dicta* esta posibilidad

¹⁹ En tal sentido se pronunció la STS de 30 septiembre 2011 (FJ 2º). Por lo que hace al caso concreto el TS entendió que no se daban las circunstancias que aconsejasen la atribución del uso de una vivienda distinta –pero sin especificar cuáles pueden ser tales circunstancias– y que, por tanto, se debía aplicar el art 96.1 de forma literal. De este modo, tachó de «imaginativa» y, por ende, anuló la decisión del juzgador *a quo* de que los hijos y progenitor custodio pasasen a ocupar otra vivienda en alquiler a sufragar por el progenitor no custodio. Se incardinan, asimismo, en esta línea jurisprudencial las STS de 10 octubre 2011 y de 16 enero 2016. En particular, la STS de 10 octubre 2011 (FJ 5º), en un supuesto en que el inmueble que se venía utilizando como vivienda familiar durante el matrimonio pertenecía a terceros, permite la sustitución del uso de aquella por otra propiedad del matrimonio. Ello sobre la base de que si se atribuía el uso de la vivienda familiar, el mismo podría quedar vacío de contenido si sus propietarios (los padres de uno de los ex cónyuges) ejerciesen una acción de desahucio por precario. La STS de 16 enero 2015 (FJ 3º) permuta el uso de la vivienda «que fue familiar en el momento de la separación» inicialmente atribuido por el de otra «que también fue vivienda familiar en su momento» perteneciente en pro indiviso a ambos progenitores y que ahora queda disponible.

Con todo, el propio TS matiza esta doctrina, denegando esta posibilidad en el caso de que la vivienda alternativa sea propiedad exclusiva del otro progenitor (SSTS de 9 mayo 2012 y STS de 3 marzo 2016, ambas relativas al divorcio de un matrimonio casado bajo el régimen de separación de bienes); o cuando nunca haya sido vivienda familiar (STS de 31 mayo 2012 que, en supuesto de ruptura de pareja de hecho, deniega a la madre e hijo común el uso como vivienda familiar de un inmueble propiedad exclusiva de su ex pareja, el cual estuvo poseyendo durante la convivencia por mera tolerancia de su dueño).

²⁰ SSAP de Zaragoza núm. 640 de 20 diciembre 2013 (para atribuir su uso durante dos años al padre no custodio, transcurridos los cuales se procederá a su venta), núm. 641 de 31 de marzo 2015 (para autorizar su venta) y núm. 613 de 10 diciembre 2015 (para autorizar su venta).

²¹ STSJ de Aragón de 7 febrero 2013.

²² SAP de Zaragoza núm. 340 de 30 junio 2015.

(SSAP de Zaragoza núm. 234 de 9 mayo 2013 y núm. 363 de 14 julio 2015)²³, para rechazarla, sin embargo, en una sentencia posterior (SAP de Zaragoza núm. 582 de 1 diciembre 2015) que atribuye al padre la custodia de la hija menor, pero le deniega la atribución del uso de la vivienda donde reside ésta actualmente con la madre –sin clarificar su naturaleza común o privativa–, por no haber constituido el domicilio familiar «por lo que (...) no sería de aplicación las previsiones del art. 81 del Código del Derecho Foral de Aragón».

Una vez delimitado el objeto del derecho de uso tras la ruptura en base al tenor del art. 81 CDFA y la interpretación jurisprudencial de que ha sido objeto, interesa concretar qué debe entenderse por vivienda familiar, acudiendo para ello a las propias previsiones del Cuerpo legal aragonés. A este respecto debe señalarse *a priori* que el CDFA, como regla, aplica exclusivamente la noción de vivienda familiar y la protección inherente a la misma a los matrimonios, excluyendo a las parejas de hecho incluidas las estables no casadas, según resulta de la dicción del art. 190 y de su propia ubicación sistemática en sede de efectos

²³ La SAP de Zaragoza núm. 234 de 9 mayo 2013 deniega el uso al hijo y la madre custodia de una vivienda propiedad del padre, dado que no ha tenido «el concepto de sede familiar de la pareja con el hijo». No obstante, *obiter dicta* sienta la siguiente doctrina: «La cuestión es el concepto que se sostenga de vivienda familiar (en lo que, aun no siendo lo común [...]) pueden haber acepciones flexibles, vgr. como la que mantuvo en su momento la SAP Navarra de 23-11-93), como la posibilidad de subrogar en ese concepto jurídico inmuebles que pertenecieron a la familia pero que no han sido habitados antes de disgregarse. No es ocioso recordar que debe tratarse de ampararse del mejor modo posible el interés superior de los menores –incluso precisándolo en el acceso a una vivienda adecuada– ya que constituye un principio inspirador del ordenamiento jurídico [...]. Cabe considerar, en relación con el derecho a la vivienda, con la STS de 1-4-2011 (aún en interpretación de lo dispuesto en el art. 96 del Código civil) que el principio que aparece protegido es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 CC) [...] Aunque ciertamente prepondera en la jurisprudencia un concepto restrictivo de domicilio familiar (así, vgr. STS de 31-5-2012), que en realidad está todavía pendiente de formular positivamente por la ley, también hay muestras del contrario (así, vgr., la STS de 10-10-2011: «El juez puede atribuir el uso de una vivienda que no sea la que se está ocupando en concepto de vivienda familiar cuando el inmueble que se está utilizando pertenezca a terceras personas en orden a proteger el interés de los menores» (Fº Dº 5). Recapitulando, todo ello no impide sin embargo en el presente caso desestimar también el correspondiente motivo del recurso: la vivienda cuyo uso se reclama por la actora y recurrente, no reúne el concepto jurídico de «vivienda familiar» que permitiera atribuir su uso a quien no ostenta la propiedad. Al tiempo, la habitación que facilita la recurrente al hijo menor queda comprendida en los propios deberes –que no son exclusivos del demandado– de contribuir a su sustento (cfr., vgr. art. 65 CDFA)». La SAP núm. 363 de 14 julio 2015, tras afirmar la oponibilidad frente a un tercero adquirente del uso de la vivienda familiar asignado en su momento a la madre e hijo menor «hasta en tanto no se produzca el efectivo cese de la posesión de la vivienda» hace la siguiente declaración *obiter dicta*: «sin perjuicio de que si éste se produjera subsistiera la obligación del actor [el ex cónyuge antiguo titular de la vivienda familiar] de facilitar vivienda a su esposa e hijo durante el periodo indicado».

Admite, en cambio, abiertamente esta opción la jurisprudencia valenciana con un planteamiento más flexible, según hacen constar J. R. DE VERDÁ BEHAMONTE y P. J. MARTÍNEZ CARLOS, «La Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat...», cit., p. 100, pese a no estar contemplada expresamente en la LVaRF.

generales del matrimonio. De este planteamiento general se desvincula, sin embargo, el art. 81 que aquí nos ocupa. Este precepto se corresponde con el art. 7 de la Ley 2/2010 de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, norma que, como se ha indicado *ab initio*, optó por regular los efectos de la ruptura de la convivencia, incluida la atribución del uso de la vivienda familiar, con independencia de su carácter matrimonial o extra-matrimonial. Nos encontramos, así ante la «aparente» contradicción que, en el caso de una pareja de hecho, su vivienda familiar carece de una específica protección mientras rige la convivencia y, en cambio, una vez rota, se le dispensa el mismo tratamiento que a los matrimonios en orden a la atribución de su uso. Con todo, este tratamiento diferenciado entre los matrimonios y parejas de hecho, a mi entender, tiene su razón de ser. Así, el art. 81 vincula la atribución del uso de la vivienda familiar a la existencia de hijos comunes –en particular, «a cargo»–, los cuales, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional (por todas, STC 154/2006 de 22 de mayo), tienen derecho a igual tratamiento con independencia de su filiación²⁴. En cambio, el art. 190 forma parte del entramado de derechos y obligaciones propias entre los cónyuges que el CDFA hace derivar del matrimonio, sin que, a mi juicio, haya razón que justifique su extensión a personas que libremente no han prestado formalmente su voluntad a sujetarse a dichas reglas mediante el consentimiento matrimonial al amparo de su derecho a no casarse²⁵, y más aún cuando la propia Ley 6/1999 relativa a las parejas estables no casadas renunció a incluir en su «régimen primario» (art. 5, actual art. 307.3 y 4 CDFA) una norma en tal sentido. Ello, no obsta a que los miembros de la pareja, si así lo deciden, puedan regular los efectos de su convivencia en virtud de pacto y, en particular, limitar su facultad de disponer de la vivienda familiar, al amparo del art. 3 CDFA en relación con el art. 307.1 del mismo cuerpo legal.

Al margen de esta reflexión personal, lo cierto es que a la hora de delimitar la noción de vivienda familiar a efectos del art. 81 debemos acudir en primer lugar al art. 190 CDFA donde se ofrece una noción muy amplia de la misma, identificándola con la vivienda habitual de la familia. Esta noción, sin embargo, puede concretarse algo más, en cuanto el mismo art. 81 se refiere indistintamen-

²⁴ Los mismos argumentos esgrime G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, «Atribución de la vivienda familiar en las parejas de hecho tras la ruptura: ¿siempre en precario? ¿siempre sin aplicar el art. 96 Cc? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2011», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 28, 2012-1, p. 607, para defender la aplicación directa del art. 96.1 Cc a las rupturas de pareja de hecho con descendencia común dependiente. Cuestiona, sin embargo, esta opción legislativa por considerarla poco respetuosa con la autonomía de la voluntad M. A. PARRA LUCÁN, «Autonomía de la voluntad y derecho de familia», *Diario La Ley*, núm. 7675, 2011, D-304, p. 1800.

²⁵ Como defendí en otro lugar (*La ruptura de las parejas de hecho. Análisis Comparado Legislativo y Jurisprudencial*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 105-106. Vid. una argumentación similar en G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *idem*, pp. 590-599).

te a la vivienda familiar y al domicilio familiar. De ello resulta que la vivienda familiar a que se refiere el art. 81 no es otra que la sede del domicilio familiar. A partir de ahí, la configuración de una vivienda como domicilio familiar dependerá del acuerdo de los progenitores o, en su defecto, del acuerdo de la Junta de Parientes –si ambos deciden acudir a la misma– o de la decisión del Juez, según prevé el art. 184.1 CDFA. Dicho precepto, acto seguido, sienta la presunción de que el domicilio familiar es aquel donde los progenitores conviven habitualmente o bien uno de ellos y la mayor parte de la familia, con lo que se excluye la posibilidad de varios domicilios familiares simultáneos. En cualquier caso, como precisa la STSJA de 13 junio 1991, la nota de «habitualidad» requiere una voluntad de permanencia en la vivienda, lo que excluye de la noción de vivienda familiar la ocupada ocasionalmente²⁶. Por añadidura, la vivienda familiar habrá de reunir las condiciones de *habitabilidad* necesarias a los efectos de la atribución de su uso (SAP de Zaragoza núm. 613 de 10 diciembre 2015).

2. FUNDAMENTO DE LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

Asimismo, interesa plantearse cuál es la finalidad perseguida por el Derecho civil aragonés con la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores con exclusión del otro.

Pues bien, desde el momento en que en el art. 81 CDFA esta medida se vincula a la existencia de hijos bajo la custodia de sus progenitores, bien puede afirmarse con que estamos ante una manifestación del principio del superior interés del menor que preside toda esta regulación *ex* art. 76.1²⁷. De hecho, así lo ha reconocido expresamente el propio Tribunal Superior de Justicia de Aragón en jurisprudencia reiterada (entre otras, SSTSJA de 15 diciembre 2011, de 21 diciembre 2012, de 1 julio 2013 y de 20 enero 2016), con un planteamiento, por lo demás, coincidente con la doctrina vertida por Tribunal Supremo respecto al art. 96.3 Cc²⁸.

Precisando más esta idea, a mi juicio, la atribución del uso de la vivienda familiar se justifica en el deber de los progenitores de proveer de habitación a sus hijos menores; deber éste que se engloba en el más amplio de crianza y edu-

²⁶ En la doctrina se pronuncia en el mismo sentido J. A. SERRANO GARCÍA, «Comentario al art. 81 CDFA», en AA.VV., *Comentarios al Código del Derecho Foral de Aragón* (dtor. J. DELGADO ECHEVERRÍA), Dykinson, Madrid, 2015, p. 199.

²⁷ Coinciden en esta apreciación E. MOLINS GARCÍA-ATANCE, «La regulación de la atribución del uso de la vivienda en el artículo 81 del Código del Derecho foral de Aragón», en AA.VV., *Actas de los Vigésimosegundos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2013, p. 286; y de J. A. SERRANO GARCÍA, «Comentario al art. 81 CDFA», en AA.VV., *Comentarios...*, cit., p. 200.

²⁸ Vid., entre otras, SSTs de 29 marzo 2011, de 14 abril 2011, de 10 octubre 2011, de 31 mayo 2012, de 15 marzo 2013 y de 16 enero 2015.

cación (arts. 63 y 65.1.b CDFA o de velar por ellos (art. 59.a CDFA) y que, como viene precisando la jurisprudencia (SSTSJA de 11 junio 2014 y de 21 octubre 2014) no cesa por la ruptura de la convivencia ni porque los progenitores contraigan nuevo matrimonio o constituyan pareja estable²⁹.

Es más, dado que en Derecho aragonés el deber de crianza y educación de los progenitores no cesa respecto a los hijos mayores en formación conforme a lo dispuesto en el art. 69 CDFA, es defendible que la atribución del uso de la vivienda familiar se mantenga mientras los hijos estén en periodo de formación y sigan conviviendo con los progenitores, aunque hayan dejado de estar bajo su guarda y custodia³⁰. De hecho, en tales términos se ha pronunciado la jurisprudencia en las numerosas ocasiones en que ha debido abordar esta cuestión, ante la pretensión del progenitor no custodio de que se declare la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar por alcanzar los hijos la mayoría de edad, con el consiguiente cese de la custodia confiada al progenitor al que en su momento se atribuyó el uso de aquélla. Interesa destacar a este respecto la doctrina sentada por la SAP de Teruel núm. 84 de 7 noviembre 2014 (confirmada en casación por la STSJA de 6 junio 2014) según la cual, la iniciación o realización por los hijos de estudios universitarios en otra localidad distinta a aquella donde radica la vivienda familiar, no conlleva necesariamente el abandono de ésta o el cese de la convivencia con el progenitor a quien en su momento se atribuyó su custodia y, por ende, la extinción del uso de la vivienda familiar. Junto a la sentencia reseñada pueden mencionarse complementariamente las SSTSJA de 11 junio 2014 y de 21 octubre 2014 y, en la jurisprudencia menor, las SSAP de Zaragoza núm. 639 de 20 diciembre 2013 y núm. 392 de 28 julio 2015 que coinciden en la necesidad de mantener en el uso de la vivienda familiar a los hijos y al progenitor a quien en su momento se concedió su custodia, bien mientras aquéllos no finalicen su formación académica (o, incluso, hasta que no alcancen su independencia económica: SAP de Huesca núm. 18 de 31 enero 2012), bien por un periodo inferior. Incluso, hay algunas sentencias provenientes de Audiencias Provinciales que atribuyen *ex novo* el uso de la vivienda familiar a los hijos mayores en formación y al progenitor con el que convivan, pese a que esta posibilidad no se contempla expresamente en el art. 81 CDFA, cuyo ámbito de aplicación se circunscribe a los hijos en régimen de guarda y custodia³¹.

²⁹ De acuerdo con J. A. SERRANO GARCÍA, «Comentario al art. 81 CDFA», en AA.VV., *Comentarios...*, cit., p. 200.

³⁰ En cambio, de acuerdo con J. A. SERRANO GARCÍA, *id. ibid.*, el hijo mayor dependiente económicamente que haya terminado su formación ya no tiene derecho a la atribución el uso de la vivienda familiar, ello sin perjuicio de su derecho a pedir alimentos, lo que incluye «lo que es indispensable para su habitación», de acuerdo con los arts. 142 y ss Cc.

³¹ SAP de Huesca núm. 205 de 30 octubre 2013 y SSAP de Zaragoza núm. 56 de 5 febrero 2014, núm. 373 de 14 julio 2015, núm. 396 de 28 julio 2015 y núm. 503 de 14 octubre 2015, esta última con

En último lugar, considero que este mismo fundamento es predicable respecto de la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos mayores incapacitados, dada su condición de «hijos a cargo» a los efectos de la aplicación de los criterios de atribución del art. 81 CDFA, como así ha sido declarado por la STS-JA de 18 julio 2014³². Por añadidura, a favor de esta interpretación se encuentra la necesidad de protección acordada por la Convención de derechos de las personas con discapacidad de 13 diciembre 2006 ratificada por España en virtud de instrumento de 23 de noviembre de 2007, imponiendo específicamente su art. 24 a los Estados parte la obligación de garantizar «los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños o instituciones similares, cuando esos conceptos se recojan en la legislación nacional».

En definitiva, creo que puede afirmarse que, por lo que atañe al derecho de uso de la vivienda familiar tal y como se configura en el CDFA, su atribución se justifica esencialmente en el interés superior de los hijos menores o mayores a cargo –ya por estar en formación o por adolecer de alguna discapacidad– a tener cubiertas sus necesidades de habitación y, en particular en la que fue la vivienda familiar hasta la ruptura al objeto de minimizar los inevitables cambios derivados de la misma. Ahora bien, ello no significa que la norma aragonesa prescinda de los demás intereses legítimos de protección. Al contrario, incorpora un nuevo criterio, «el del mejor interés para las relaciones familiares», al que debe acudir el Juez bien de modo subsidiario para atribuir el uso de la vivienda familiar en la custodia compartida o individual (arts. 81.1 y 2 Cc), bien para autorizar su venta en el caso que concurren los presupuestos del art. 81.4; criterio éste cuya aplicación exige, a mi entender, una ponderada valoración de la concreta situación familiar existente en cada caso, a fin de que sean debidamente armonizados los diferentes intereses en conflicto, tanto el de los hijos de tener sus necesidades de habitación debidamente cubiertas –siempre prioritario *ex* art. 76.2 CDFA– como el de ambos progenitores, custodio y no custodio³³.

la peculiaridad añadida de que la vivienda familiar es propiedad de un tercero, en concreto, de otra hija independiente económicamente.

³² La STSJA de 18 julio 2014 mantiene en el uso de la vivienda familiar –privativa del padre– a la madre custodia e hijo mayor que, aquejado de síndrome de Down, ha sido incapacitado judicialmente con la consiguiente rehabilitación de la autoridad familiar a favor de ambos progenitores. Acude para ello al art. 81.2 Cc que atribuye el uso de la vivienda familiar al progenitor al que corresponda la custodia de los hijos, en este caso la madre, precepto que «por definición se refiere a la [custodia] de los menores o incapacitados».

³³ Propugnan una interpretación similar del art. 96 Cc C. GIL MEMBRADO, *La vivienda familiar*, Ed. Reus, Madrid, 2013, pp. 114-119; J.R. DE VERDÁ BEHAMONTE, «La atribución del uso de la vivienda familiar...», cit., p. 14; M. LÓPEZ JARA, «La sustitución de la atribución...», cit.; y J. A. TAMAYO CARMONA, «El derecho de uso de la vivienda habitual de la familia: realidad normativa y perspectivas de futuro», *RBD*, núm. 19, 2015, p. 270.

3. LA EXISTENCIA DE UN PREVIO DERECHO DE DISFRUTE A FAVOR DE UNO O AMBOS PROGENITORES COMO PRESUPUESTO PREVIO A LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

La atribución del uso de la vivienda familiar requiere como presupuesto previo que uno o ambos progenitores ostenten algún derecho personal o real que les posibilite el disfrute de la vivienda familiar, ya sea la propiedad u otros derechos tales como el usufructo o el arrendamiento³⁴. Por consiguiente, de haberse transmitido la propiedad de la vivienda familiar a un tercero con anterioridad a la ruptura, no procederá la atribución de su uso a uno de los progenitores, como así se viene afirmando por los Tribunales aragoneses en no pocas sentencias. Sirva de ejemplo la SAP de Zaragoza núm. 401 de 23 septiembre 2014 que, en el divorcio de un matrimonio con dos hijos mayores de edad e independientes económicamente, deniega la atribución del uso de la vivienda familiar solicitada por la madre, dado que ésta ya no pertenece a ninguno de los ex cónyuges sino a un tercero, uno de sus hijos a quien se la donaron en su momento sin reservarse un derecho de disfrute, «ello sin perjuicio de lo que el titular decida en el ejercicio de su derecho de propiedad». Participa del mismo planteamiento la SAP de Zaragoza núm. 635 de 20 diciembre 2013 que deja sin efecto el pronunciamiento de primera instancia favorable a atribuir el uso de la vivienda familiar a la madre e igualmente lo deniega al padre, por no existir «disponibilidad de dicho bien para ninguno de los litigantes» desde el momento en que se ha procedido a su dación en pago a favor de la entidad bancaria que les concedió en su momento el préstamo hipotecario.

El problema se plantea en el caso de que ninguno de los cónyuges o convivientes ostenten título alguno sobre la vivienda familiar, por ser ésta propiedad de un tercero, habitualmente pariente de uno de ellos que ha cedido su uso gratuitamente al matrimonio o pareja. En tal caso, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo vertida a partir de su sentencia de 26 diciembre 2005³⁵, (y seguida, entre otras, por las SSTs de 30 octubre 2008, de 14 enero 2010, de 18

³⁴ Ahora bien, según prevén el art. 233-21-2 CCC y el art. 12.8 LVRE, en caso de que el matrimonio o pareja posea la vivienda familiar en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de la atribución judicial de su uso quedarán limitados a lo dispuesto por el título. La misma previsión recoge el proyectado art. 96.6.1 Cc en su redacción dada por el ACP 2014 (art. 8). De ello resulta (con A. SEISDEDOS MUÑO, «La atribución del uso...», cit., p. 157) que la atribución del uso a uno de los miembros de la pareja no alterará el derecho –real o personal– que existiese sobre la vivienda ni la titularidad del mismo.

³⁵ Según advierten C. GIL MEMBRADO, *La vivienda familiar*, cit., pp. 178-180; y E. ROCA TRÍAS, «Comentario al art. 96 Cc», en AA.VV., *Código civil comentado*, vol. 1, (dtres. A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 525-526, abandonando así la tesis «proteccionista» que había mantenido a partir de la STS de 2 diciembre 1992, favorable a calificar tal cesión de comodato y, por ende, a mantener en la posesión a la ex nuera y los nietos.

enero 2010, de 14 julio 2010, de 18 marzo 2011, de 14 marzo 2013 y de 13 febrero 2014), la atribución en el correspondiente procedimiento familiar a uno de los progenitores del uso de la vivienda titularidad de terceros que viniera usando la familia sin título alguno no es oponible a sus legítimos propietarios, quienes podrán recuperarla mediante el ejercicio de la acción de desahucio a la que están legitimados por la inexistencia de contrato con los ocupantes³⁶. En lo que aquí interesa y por lo que hace a los órganos judiciales aragoneses, acoge esta doctrina la SAP de Zaragoza núm. 309 de 13 junio 2013 que conoce de un supuesto singular, a saber: La propietaria de la vivienda cedió en su momento el uso gratuito de la vivienda a su hijo y cónyuge; posteriormente en el correspondiente procedimiento de separación fue atribuido el uso del referido inmueble como familiar a la cónyuge; y ahora la propietaria no pide la restitución de su posesión pero sí que su nuera le reembolse los gastos derivados del uso de la vivienda –en concreto, los gastos de comunidad y por suministros consumidos–, a lo que se opone ésta, alegando que durante la convivencia matrimonial no pagaron suma alguna por el uso de la vivienda. La Audiencia califica la situación de la demandada de precario con base en la doctrina del Tribunal Supremo: «es constante la jurisprudencia que, tras unas dudas iniciales, ha venido proclamando que la resolución judicial dictada en procedimiento matrimonial por la que se concede el uso de la vivienda a uno de los esposos no altera el título en que la misma venía siendo ocupada anteriormente por el matrimonio, y que la cesión gratuita por los padres de uno de los esposos para su ocupación por ambos como domicilio conyugal lo es a título de precario (STS 193/2013, 160/2013 y 386/2012)». Una vez clarificado el título en virtud del cual la vivienda es ocupada por la demandada, la Audiencia estima la pretensión de la parte actora, condenando a la precarista al pago de los gastos derivados de la ocupación de la vivienda, con base en el art. 1743 Cc en materia de comodato, ante la ausencia de regulación específica del precario. Por lo demás, no prospera –como no puede ser de otra manera– el argumento de la demandada acerca de la gratuidad

³⁶ Sirva de ejemplo la STS de 18 marzo 2011 donde puede leerse la siguiente declaración: «para el caso en que no exista negocio jurídico alguno que justifique la ocupación y frente a la posible reclamación de su propietario, no podrá oponerse la atribución del uso de la vivienda que haya sido establecido en el ámbito de un procedimiento de familia [...] la solución a estos conflictos debe ser dada desde el punto de vista del derecho de la propiedad, porque las consecuencias de la separación o divorcio nada tienen que ver con los terceros propietarios». Esta jurisprudencia ha sido analizada por V. MORENO VELASCO, «La problemática derivada de la atribución del uso de la vivienda familiar cedida por el propietario a los cónyuges a título gratuito», *Diario La Ley*, núm. 6503, 200, D-146, pp. 1839-1842.

Por lo demás, esta doctrina ha sido acogida expresamente por el art. 233-21 CCC, cuyo tenor interesa reproducir: «Si los cónyuges detentan la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acaban cuando este reclama su restitución. Para este caso, de acuerdo con lo establecido por el artículo 233-7.2 del mismo cuerpo legal, la sentencia puede ordenar la adecuación de las pertinentes prestaciones alimentarias o compensatorias». La misma previsión contiene el proyectado art. 96.6.2 Cc en su redacción dada por el ACP 2014 (art. 8).

del uso durante la convivencia matrimonial, ya que, en palabras de la Audiencia, «ello no impide que la propiedad puede reclamarlos [los gastos] en la actualidad debido al cambio de circunstancias derivada de la crisis matrimonial». Posteriormente esta doctrina se ha visto ratificada por la SAP de Zaragoza núm. 503 de 14 octubre 2015 que, en un procedimiento de divorcio, confirma el fallo del juzgador de primera instancia favorable a atribuir el uso de la vivienda familiar a la madre y una hija mayor dependiente económicamente, siendo aquélla propiedad de otra hija ya independiente que convive con ellas; ello sin perjuicio de reconocer a ésta el derecho a reclamar su restitución en su condición de «tercerro tolerante».

Con todo, esta jurisprudencia ha sido matizada por el Tribunal Supremo para el caso en que se vean implicados hijos menores, habida cuenta que «su interés es el que debe presidir la atribución de la vivienda». Y es que, de acuerdo con la STS de 10 octubre 2011, «la posibilidad de que los propietarios recuperen la vivienda ejerciendo el desahucio por precario, implica que deba entenderse perjudicial para el propio menor la atribución del uso de una vivienda de la que podría ser desalojado»; por consiguiente, «el juez puede atribuir el uso de una vivienda que no sea la que se está ocupando en concepto de vivienda familiar cuando el inmueble que se está utilizando pertenezca a terceras personas en orden a proteger el interés de los menores y ello siempre que la residencia que se atribuya sea adecuada para satisfacer las necesidades de los hijos»³⁷. Posteriormente, esta doctrina ha sido reiterada por la STS de 15 marzo 2013³⁸.

En cualquier caso y en lo que aquí interesa, no ha podido localizarse en la jurisprudencia aragonesa pronunciamientos similares a los de las SSTS de 10 octubre 2011 y de 15 marzo 2013, por cuanto los Tribunales aragoneses, con un

³⁷ En el caso de autos la vivienda familiar del matrimonio y de la hija menor en el momento de la ruptura matrimonial se encontraba ubicada en un piso cedido por los padres del marido a su hijo en precario, mientras que, por otro lado, el matrimonio era propietario de un piso que tenían arrendado a un tercero. La STS de 10 octubre 2011 confirma el fallo de la sentencia de primera instancia que, habiendo concedido la custodia individual a la madre, le atribuye como vivienda familiar la vivienda de sus suegros sólo hasta el momento en que fine el arrendamiento de la vivienda propiedad de ambos cónyuges, momento en el cual pasará ésta a convertirse en la vivienda familiar donde convivir con su hija menor.

³⁸ En el caso de autos la madre custodia e hijos menores se vieron obligados a abandonar la que fue vivienda familiar hasta la ruptura matrimonial (privativa del padre) por las malas relaciones entre los ex cónyuges, pasando a vivir en la vivienda propiedad de los abuelos maternos. El Tribunal Supremo reproduce la doctrina de su sentencia de 10 octubre 2011 para confirmar el fallo del juzgador *a quo* favorable a asignar a aquéllos el uso de la vivienda familiar, por entender que ello «responde a la necesidad de garantizar una vivienda segura a los menores y esto no se produce desde el momento en que podrían ser desalojados en cualquier momento por la exclusiva voluntad del tercero propietario mediante el ejercicio de la acción de desahucio por precario, a la que está legitimado por la inexistencia de contrato con la ocupante»; y es que de lo contrario «ello perjudicaría a los menores, cuyo interés es el que debe presidir la atribución de la vivienda». Un comentario de la misma puede verse en C. GUILARTE MARTÍN- CALERO, *CCJC*, núm. 93, 2013, pp. 523-536.

planteamiento quizá excesivamente rígido, han optado al menos hasta la fecha por una lectura literal del art. 81 CDFA que circunscribe la atribución del uso exclusivamente a la vivienda familiar. De hecho, en un caso en que la vivienda familiar del matrimonio e hija menor se encontraba ubicada en un piso propiedad del padre del marido (abuelo paterno de la menor), la SAP de Zaragoza núm. 334 de 8 julio 2014 confirma el fallo de la sentencia de primera instancia favorable a atribuir su uso a la hija hasta que alcance la mayoría de edad, debiendo sus progenitores alternarse en residir en la misma en función del ejercicio quincenal de la custodia compartida que les ha sido atribuida. Esta solución no me convence, ya que olvida la Audiencia que, conforme a su propia doctrina, tal atribución del uso corre el riesgo de resultar inútil, puesto que su propietario, por mucho que sea el abuelo de la ocupante, está legitimado para recuperarla en cualquier momento mediante el ejercicio de la correspondiente acción de desahucio por precario, a la que está legitimado por la inexistencia de contrato con la ocupante de la misma.

4. EL PACTO DE RELACIONES FAMILIARES COMO RÉGIMEN PRIORITARIO (ART. 77 CDFA)

La regulación de los efectos de la ruptura de la convivencia corresponde, en primer lugar, a los propios progenitores afectados por ésta, de común acuerdo, mediante el otorgamiento del pacto de relaciones familiares a que se refiere el art. 77 CDFA³⁹; previsión ésta que, como ya se ha señalado, constituye una aplicación específica del principio *standum est chartae*.

A la importancia del pacto de relaciones familiares y su conexión con el principio *standum est chartae* se refiere, entre otras, la STSJA 13 julio 2011, donde puede leerse la siguiente declaración: «el legislador aragonés [...] pretende, en primer lugar, propiciar un acuerdo entre los progenitores, mediante una regulación que fomenta el pacto de relaciones familiares, inspirado en el respeto a la libertad de pacto del Derecho foral aragonés, de modo que se atribuye prioridad en la regulación de las relaciones familiares a lo acordado por los padres». En términos semejantes se expresa ulteriormente la STSJA 30 septiembre 2011.

De este modo, cabe que ambos progenitores convengan, ya sea por sí solos o a través de la mediación familiar –a que da entrada el art. 78 CDFA–⁴⁰ sobre los efectos tanto personales como patrimoniales de la ruptura de su convivencia.

³⁹ Atribuyen, asimismo, prioridad a los pactos entre los progenitores el Cc (art. 90), el CCC (arts. 233-2, 233-20.1 y 234-5), la LVaRF (art. 4.2) y la LVRF (art. 5.2).

⁴⁰ El art. 78 CDFA (desarrollado por la Ley 9/2011 de mediación familiar de Aragón) contempla la mediación familiar como un instrumento voluntario de resolución de las discrepancias de los progenitores en orden a los efectos de la ruptura de la convivencia, tanto con carácter prejudicial (o previo al ejercicio de acciones judiciales) como intrajudicial (una vez iniciadas las actuaciones judi-

Es el art. 77.1 CDFA el que fija el contenido mínimo indispensable del pacto de relaciones familiares, en el que se incluye, en lo que aquí interesa, «el destino de la vivienda y del ajuar familiar» (letra c)⁴¹. De la expresión legal transcrita resulta, por consiguiente, que los progenitores tienen libertad a la hora de pactar ya no sólo el uso⁴² tal y como prevé el art. 90.1.c Cc, sino, en general, el destino –ya sea la adjudicación en propiedad a uno de ellos como consecuencia de la disolución del consorcio conyugal, o en su caso, comunidad de bienes, el arrendamiento o la venta a un tercero⁴³– de la vivienda familiar, sin estar vinculados a los criterios previstos en el art. 81 CDFA cuando es al Juez al que corresponde fijar las medidas definitivas de la ruptura en defecto de pacto de relaciones familiares⁴⁴. Es más, incluso podrán acordar la atribución del uso de una

ciales con la subsiguiente suspensión del procedimiento). En todo caso, dicho acuerdo de mediación requiere aprobación judicial en los mismos términos que el pacto de relaciones familiares (art. 78.4 CDFA y art. 20.1 Ley 9/2011).

⁴¹ Por lo que hace a los restantes Derechos civiles territoriales, siguen esta fórmula el art. 4.2.c LVaRF y el art. 5.2.c LVRF. En cambio, la norma catalana (art. 233.20-1 y 234-8.1 CCC referidos respectivamente a la ruptura matrimonial y de pareja estable) contempla exclusivamente la posibilidad de atribución, condicionando por añadidura su finalidad «a los efectos de satisfacer, en la parte que corresponda, los alimentos de los hijos comunes que convivan con el beneficiario del uso o la prestación compensatoria del mismo», restringiendo así las posibilidades de pacto (como advierte M. YSÀS SOLANES, «¿Han cambiado los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis de pareja? Su regulación en el Libro II del CCCat?», en AA.VV., *Estudios de Derecho civil en homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*, coords. M. Cuenca Casas, L. A. Anguita Villanueva y J. Ortega Doménech, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 1678). Lo mismo puede decirse del proyectado art. 90.1.c Cc en su redacción dada por el ACP 2014, que mantiene en este extremo inalterado el tenor vigente.

⁴² Adicionalmente, como señala E. ROCA TRÍAS, «Comentario al art. 96 Cc», cit, p. 524, los progenitores podrán pactar extremos tales como la forma de utilización de la vivienda, individual o por turnos, de pactarse la custodia compartida (como expresamente prevé el art. 233-20.1 CCC); la posible repercusión de tal atribución en los gastos de asistencia a los hijos y, en su caso, asignación compensatoria (como así se prevé expresamente en los arts. 233-20.1 y 234-8.1 CCC y art. 5.2.c LVRF); el reparto de los gastos generados por la vivienda (SAP de Zaragoza núm. 363 de 14 enero 2015: los gastos derivados del uso de la vivienda familiar los asume el progenitor no beneficiario del mismo y propietario en exclusiva de aquélla); sus posibles causas de extinción (como así se prevé expresamente en el art. 5.2.c LVRF); o la forma en que el progenitor titular o cotitular de la misma va a recuperar su posesión una vez extinguido el derecho de uso; y junto a ello y necesariamente su duración temporal (STSJA de 17 febrero 2015).

⁴³ De acuerdo con J. P. GONZÁLEZ DEL POZO, «Comentarios sobre el ámbito de aplicación...», cit., p. 1797; y M. J. BALDA MEDARDE, «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 AA.VV., *Actas de los Vigésimos Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2011, p. 221. De hecho, en los casos enjuiciados por las SSAP de Zaragoza núm. 640 de 20 diciembre 2013 y núm. 486 de 14 octubre 2015 se partía de la existencia de un pacto previo entre los progenitores favorable a la adjudicación de la propiedad a uno de ellos o, en su caso, a la venta a un tercero.

⁴⁴ De hecho, tal es el criterio de la SAP de Zaragoza núm. 5 de 19 enero 2016 que estima parcialmente una demanda de modificación de medidas en el sentido de atribuir la custodia individual a la madre –hasta entonces compartida–, pero no así en relación a la atribución del uso de la vivienda familiar que se mantendrá para el padre no custodio «hasta su venta», tal y como acordaron en su momento los ex cónyuges, en atención «preferentemente al hecho del abono [por aquél] en su integri-

vivienda diferente a la familiar⁴⁵. Con todo, la autonomía de la voluntad de los progenitores está sujeta a ciertos límites que no son otros que los derivados del principio *standum est charte*, esto es: la imposibilidad de cumplimiento, la Constitución española y las normas imperativas del Derecho aragonés. En particular, como señala la STSJA de 17 febrero 2015, en caso de acordarse la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores, tal derecho no podrá tener duración indefinida sino que habrá de ser necesariamente temporal, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 81.3 CDFA, habida cuenta de su naturaleza imperativa⁴⁶.

El pacto no requiere forma pública⁴⁷, pero para ser eficaz frente a terceros ha de ser aprobado judicialmente, previa audiencia del Ministerio Fiscal, en garantía de los derechos y principios que rigen la relación paterno-filial tras la ruptura⁴⁸. Dicha aprobación sólo podrá ser denegada por el Juez cuando el pacto sea

dad del préstamo hipotecario. Y es que, a juicio de la Audiencia, el hecho de que el hijo menor haya pasado a vivir con su madre «no supone un cambio de circunstancias que justifique la petición de la recurrente que le sea atribuido el uso de la vivienda, que hasta la fecha no ha necesitado el régimen de custodia compartida fijado y que, a mayor abundamiento tiene una pensión alimenticia a su favor en base al nuevo régimen de estancias fijado en la sentencia».

⁴⁵ Como de hecho, así lo viene admitiendo el Tribunal Supremo en relación con el art. 96 Cc (SSTS de 30 septiembre 2011 y de 9 mayo 2012).

⁴⁶ En la jurisprudencia menor siguen esta doctrina las SSAP de Zaragoza núm. 328 de 30 junio 2015 y núm. 654 de 22 diciembre 2015. No así, en cambio, la SAP de Teruel núm. 88 de 18 noviembre 2013 ni las SSAP de Zaragoza núm. 354 de 14 julio 2015 y núm. 563 de 17 noviembre de 2015 que mantienen a la madre custodia e hijos en el uso ilimitado de la vivienda que en su momento pactaron ambas partes en virtud de pacto de relaciones familiares, sin que prospere la demanda de modificación de medidas entablada ulteriormente por el padre. En particular, la SAP de Teruel núm. 88 de 18 noviembre 2013 (casada en este punto por la STSJA de 18 julio 2014), por considerar que «la carga que representa familiarmente la asistencia de un hijo con síndrome de Down «justifica que con carácter excepcional, no pueda determinarse una limitación temporal al uso [...] pues es elemental que no existe perspectiva alguna de que el hijo mayor vaya a ser capaz en plazo determinado de llevar una vida independiente». La SAP de Zaragoza núm. 354 de 14 julio 2015, en atención a la circunstancia de que la esposa e hijos carecen de otra vivienda donde residir y de medios para hacer frente a sus necesidades de habitación, mientras el padre dispone de otra vivienda e inmuebles. Por último, la SAP de Zaragoza núm. 563 de 17 noviembre 2015, por entender que «lo que es su día acordaron las partes ha de ser obstáculo a la imperativa limitación temporal que el art. 81.3 CDFA prevé», olvidando así que uno de los límites del *standum est chartae* es precisamente la existencia de norma imperativa aragonesa *ex art. 3 CDFA*.

⁴⁷ Como señala J. A. SERRANO GARCÍA, «Comentario al art. 77 CDFA», cit., pp. 187-188.

⁴⁸ Según prevé expresamente el art. 76.2 CDFA y ratifica la jurisprudencia (p.e. SAP núm. 582 de Zaragoza de 1 diciembre 2015), el principio fundamental que rige en esta materia es el del interés superior del menor, de tal manera que toda decisión, resolución o medida que afecte a los hijos menores deberá adoptarse en su beneficio e interés; ello con el consiguiente margen de discrecionalidad que implica la propia naturaleza del «interés del menor» como concepto jurídico indeterminado. Con todo, como he señalado en otro lugar («Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: A propósito de la LO 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia», *Boletín del Ministerio de Justicia*,

contrario a norma imperativa o cuando no quede suficientemente preservado el interés de los hijos (art. 77.4 CDFA). La denegación, ya sea total o parcial, obligará a los progenitores a someter a la aprobación judicial un nuevo pacto en el que se subsanen los vicios detectados (art. 77.5 CDFA). De no ser aprobado definitivamente por el Juez, «el pacto alcanzado no perderá su eficacia como negocio jurídico, pero no puede ser incorporado al proceso de familia, producir eficacia procesal y servir de cauce a la ejecución del título extrajudicial» (SAP de Zaragoza núm. 228 de 25 abril 2012).

núm. 2185 2016, pp. 40-41) ha de valorarse muy positivamente el hecho de que el art. 2 LOPJM en su redacción dada por la LO 8/2015 haya dotado de este concepto de una mayor concreción, en línea con la Observación núm. 14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas. De este modo, el nuevo art. 2 LOPJM dota de contenido a este concepto en una triple dimensión: Por un lado, como un *derecho sustantivo del menor* a que su mejor interés sean valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. De otra parte, como *criterio interpretativo*, de forma que si una norma jurídica puede interpretarse de diversas maneras, se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Y, por último, como *norma de procedimiento* a tener en cuenta a la hora de adoptar cualquier medida administrativa o judicial cuyo destinatario sea un menor.

Por añadidura, el art. 76.1 CDFA establece el principio según el cual el contenido de la autoridad familiar de los progenitores no debe resultar afectado por la ruptura de la convivencia, si bien habrá de ser debidamente adaptado a la nueva situación, como advierte J.A. SERRANO GARCÍA, «Comentario al art. 76 CDFA», en AA.VV., *Comentarios...*, cit., p. 185. Ello sin olvidar los principios de libertad de pacto, de información recíproca y de lealtad en beneficio del menor a que se refiere el art. 76.5.

Junto a los principios indicados, dos son los derechos esenciales sobre los que se articula este conjunto normativo, tal y como se indica en el propio Preámbulo del CDFA: por un lado, el derecho de los hijos a un contacto directo y continuado con los progenitores (art. 76.3.a); y por otro, el derecho de los progenitores a la igualdad en sus relaciones con los hijos (art. 76.3.b), derecho éste que se articula fundamentalmente a través de la preferencia que el CDFA atribuye a la custodia compartida (art. 80.2).

A los dos derechos señalados hay que añadir el derecho del menor a ser oído siempre que tenga suficiente juicio o sea mayor de doce años, que se rige por lo dispuesto en los arts. 6 CDFA y 9 LOPJM, este último recientemente modificado por la LO 8/2015 a fin de dotar al derecho de audiencia del menor de una regulación acorde con el art. 12 Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 y la Observación general núm. 12 (2009) del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas. Así, el art. 9.1.1º LOPJM reconoce genéricamente el derecho del menor a ser ya no sólo oído sino también escuchado, sin discriminación alguna por edad –aunque el derecho de audiencia directa se circunscribe en su aptdo. 2º a los menores con suficiente madurez–, discapacidad u otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social. Por añadidura, se consagra novedosamente el derecho del menor a recibir la información que le permita el ejercicio de su derecho a ser oído y escuchado en un lenguaje comprensible, en formato accesible y adaptado a sus circunstancias. Adicionalmente, el art. 9 en su aptdo. 2º precisa la forma en que el menor puede ejercitar su derecho a ser oído, en función de que tenga (o no) «suficiente madurez» –expresión que sustituye a la anterior de «suficiente juicio»–. Por último, el art. 9 en su aptdos. 1º (párr. 2º) y 3º refuerza las garantías del ejercicio de este derecho en vía administrativa o judicial, en línea con lo dispuesto en el art. 12.2 Convención sobre los Derechos del Niño.

Uteriormente, dicho pacto es susceptible de modificación o, incluso, extinción siempre que concorra alguna de las siguientes causas tasadas legalmente y que medie aprobación judicial (art. 77.3 CDFA)⁴⁹:

- 1ª El acuerdo de los progenitores.
- 2ª Las causas previstas anticipadamente en el propio pacto de relaciones familiares.
- 3ª A solicitud de uno de los padres por sobrevenir circunstancias relevantes, en el sentido que justifiquen su modificación por su significación y trascendencia (SSAP de Zaragoza núm. 489 de 14 octubre 2015 y núms. 654 y 655 de 22 diciembre 2015). De cualquier modo, esta causa es la más habitual –por no decir la única– que se esgrime en la práctica al objeto de modificar el uso sobre la vivienda familiar atribuido inicialmente a uno de los progenitores en virtud del oportuno pacto⁵⁰.
- 4ª A solicitud del Ministerio fiscal, en su función de protección de los menores e incapacitados.
- 5ª La privación, suspensión o extinción sobrevenida de la autoridad familiar de uno de los progenitores.
- 6ª El incumplimiento grave y reiterado de las obligaciones derivadas del pacto.

⁴⁹ Por lo que hace a los restantes Derechos civiles territoriales contienen previsiones similares el art. 4.3 LVarF y el art. 5.6 LVRF. Más impreciso, el art. 233-7.2 CCC recoge la posibilidad de que en el convenio regulador «se prevean anticipadamente las modificaciones pertinentes». Por su parte, el art. 90.3 Cc sólo sólo permite la modificación de medidas convenidas por los cónyuges, siempre que haya alteración sustancial de las circunstancias y ambos estén de acuerdo en la modificación. Esta previsión se mantiene en el proyectado art. 90.4 Cc, sustituyendo la referencia a la «alteración sustancial de las circunstancias» por la expresión «cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges».

⁵⁰ En concreto, la jurisprudencia ha calificado de circunstancias relevantes, a los efectos de la restricción o, en su caso, extinción del uso de la vivienda familiar atribuido a uno de los progenitores en virtud del correspondiente pacto de relaciones familiares, las siguientes: el cambio de régimen de custodia de individual a compartida (STSJA de 7 octubre 2015 y SSAP de Zaragoza núm. 361 de 14 julio 2015 y núm. 489 de 14 octubre 2014 *a sensu contrario*), la alteración de las circunstancias económicas de los progenitores (STSJA de 21 octubre 2014 y SSAP de Zaragoza núm. 340 de 30 junio 2015, núm. 361 de 14 julio 2015 y núm. 654 de 22 diciembre 2015); la limitación temporal al uso de la vivienda familiar impuesta legalmente con posterioridad al entonces convenio regulador (SSTSJA de 21 octubre 2014 y de 17 febrero 2015 y SSAP de Zaragoza núm. 328 de 30 junio 2015 y núm. 654 de 22 diciembre 2015); la convivencia con nueva pareja en la vivienda familiar (SAP de Zaragoza núm. 469 de 26 noviembre 2013); y el cambio de domicilio por parte del progenitor adjudicatario del uso con el consiguiente cese del uso de la vivienda familiar (SAP de Zaragoza núm. 340 de 30 junio 2015).

5. MEDIDAS JUDICIALES A ADOPTAR EN DEFECTO DE PACTO DE RELACIONES FAMILIARES

En defecto de pacto de relaciones familiares –bien por no haber llegado a un acuerdo los progenitores, bien por no haber sido aprobado definitivamente por el Juez⁵¹– y fracasada, en su caso, la mediación familiar, corresponde al Juez determinar los efectos derivados de la ruptura de la convivencia, mediante la adopción de las medidas contempladas en los arts. 79 a 83 CDFA⁵². De dichos preceptos es concretamente el art. 81 el que se ocupa de fijar los criterios a seguir por la autoridad judicial a la hora de decidir la atribución del uso de la vivienda y destino familiar, facultándole, incluso, para acordar su venta siempre que concurran ciertos presupuestos.

En cualquier caso, el art. 79.2 CDFA legitima al Juez a adoptar dichas medidas tanto de oficio como a instancia de parte, en concreto, de los propios hijos, de cualquier persona interesada o del Ministerio Fiscal.

Y una vez adoptadas, sólo podrán ser modificadas siempre que concurra uno de los siguientes presupuestos⁵³:

1º Su incumplimiento grave o reiterado (art. 79.4 CDFA).

2º La concurrencia de causas o circunstancias relevantes (art. 79.5 CDFA), expresión legal más flexible que la concordante del art. 91 Cc, según clarifica el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en sus sentencias de 23 y 26 mayo 2014, habida cuenta que «ya no se trata de constatar si ha quedado acreditada una alteración sustancial de circunstancias existentes en el momento en que recayó la previa decisión judicial [como exige el art. 91 Cc], sino si concurren o no aquellas causas o circunstancias que por su relevancia justifican la modificación de las medidas»⁵⁴.

⁵¹ Nótese que, en atención a lo dispuesto en el art. 770 LEC, el acuerdo de las partes puede alcanzarse en cualquier momento del proceso, incluso durante la tramitación del recurso de apelación.

⁵² Se expresan en términos similares el art. 233-4.2 CCC, el art. 5 LVarF y el art. 7 LVRF.

⁵³ Obsérvese, sin embargo, que en lo que atañe a la posible modificación o cese del uso de la vivienda el art. y el art. LVR han renunciado dejar esta cuestión al arbitrio judicial a mi juicio con buen criterio, estableciendo unas causas tasadas de extinción (art. 233-24 y art. 12.11 LVRF).

⁵⁴ En particular, la jurisprudencia ha calificado de circunstancias relevantes, a los efectos de la restricción o, en su caso, extinción del uso de la vivienda familiar atribuido judicialmente a uno de los progenitores, las siguientes: la limitación temporal al uso de la vivienda familiar impuesta legalmente con posterioridad a la sentencia de divorcio contencioso (STSJA de 2 octubre 2015); el cambio de custodia individual a compartida (SAP de Huesca núm. 137 de 4 julio 2013 y SSAP de Zaragoza núm. 399 de 23 julio 2013 y núm. 558 de 26 noviembre 2013); la mayoría de edad e independencia económica de los hijos (SAP de Zaragoza núm. 447 de 27 septiembre 2013); la convivencia con nueva pareja en la vivienda familiar (STSJA de 23 mayo 2014); la convivencia con nueva pareja en otra vivienda diferente a la familiar (SAP de Zaragoza núm. 425 de 7 octubre 2014); la convivencia con nueva pareja, el cese de la custodia por mayoría de edad de los hijos y el cambio en las circunstancias económicas

A) Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar

En Derecho aragonés la atribución judicial del uso de la vivienda familiar viene condicionada de modo muy razonable por el concreto régimen de guarda y custodia que se adopte respecto a los hijos; esto es, los criterios de atribución son diferentes según se opte por la custodia individual o compartida (art. 81.1 y 2 CDFA)⁵⁵. Queda, sin embargo, sin resolver la cuestión atinente a la atribución del uso de la vivienda en ausencia de hijos dependientes, lo que guarda coherencia con el planteamiento del legislador aragonés de atender exclusivamente a los efectos de la ruptura de la convivencia con hijos a cargo, pero no deja de generar una laguna legal que los Tribunales han resuelto mediante la aplicación supletoria del Código civil.

Por añadidura, según precisa el art. 83.2.d CDFA, tal atribución habrá de tenerse en cuenta a la hora de fijar la duración y la cuantía de la asignación compensatoria a que, en su caso, tendrá derecho el progenitor perjudicado económicamente por la ruptura⁵⁶. De hecho, así sucede en la práctica, según resulta del examen de la jurisprudencia tanto del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (SSTSJA de 5 noviembre 2014 y 10 diciembre 2015) como de las Audiencias Provinciales⁵⁷.

de los progenitores (SSAP de Zaragoza núm. 27 de 28 enero 2014 y núm. 376 de 29 julio 2014); la titularidad de otra vivienda por parte del progenitor beneficiario del uso y el traslado del hijo a otra localidad a cursar sus estudios (SAP de Zaragoza núm. 109 de 13 marzo 2015); el cambio de domicilio del progenitor adjudicatario del uso con el consiguiente cese del uso de la vivienda familiar (SAP de Zaragoza núm. 568 de 26 noviembre 2013); y la atribución a un tercero de la vivienda familiar ya sea en pública subasta o en virtud de dación en pago (SSAP de Zaragoza núm. 470 de 10 octubre 2013 núm. 635 de 20 diciembre 2013 y núm. 363 de 14 julio 2015).

⁵⁵ Condicionan, asimismo, la atribución del uso familiar en función de la custodia de los hijos el CCC (art. 233-20.2, 3.c y 4 para la custodia individual y art. 233-20.3a para la custodia compartida) la LVRF (art. 12.2 y 3 para la custodia individual y art. 12.4 para la custodia compartida). Fija, en cambio, los mismos criterios de atribución para la custodia individual y compartida la LVaRF (art. 6.1), como así ha sido destacado por J. R. DE VERDÁ BEHAMONTE y P. J. MARTÍNEZ CARLOS, «La Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat», cit., p. 72; y E. ALGARRA PRATS, E. y J. BARCELÓ DOMENÈCH, «La atribución del uso...», cit., p. 103. Lo mismo puede decirse del art. 96 Cc, pensado exclusivamente para los casos de custodia individual.

⁵⁶ En lo que hace a los restantes Derechos civiles territoriales, contiene la misma previsión que la norma aragonesa el art. 233-20.7 CCC. Lo mismo puede decirse del proyectado art. 96.4 Cc en su redacción dada por el ACP 2014 (art. 8).

⁵⁷ Junto a las SSTSJA de 5 noviembre 2014 y de 10 diciembre 2015, pueden mencionarse en la jurisprudencia menor las SSAP de Huesca núm. 205 de 30 octubre 2013 y núm. 184 de 24 octubre 2014 y las SSAP de Zaragoza núm. 25 de 21 enero 2014, núm. 366 de 29 julio 2014, núm. 566 de 19 diciembre 2014, núm. 6 de 20 enero 2015, núm. 25 de 27 enero 2015, núm. 118 de 17 marzo 2015, núm. 119 de 17 marzo 2015, núm. 122 de 17 marzo 2015, núm. 434 de 15 septiembre 2015 y núm. 661 de 29 diciembre 2015.

Obviamente, las soluciones adoptadas por las resoluciones citadas son muy variadas, en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso. En particular, la STSJA de 5 noviembre 2014 en un

No se contempla, sin embargo, una norma similar respecto a los gastos de asistencia a satisfacer a los hijos, previsión complementaria que, a mi juicio, hubiese sido muy deseable en aras de una mayor equidad⁵⁸. Con todo, el Tribunal Superior

divorcio con hijos menores, atiende, entre otras circunstancias (edad, duración del matrimonio y escasos recursos económicos de la solicitante), a la atribución del uso de la vivienda familiar al padre custodio cara a la fijación de la duración indefinida y el montante de la asignación compensatoria reconocida a la madre no custodia. La STSJA de 10 diciembre 2015, en un divorcio con hijos menores, confirma el criterio del juzgador *a quo* de limitar a un plazo de cinco años la asignación compensatoria reconocida a la madre custodia, por cuanto se le ha atribuido junto a sus hijos menores el uso de la vivienda familiar «libre de cargas» durante diez años, ello sin olvidar sus posibilidades de acceso al mercado laboral, no mermadas por su edad (45 años) ni por el hecho de haber adoptado durante el matrimonio «el rol de madre y esposa tradicional». La SAP de Huesca núm. 184 de 24 octubre de 2014, en el divorcio de un matrimonio con hijos mayores de edad, reconoce una asignación compensatoria y atribuye el uso de la vivienda familiar a la mujer «hasta la liquidación del régimen económico matrimonial», en atención a su edad (58 años), su ausencia de formación y profesión, su dedicación a la familia durante el matrimonio y al hecho de que uno de sus hijos sigue residiendo con ella por carecer de ingresos. La SAP de Zaragoza núm. 366 de 29 julio 2014, en una pareja de hecho con dos hijos menores, atribuye la custodia y el uso de la vivienda familiar (privativa del padre) a la madre durante cinco años, pero le deniega la asignación compensatoria por considerar que tal atribución y las cargas que pesan sobre el actor (dos hipotecas que gravan la vivienda) «contribuyen a equilibrar la situación económica» de ambos litigantes. La SAP de Zaragoza núm. 566 de 19 diciembre 2014, en el divorcio de un matrimonio con una hija mayor independiente económicamente, declara el cese del uso de la vivienda familiar atribuido en su momento a la hija y la madre, pero incrementa el montante de la asignación compensatoria reconocida a ésta. La SAP de Zaragoza núm. 6 de 20 enero de 2015, en el divorcio de un matrimonio sin hijos, atribuye el uso de la vivienda familiar al marido, dada su situación de discapacidad física y dependencia, pero reconoce simultáneamente una asignación compensatoria a la mujer aquejada de una depresión grave. La SAP de Zaragoza núm. 661 de 29 diciembre 2015, en el divorcio de un matrimonio con hijos menores, atribuye el uso de la vivienda familiar a la madre custodia durante cinco años, a la par que le deniega la asignación compensatoria reconocida en primera instancia, en atención a la «nueva situación existente tras el despido laboral» de su ex marido.

⁵⁸ Comparten esta opinión E. MOLINS GARCÍA-ATANCE, «La regulación de la atribución del uso...», cit., p. 330; y J. A. SERRANO GARCÍA, «Comentario al art. 81 CDFA», cit. p. 200. En lo que hace a los demás Derechos civiles territoriales, han optado por incluir una previsión expresa en tal sentido el art. 233-20.7 CCC y el art. 10.3 LVRF. Lo mismo puede decirse del proyectado art. 96.4 Cc en su redacción dada por el ACP 2014 (art. 8).

Por una solución diferente optan la LVaRF (art. 6.1 *in fine*) y complementariamente la LVRF (art. 12.7), reconociendo a favor del progenitor no adjudicatario titular o cotitular de la vivienda familiar una «compensación por la pérdida del uso» –sin precisar su especie–, a fijar por el Juez en atención a «la capacidad económica de los miembros de la pareja» (de acuerdo con la LVRF) o más genéricamente a «las circunstancias concurrentes» (en la LVaRF). La misma solución propugna para el Derecho estatal M. J. SANTOS MORÓN, «La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: Evolución jurisprudencial y Anteproyecto de reforma», *RDC*, vol. 1, núm. 3, pp. 28-31, por considerarla menos problemática que la consistente en ponderar la atribución del uso a los efectos de la pensión de alimentos. Sin dejar de reconocer la solidez de sus argumentos, a mi juicio, son mayores los interrogantes que plantea la compensación, al menos en su regulación dada por las normas valenciana y vasca: ¿cuál es su especie? ¿a qué «circunstancias concurrentes» se refiere la norma valenciana? ¿Puede exigirse aunque la situación económica del cónyuge deudor muy precaria? Por ello, y aunque ninguna de las soluciones es perfecta (de hecho, por las dos opta la LVRF), me inclino por la primera de ellas, ya que de lo contrario se está *patrimonializando* en exceso

de Justicia se muestra proclive a esta interpretación (STSJA de 21 octubre 2014)⁵⁹, siendo corroborada por la tendencia favorable de las Audiencias Provinciales a tomar en consideración, junto a otras circunstancias, la atribución del uso a la hora de fijar el módulo de contribución de los progenitores a los gastos de asistencia de los hijos⁶⁰. De este modo, al progenitor no asignatario del uso de la vivienda se le

el uso de la vivienda familiar, olvidando la que, a mi juicio, es su función esencialmente asistencial de los hijos a cargo.

⁵⁹ STSJA de 21 octubre 2014 (FJ 4º): «No existe en el Código aragonés una previsión tan específica [a la del art. 233-20.7 CCC], pero dentro de los gastos de asistencia a los hijos, a los que han de contribuir los padres de forma proporcional con sus recursos económicos (artículo 82.1 y 82.2 del CDFA), se encuentra la habitación (artículo 65.1.b). También la atribución del uso de la vivienda se ha de valorar para señalar la cuantía y la naturaleza temporal o indefinida de la asignación compensatoria (artículo 83.2.d)».

⁶⁰ Sirvan de ejemplo las SSAP de Huesca núm. 28 de 26 febrero 2014, núm. 192 de 11 noviembre 2014, núm. 204 de 28 noviembre 2014 y núm. 55 de 15 abril 2015, y las SSAP de Zaragoza núm. 486 de 15 octubre 2013, núm. 627 de 20 diciembre 2013, núm. 44 de 5 febrero 2014, núm. 88 de 25 febrero 2014, núm. 143 de 25 marzo 2014, núm. 470 de 4 noviembre 2014, núm. 518 de 2 diciembre 2014, núm. 113 de 13 marzo 2015, núm. 163 de 14 abril 2015, núm. 286 de 9 junio 2015, núm. 325 de 23 junio 2015, núm. 379 de 17 julio 2015, núm. 442 de 22 septiembre 2015 y núm. 500 de 14 octubre 2015.

En concreto, la SAP de Huesca núm. 28 de 26 febrero 2014, en una custodia individual, amplía el plazo de duración del derecho de uso a la vivienda familiar atribuido a la madre custodia y sus dos hijas, haciéndolo coincidir con la mayoría de edad de la hija menor, por considerarlo «una prestación complementaria a la pensión de alimentos [de 150 euros por hija fijada en primera instancia a cargo del padre no custodio] que, de otro modo, podría resultar insuficiente para atender las necesidades de las hijas». La SAP de Huesca núm. 192 de 11 noviembre 2014 confirma el fallo de primera instancia que, en una custodia compartida, fija la contribución de los gastos de asistencia en un 70% para el padre y un 30% para la madre, en atención a sus diferentes ingresos y a la necesidad de ésta de alquilar una vivienda, dado que el uso de la vivienda familiar ha sido atribuida a aquél. La SAP de Huesca núm. 204 de 28 noviembre 2014 disminuye la pensión de alimentos fijada en primera instancia a cargo del padre no custodio de 450 a 330 euros, con base en la atribución a éste del uso de la vivienda familiar, en la falta de prueba sobre la existencia una notable diferencia de capacidad económica entre los ex cónyuges y en las propias necesidades económicas de un niño de dos años como es el hijo de los demandados. La SAP de Huesca núm. 55 de 15 abril 2015 atribuye la custodia individual al padre y fija una pensión de alimentos a cargo de la madre no custodia de 140 euros, en atención tanto a la atribución del uso de la vivienda familiar (consorcial) al padre custodio e hija hasta que ésta cumpla los veintiséis años como a las diferencias patrimoniales existentes entre ambos progenitores –que no de ingresos–. La SAP de Zaragoza núm. 627 de 20 diciembre 2013 reduce la pensión de alimentos fijada en primera instancia a cargo del padre no custodio a 400 euros por ambos hijos (uno menor y el otro mayor dependiente económicamente), en atención a la atribución del uso de la vivienda familiar (consorcial) a la madre custodia durante tres años y a los diferentes ingresos de los progenitores. La SAP de Zaragoza núm. 44 de 5 febrero 2014 reduce la pensión de alimentos fijada en primera instancia a cargo del padre no custodio a 300 euros (150 euros por hija), en atención a la atribución del uso de la vivienda familiar (privativa suya) a la madre custodia –sin precisar plazo– y a la similar situación económica de ambos. La SAP de Zaragoza núm. 88 de 25 febrero 2014 confirma el fallo de primera instancia que atribuye la custodia individual a la madre y fija una pensión de alimentos a pagar por el padre no custodio de 700 euros por los dos hijos menores, en atención esencialmente a la atribución a la madre e hijos del uso de la vivienda familiar hasta la mayoría de edad de éstos. La SAP de Zaragoza núm. 143 de 25 marzo 2014 confirma el fallo de primera instancia que atribuye la

imputa el cumplimiento *in natura* de una parte de su obligación de satisfacer dichos gastos de asistencia: la que cubre las necesidades de habitación⁶¹.

a) *Criterios de atribución en la custodia compartida (art. 81.1 CDFA)*

a') El criterio de mayor dificultad objetiva de uno de los progenitores para acceder a una vivienda como criterio preferente

En aquellos supuestos en que los órganos judiciales optan por un régimen de custodia compartida –opción prioritaria del legislador aragonés en defecto de pacto de relaciones familiares, de acuerdo con el art. 80.2 CDFA–, el criterio

custodia individual a la madre y fija una pensión de alimentos a pagar por el padre no custodio de 400 euros para el hijo menor y de 700 euros para la hija mayor, en atención a la «desahogada» situación económica de ambos progenitores y a la atribución del uso de la vivienda familiar (consorcial) a la madre e hijos durante un año. La SAP de Zaragoza núm. 518 de 2 diciembre 2014 confirma el fallo de primera instancia que en una custodia compartida atribuye el uso de la vivienda familiar a la madre durante dos años y fija un diferente porcentaje de contribución de los progenitores a los gastos ordinarios de asistencia de los hijos en función de que aquella haga uso de la vivienda (375 euros la madre y 275 euros el padre) y deje de hacerlo (300 euros cada progenitor). La SAP de Zaragoza núm. 113 de 13 marzo 2015 reduce la pensión de alimentos fijada en primera instancia a cargo del padre no custodio a 700 euros (350 euros por hija), en atención a la atribución del uso de la vivienda familiar (consorcial) a la madre custodia durante tres años y a la situación de desempleo en que se encuentra ésta. La SAP de Zaragoza núm. 163 de 14 abril 2015 confirma la sentencia de primera instancia que atribuye la custodia individual y el uso de la vivienda familiar –privativa del padre– a la madre durante un plazo de tres años, tomando en consideración para ello la pensión de alimentos a pagar por el padre no custodio de 300 euros, sin olvidar carácter privativo de la vivienda familiar. La SAP de Zaragoza núm. 286 de 9 junio 2015 confirma el fallo de primera instancia que atribuye la custodia individual a la madre y fija una pensión de alimentos a pagar por el padre no custodio de 350 euros a favor de sus dos hijos menores, en atención tanto a la delicada situación económica de ambos progenitores como a la atribución del uso de la vivienda familiar (consorcial) durante cuatro años a la madre custodia e hijos. Igualmente en un supuesto de atribución de la custodia individual a la madre, la SAP de Zaragoza núm. 325 de 23 junio 2015 confirma el fallo de primera instancia que fija una pensión de alimentos a pagar por el padre no custodio a favor del hijo de 220 euros mensuales hasta el mes de agosto de 2015 y de 320 euros mensuales desde esa fecha, momento en que la madre custodia deberá abandonar la vivienda familiar, propiedad privativa del padre, con lo que éste se verá liberado del pago del alquiler que actualmente abona. Asimismo, en una custodia individual a favor de la madre, la SAP de Zaragoza núm. 379 de 17 julio 2015 incrementa el montante de la pensión de alimentos a pagar por el progenitor no custodio, en atención al «escaso periodo de atribución de uso de la vivienda familiar» (dos años) a la madre custodia e hijos. En cambio opta por su reducción a 50 euros mensuales la SAP de Zaragoza núm. 500 de 14 octubre 2015, habida cuenta la situación de desempleo del progenitor no custodio, lo que no le exime de abonar el préstamo hipotecario de la vivienda familiar privativa suya, cuyo uso se ha atribuido a la madre custodia e hija menor por tres años. Por su parte, la SAP de Zaragoza núm. 442 de 22 septiembre 2015 opta por la custodia compartida a favor de ambos progenitores y fija una contribución igualitaria de éstos a los gastos ordinarios y extraordinarios del hijo, en atención tanto a su situación económica como al hecho de que el uso de la vivienda familiar haya sido atribuido a la madre e hijo durante un año.

⁶¹ En palabras de M. CUENA CASAS, «Uso de la vivienda familiar...», cit., pp. 20-24, que propugna esta solución para el Derecho estatal.

preferente de atribución del uso de la vivienda familiar es el «de mayor dificultad de uno de los progenitores para acceder a una vivienda» (art. 81.1 CDFA)⁶². Según precisa el mismo art. 81.1 CDFA, esta mayor dificultad debe obedecer a razones objetivas, y no meramente personales, siendo a tal efecto determinante en la práctica la desigual situación económica de los progenitores y/o el hecho de que uno de ellos carezca de vivienda mientras que el otro sea titular de una segunda vivienda⁶³. En particular, toma en consideración ambas circunstancias la STSJA de 11 julio 2013 que deniega la venta de la vivienda familiar solicitada por el padre, para, en su lugar, atribuir su uso durante cinco años a la madre en atención a la peor situación económica de ésta, pues, si bien es cierto que ambos se encuentran en situación de desempleo, el padre ha cobrado una importante indemnización por despido improcedente, lo que no ha sucedido con la madre, quien además no puede disponer de otra vivienda⁶⁴. En cambio, atiende exclusivamente al dato de la disponibilidad de una vivienda alternativa a la familiar la STSJA de 30 abril 2013 que atribuye el uso de la vivienda familiar (privativa del padre) a la madre, dado que «es copropietaria de una vivienda en Calatayud que carece de condiciones de *habitabilidad* y es utilizada como almacén, y nudo propietaria en Zaragoza, junto con su hermana, de una vivienda de la que es usufructuaria su madre», mientras que el padre es propietario de una segunda vivienda⁶⁵.

⁶² Posteriormente han adoptado este criterio el art. 6.1 LVaR y el art. 12.4 LVRE, así como el proyectado art. 96.2.3 Cc en su redacción dada por el ACP 2014. Un criterio similar pero más impreciso, el «del cónyuge más necesitado», formula el CCC en su art. 233-20.3.a; de hecho, da cuenta de sus problemas interpretativos M. YSÀS SOLANES, ¿Han cambiado los criterios de atribución...», cit., pp. 1681-1682. Por su parte, el TS en los supuestos en que atribuye la custodia compartida, y en ausencia de pautas al respecto en el Cc pese a la reforma operada en su art. 92 Cc por la Ley 25/2005, acude al criterio al «interés más necesitado de protección», identificando como tal aquel «que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres» (SSTS de Sentencias de 22 y 24 octubre 2014, como propugnó en su momento M.D. CERVILLA GARZÓN, «Custodia compartida y atribución del uso de la vivienda familiar», *Revista de Derecho de familia*, núm. 44, 2009, pp. 60-61).

⁶³ A este respecto interesa reproducir la siguiente declaración de la SAP de Huesca núm. 221 de 29 noviembre 2013: «el acceso al mercado inmobiliario no depende directamente del número de hijos a cargo, sino más bien de los ingresos».

⁶⁴ En la jurisprudencia menor sigue el mismo criterio la SAP de Zaragoza núm. 506 de 27 octubre 2015, atribuyendo el uso de la vivienda familiar a la madre durante tres años, plazo que se estima suficiente para permitirle una mayor estabilidad económica y adquirir una nueva vivienda con el producto que se obtenga de la venta de la vivienda familiar. La misma solución adopta la SAP de Zaragoza núm. 501 de 14 octubre 2015, si bien por un plazo más breve «de un año», pese a la importante diferencia de ingresos de los ex cónyuges y la discapacidad reconocida de la madre. Nótese, por lo demás, el singular régimen de custodia por el que opta esta sentencia, siendo dos los hijos menores: compartida para uno de ellos e individual a favor del padre del otro, por las conflictivas relaciones que mantiene con su madre.

⁶⁵ La jurisprudencia menor atiende a los mismos parámetros, según resulta de la lectura de las sentencias que se reseñan a continuación, favorables todas ellas a atribuir el uso de la vivienda familiar a la madre. La SAP de Huesca núm. 221 de 29 noviembre 2013 durante un plazo de dos años en atención a los inferiores ingresos de la madre; la SAP de Huesca núm. 16 de 11 febrero 2014 hasta la

Con todo, el análisis de la jurisprudencia revela que tal criterio legal de atribución no es tan automático como parece resultar del tenor del art. 80.2 CDFa, sino que ha de supeditarse, en todo caso, al interés superior del menor que preside esta materia, conforme a lo dispuesto en el art. 76.2 CDFa⁶⁶. De hecho, las SSAP de Zaragoza núm. 629 de 20 diciembre 2013, núm. 40 de 28 enero 2014

mayoría de edad de la hija menor de los litigantes, en atención a los inferiores ingresos de la madre; la SAP de Zaragoza núm. 299 de 11 junio 2013 durante un plazo de tres años, atendiendo a los inferiores ingresos de la madre y su mayor dedicación al cuidado de la familia durante el matrimonio; la SAP de Zaragoza núm. 110 de 6 marzo 2014 durante un plazo de cinco años, atendiendo a la edad de las hijas de once y siete años y a la importante diferencia de ingresos existente entre los progenitores; la SAP de Zaragoza núm. 375 de 29 julio 2014 durante un plazo de dos años, en atención a la falta de empleo de la madre, la edad de las hijas (once y seis años); la SAP de Zaragoza núm. 544 de 10 diciembre 2014 durante el plazo de un año, atendiendo la diferencia de ingresos entre ambos progenitores y a la disponibilidad del padre de otra vivienda; la SAP de Zaragoza núm. 167 de 8 abril 2014 durante un plazo de cinco años, valorando la edad de las hijas de trece y ocho años, los inferiores ingresos de la madre y el hecho de que el actor resida en vivienda de alquiler, compartiendo gastos con su actual pareja; la SAP de Zaragoza núm. 17 de 2 febrero 2015 durante un plazo de once meses, teniendo en cuenta los ingresos de ambos progenitores, la existencia de otro inmueble consorcial, la titularidad privativa de otro inmueble por parte de la mujer, la hipoteca que pesa sobre la vivienda familiar y la cotitularidad del negocio familiar; la SAP de Zaragoza núm. 95 de 3 marzo 2015, durante un plazo de un año y tres meses, dada la carencia por parte de la mujer de otra vivienda -no así del marido- y sus escasos ingresos salariales; la SAP de Zaragoza núm. 39 de 24 marzo 2015 durante un plazo de tres años en atención a la precaria situación económica de la madre (carece de trabajo y no percibe prestación alguna), el carácter común de la vivienda y el propio interés de la hija; la SAP de Zaragoza núm. 351 de 7 julio 2015 durante un plazo de tres años en atención a los escasos ingresos de los progenitores (muy inferiores en el caso de la madre), al carácter común de la vivienda y a la edad de las hijas (que no consta); y la SAP de Zaragoza núm. 487 de 14 octubre 2015 también durante un plazo de tres años, tomando en consideración la diferencia de ingresos existente entre los progenitores.

De esta doctrina jurisprudencial discrepa, sin embargo, M. J. BALDA MEDARDE, «La vivienda familiar en la Ley 2/2010...», cit., p. 224, argumentando que los menores ingresos de uno de los progenitores puede posibilitarle el acceso a una vivienda de protección pública, acceso que podrá estar vedado al otro por tener mayores ingresos. Personalmente este argumento no me parece excesivamente sólido y más en un momento como el presente en que el acceso a las prestaciones sociales resulta harto dificultoso, por no decir imposible. Junto a ello conviene no olvidar que, en todo caso, el derecho de uso de la vivienda familiar se configura en el CDFa como un derecho temporal y que, por añadidura, los órganos judiciales aragoneses han optado, como regla, por fijar plazos muy breves de duración, a fin de salvaguardar los intereses de ambas partes implicadas (vid. *infra* epígrafe II.5.B del trabajo).

⁶⁶ Según arguyen M. J. BALDA MEDARDE, «La vivienda familiar en la Ley 2/2010...», cit., pp. 222-224; y E. MOLINS GARCÍA-ATANCE, «La regulación de la atribución del uso...», cit., pp. 331-333, cuya opinión comparto plenamente. A la misma conclusión llegan E. ALGARRA PRATS, E. y J. BARCELÓ DOMENÈCH, «La atribución del uso...», cit., pp. 103-104; y A. SEISDEDOS MUÑO, «La atribución del uso...», cit., p. 151 respecto de las normas valenciana y vasca, aunque lo cierto es así se resulta expresamente del propio tenor tanto del art. 6.1 LVaRF como del art. 12.4 LVRF. En concreto, el art. 6.1 LVaRF prevé que «la preferencia en el uso de la vivienda familiar se atribuirá en función de lo que sea más conveniente para los hijos e hijas menores y, siempre que fuere compatible con ello, al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda». Por su parte, el art. 12.4 LVRF dispone que «el uso [de la vivienda familiar] se atribuirá al progenitor que objetivamente tuviera mayores dificultades de acceso a una vivienda si ello fuera compatible con el interés superior de los hijos e hijas».

y núm. 39 de 24 marzo 2015 apelan expresamente al interés de los hijos menores, junto al criterio de mayor dificultad objetiva de acceso a una vivienda, para atribuir temporalmente a uno de los progenitores el uso de la vivienda familiar. El mismo planteamiento subyace en aquellas sentencias que recuerdan que, en caso de privar a uno de los progenitores del uso de la vivienda familiar, difícilmente éste podrá ejercer las funciones de guarda que le son atribuidas respecto de sus hijos menores en ausencia de otra vivienda alternativa⁶⁷. O en aquellas otras resoluciones que consideran un dato decisivo la corta edad de los hijos a la hora de decidirse por la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores custodios en aras de garantizar su estabilidad⁶⁸.

b') El criterio del mejor interés para las relaciones familiares como criterio subsidiario

De no resultar aplicable el criterio de mayor dificultad objetiva de acceso a una vivienda⁶⁹, el art. 81.1 CDFA faculta al Juez a decidir el destino de la vivienda familiar en función del «mejor interés para las relaciones familiares»; criterio éste que carece de precedentes en nuestro Ordenamiento Jurídico y que, a mi juicio, adolece de excesiva vaguedad y, por ende, indeterminación⁷⁰. De este modo, la norma aragonesa adopta un criterio subsidiario muy genérico que deja en manos del Juez el destino de la vivienda familiar –ya sea la atribución de su uso a uno, a ambos progenitores o, incluso, su venta–, lo que, a mi entender, exige una resolución debidamente fundada que atienda a la concreta situación familiar existente en el momento de la ruptura del matrimonio o pareja a fin de

⁶⁷ Pueden mencionarse a este respecto las SSTSJA de 30 abril 2013 y 11 julio 2013 y la SAP de Huesca núm. 16 de 11 febrero 2014.

⁶⁸ Entre otras, SAP de Huesca núm. 16 de 11 febrero 2014 y SSAP de Zaragoza núm. 110 de 6 marzo 2014, núm. 375 de 29 julio 2014, núm. 167 de 8 abril 2014, núm. 351 de 7 julio 2015 y núm. 500 de 14 octubre 2015.

⁶⁹ Ya sea porque ambos progenitores tienen las mismas posibilidades o dificultades objetivas de acceso a una vivienda, como advierte certeramente M. J. BALDA MEDARDE, «La vivienda familiar en la Ley 2/2010...», cit., p. 225.

⁷⁰ Tal y como sostuve en otro lugar: AA.VV. *Manual de Derecho civil aragonés*, cit., p. 185. Comparto así la opinión de M.J. BALDA MEDARDE, *id. ibid.*, según la cual hubiera sido preferible la remisión a criterios ya acuñados jurídicamente, tales como «el núcleo familiar más necesitado de protección o el interés del menor».

En lo que atañe a los restantes Derechos civiles territoriales, tanto la norma catalana como la vasca renuncian a fijar un criterio subsidiario de atribución de la vivienda familiar en la custodia compartida. En cambio, el art. 12.4 LVRF formula una segunda posibilidad consistente en fijar un sistema de uso por turnos (en mi opinión, como solución prioritaria; en cambio, para A. SEISDEDOS MUÑO, «La atribución del uso...», cit., p. 151, como criterio alternativo al de mayor dificultad objetiva de uno de los progenitores de acceder a una vivienda. En términos muy similares a los de la norma vasca se expresa el proyectado art. 96.2.3 Cc en su redacción dada por el ACP 2014 (art. 8).

conjugar los diferentes intereses atendibles en la unidad familiar y, entre ellos, y como prioritario, el interés de los hijos a cargo⁷¹.

No obstante, según resulta del examen de la jurisprudencia, lo cierto es que los órganos judiciales aragoneses acuden muy excepcionalmente a este criterio y ello fundamentalmente para atribuir el uso de la vivienda familiar a uno o ambos progenitores y en escasas ocasiones para autorizar su venta.

Así, hay algunas sentencias –las menos– que atribuyen el uso de la vivienda familiar a sólo uno de los progenitores custodios, en aras de la estabilidad y acomodación de los hijos al sistema de custodia compartida, identificando así el mejor interés de las relaciones familiares con el interés prevalente del menor⁷².

Un segundo grupo de resoluciones optan, sin embargo, por atribuir el uso alternativo de la vivienda a ambos progenitores⁷³; posibilidad ésta que no contempla explícitamente el cuerpo legal aragonés, consciente seguramente de los numerosos inconvenientes que puede generar en la práctica⁷⁴. Rechaza, sin embargo, esta modalidad de uso la SAP de Zaragoza núm. 532 de 10 diciembre 2014, para mantener el uso inicialmente atribuido a la madre en un pacto de relaciones familiares, en aras del interés del menor, «perfectamente adaptado al actual sistema» y de la propia eficacia de la custodia compartida fijada, aparte de considerarla posible fuente de conflictos entre los progenitores, en línea con lo aquí argumentado.

Finalmente, sólo se ha podido localizar una sentencia favorable a la venta de la vivienda familiar. Me refiero a la SAP de Zaragoza núm. 156 de 31 marzo 2015 que acuerda la custodia compartida y deniega la atribución del uso de la vivienda familiar a los dos progenitores, para, en su lugar, autorizar su venta, en atención a los importantes gravámenes que soportan ambos y, en especial la madre custodia, quien, por añadidura, no necesita la vivienda familiar, al disponer de otra heredada de su hermana, el pago de cuya hipoteca ha sido asumido por sus padres.

⁷¹ Una lectura similar de este concepto hacen M. J. BALDA MEDARDE, «La vivienda familiar en la Ley 2/2010...», cit., p. 226; E. MOLINS GARCÍA-ATANCE, «La regulación de la atribución del uso...», cit., p. 334; y B. VERDERA IZQUIERDO, «Estudio de los últimos postulados ...», cit., p. 9.

⁷² En particular, la STSJA de 15 diciembre 2011 y la SAP de Zaragoza núm. 629 de 20 diciembre 2013.

⁷³ SAP de Teruel núm. 12 de 5 marzo 2014 y SSAP de Zaragoza núm. 605 de 14 noviembre 2011, núm. 451 de 6 septiembre 2012, núm. 334 de 8 julio 2014 y núm. 332 de 30 junio 2015.

⁷⁴ Como, igualmente, advierten M. CASTILLO BAREA, «Notas sobre la guarda y custodia...», cit. p. 147; B. VERDERA IZQUIERDO, «Estudio de los últimos postulados...», cit., p. 17. Con todo, esta solución ha sido acogida expresamente por el art. 233-20.1 CCC y el art. 12.4 LVRF, así como por el proyectado art. 96.2.3 Cc en su redacción dada por el ACP 2014 (art. 8).

b) *Criterios de atribución en la custodia individual (art. 81.2 CDFA)*

En caso de optarse por el régimen de custodia individual, con arreglo al art. 81.2 CDFA dos son, de nuevo, los criterios a los que debe atender el Juez a fin de decidir acerca de la atribución del uso de la vivienda familiar.

Consiste el primero de ellos en otorgar el uso al progenitor a quien corresponda de forma individual la custodia de los hijos, adoptando así matizadamente la solución del art. 96.1 Cc⁷⁵.

Subsidiariamente se opta por el novedoso criterio de atribución al progenitor no custodio fundado en «el mejor interés para las relaciones familiares», fórmula legal ésta también presente en los criterios vinculados a la custodia compartida. Nos encontramos así con una solución de nuevo muy ambigua e imprecisa, cuya aplicación ciertamente posibilita un amplio arbitrio judicial, pero que, a mi entender, exige una ponderada valoración de la concreta situación familiar existente en cada caso, a fin de alcanzar el debido equilibrio entre los diferentes intereses implicados, tanto el de los hijos de tener sus necesidades de habitación debidamente cubiertas –siempre prioritario *ex* art. 76.2 CDFA– como el de ambos progenitores custodio y no custodio⁷⁶.

a') El criterio de atribución del uso al progenitor custodio como criterio preferente

De los dos criterios enunciados es, sin duda, el de atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor custodio el de aplicación prioritaria, por no decir

⁷⁵ De igual modo, atribuyen preferentemente el uso de la vivienda familiar al progenitor custodio el art. 233-20.2 CCC (de modo automático, como la norma aragonesa) y el art. 12.2 LVRF (condicionado a que tal atribución sea lo más conveniente para el interés de los hijos). De modo similar a la norma vasca, el art. 96.2.1 Cc en su redacción dada por el ACP 2014 (art. 8) conjuga este criterio con el interés superior de los hijos y adicionalmente con los de necesidad y titularidad de la vivienda.

Con un planteamiento divergente, el art. 6.1 LVaRF opta por aplicar a la custodia individual los mismos criterios de atribución que en la custodia compartida; esto es, «lo que sea más conveniente para los hijos menores» y, siempre que sea compatible con éste, «el de mayor dificultad objetiva de uno de los progenitores para acceder a la vivienda».

⁷⁶ Comparto así la opinión de M. J. BALDA MEDARDE, «La vivienda familiar en la Ley 2/2010...», cit., p. 227. Personalmente parece más acertada la solución de las normas catalana (pese a las objeciones de M. YSÀS SOLANES, M.: ¿Han cambiado los criterios de atribución...», cit., pp. 1633-1634) y vasca, en cuanto que condicionan expresamente la posible atribución judicial del uso al progenitor no custodio a las necesidades de los hijos y de ambos progenitores –custodio y no custodio–. Así, el art. 233-20.4 CCC permite su atribución al progenitor no custodio en caso de que sea «el más necesitado» y el progenitor custodio tenga «medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos». Por su parte, el art. 12.3 LVRF posibilita su atribución al progenitor no custodio, siempre que «objetivamente tuviera mayores dificultades de acceso a una vivienda» y el otro progenitor «tuviera medios necesarios para cubrir las necesidades de vivienda de los y las menores» y ello «fuera compatible con el interés superior de éstos»; fórmula que reproduce el proyectado art. 96.2.3 Cc en su redacción dada por el CP.

prácticamente exclusiva, por parte de los órganos judiciales aragoneses⁷⁷. Es más, una lectura detenida de la jurisprudencia permite concluir que, en aquellos casos en que los órganos judiciales aragoneses optan por el régimen de custodia individual, en su inmensa mayoría siguen atribuyendo automáticamente el uso de la vivienda familiar al progenitor custodio –y aquí interesa aclarar que no necesariamente a la madre– y por extensión a los hijos, presumiendo así que ello es lo más conveniente para el interés de éstos⁷⁸. De entre todas ellas, interesa reseñar la STSJA de 18 julio 2014 y, en la jurisprudencia menor, la SAP de Zaragoza núm. 137 de 13 marzo 2013; la primera, por estar implicado un hijo mayor incapacitado y la segunda, por adoptar a mi entender un fallo más que cuestionable. En particular, la STSJA de 18 julio 2014 mantiene en el uso de la vivienda familiar –privativa del padre– a la madre custodia e hijo mayor que, aquejado de síndrome de Down, ha sido incapacitado judicialmente con la consiguiente rehabilitación de la autoridad familiar a favor de ambos progenitores, si bien limita la duración de tal derecho de uso a un plazo de cinco años. Y es que, a juicio del Tribunal Superior, en el caso de autos resulta de aplicación el principio general del art. 81.2 CDEFA de atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor que tiene atribuida la custodia de los hijos, «que por definición [...] se refiere a la de los menores o incapacitados»⁷⁹. Por su parte, la SAP de Zaragoza núm. 137 de 13

⁷⁷ Resulta indicativo al respecto que la STSJA de 20 enero 2016 haya calificado de «excepcional» el criterio «del mejor interés para las relaciones familiares».

⁷⁸ Vienen a compartir esta apreciación M. J. BALDA MEDARDE, «La vivienda familiar en la Ley 2/2010...», cit., p. 226; y M. YSÀS SOLANES, M.: ¿Han cambiado los criterios de atribución...», cit., p. 1681, en relación con la norma catalana. Obsérvese, por lo demás (con A. SEISDEDOS MUÑO, «La atribución del uso...», cit., p. 150), que en la LVRF (art. 12.2) esta solución se establece como preferente siempre que se considere la más adecuada para los menores; esto es, en la norma vasca no se presume que tal criterio de atribución es el más adecuado para el interés de los menores, sino que ello habrá de acreditarse debidamente.

⁷⁹ Según puede leerse en la STSJA de 18 julio 2014, el padre partía como premisa de la existencia de una situación de «custodia repartida» en la que el hijo incapacitado vive con la madre y el hijo de veintitrés años vive con su padre, defendiendo su asimilación al supuesto de «custodia compartida» contemplado en el artículo 81.1 CDEFA. El Tribunal Superior con buen criterio rechaza tal premisa y, por ende, su asimilación con la custodia compartida, dado que el hijo mayor no incapacitado, aunque carezca de independencia económica y por ello se haya ido a vivir con su padre, «no asimila su situación a la de persona sujeta a guarda y custodia». Así pues, según puede leerse en la sentencia, «el único régimen de custodia a tener en cuenta para la atribución del uso de la vivienda familiar era el del hijo Faustino [incapacitado], a cargo de la madre, por lo que no puede ser de aplicación lo dispuesto en el artículo 81.1, previsto para los casos de custodia compartida, sino el del artículo 81.2 para la custodia individual, en el que se atribuye el uso de la vivienda familiar a quien le corresponda la custodia de los hijos, en este caso la del hijo Faustino». Con base en esta doctrina, el Tribunal Superior casa parcialmente la sentencia dictada por el Tribunal *a quo* (SAP de Teruel núm. 88 de 18 noviembre 2013) en el sentido de limitar a cinco años el uso de la vivienda adjudicado a la madre custodia e hijo. Interesa aclarar a este respecto que la sentencia recurrida en casación, SAP de Teruel núm. 88 de 18 noviembre 2013, denegó la pretensión del padre favorable al cese del uso de la vivienda por la madre e hijo incapacitado y, en su lugar, los mantuvo en su uso ilimitado, por considerar que «la carga que representa familiarmente la asistencia de tal tipo de personas justifica

marzo 2013, a mi juicio, de modo muy discutible, decide prescindir del criterio subsidiario del mejor interés para las relaciones familiares, para atribuir el uso de la vivienda familiar (común) al padre custodio, titular de una segunda vivienda (un apartamento) y con recursos económicos suficientes, mientras la madre carece de otra vivienda y se encuentra en situación de desempleo sin derecho a prestación, si bien dispone «de una amplia red familiar»⁸⁰.

b') El criterio de atribución al progenitor no custodio en función del mejor interés para las relaciones familiares como criterio subsidiario y otras soluciones judiciales alternativas.

Por contra, son escasas las resoluciones judiciales que, tras haber acordado la custodia individual a favor de uno de los progenitores, excluyen de la atribución del uso de la vivienda familiar a éste, adoptando diferentes soluciones alternativas.

que con carácter excepcional, no pueda determinarse una limitación temporal al uso, mientras el núcleo en el que conviva el menor no disponga de una mejor fortuna que permita prodigar al hijo un mayor bienestar del que dispone, por razones de elemental humanidad [...] pues es elemental que no existe perspectiva alguna de que el hijo mayor vaya a ser capaz en plazo determinado de llevar una vida independiente». Por su parte, el Tribunal Superior (STSJA de 18 julio 2014) confirma el fallo del Tribunal *a quo* favorable a mantener en el uso de la vivienda a la madre custodia e hijo, pero opta por limitarlo a cinco años en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 81.3 CDFA, argumentando que «no puede justificarse esta medida [la atribución ilimitada del uso de la vivienda familiar] únicamente en las dificultades que este hijo tendrá para ser capaz de llevar una vida independiente, pues tal dificultad habrá de ser asociada a la necesidad de mantener durante todo ese tiempo la obligación de los padres de atender a todas las necesidades del hijo, lo que se traduce en obligaciones de cuidado y atención personal, y económicas».

En la jurisprudencia menor participa de la doctrina del TSJA la SAP de Zaragoza núm. 487 de 15 octubre 2013 que atribuye la custodia de un menor de cinco años aquejado de síndrome de Down a la madre, con el consiguiente uso de la vivienda familiar durante diez años, plazo que estima «adecuado a las circunstancias familiares».

⁸⁰ Junto a las sentencias reseñadas atribuyen el uso de la vivienda familiar al progenitor custodio la STSJA de 15 octubre 2015 y, en la jurisprudencia menor, las SSAP de Huesca núm. 3 de 15 enero 2014, núm. 25 de 21 enero 2014, núm. 40 de 28 enero 2014, núm. 28 de 26 febrero 2014, núm. 55 de 15 abril 2015 y núm. 149 de 10 noviembre 2015, la SAP de Teruel núm. 10 de 25 febrero 2014 y las SSAP de Zaragoza núm. 369 de 16 julio 2013, núm. 395 de 23 julio 2013, núm. 419 de 17 septiembre 2013, núm. 455 de 27 septiembre 2013, núm. 487 de 15 octubre 2013, núm. 520 de 6 noviembre 2013, núm. 519 de 26 noviembre 2013, núm. 556 de 26 noviembre 2013, núm. 578 de 3 diciembre 2013, núm. 598 de 12 diciembre 2013, núm. 44 de 5 febrero 2014, núm. 61 de 11 febrero 2014, núm. 100 de 25 febrero 2014, núm. 143 de 25 marzo 2014, núm. 207 de 7 mayo 2014, núm. 262 de 10 junio 2014, núm. 310 de 30 junio 2014, núm. 335 de 15 julio 2014, núm. 366 de 29 julio 2014, núm. 409 de 30 septiembre 2014, núm. 430 de 15 octubre 2014, núm. 101 de 11 marzo 2015, núm. 110 de 13 marzo 2015, núm. 113 de 13 marzo 2015, núm. 163 de 14 abril 2015, núm. 166 de 14 abril 2015, núm. 179 de 21 abril 2015, núm. 190 de 29 abril 2015, núm. 278 de 2 junio 2015, núm. 286 de 9 junio 2015, núm. 333 de 30 junio 2015, núm. 379 de 17 julio 2015, núm. 408 de 28 julio 2015, núm. 500 de 14 octubre 2015, núm. 500 de 14 octubre 2015, núm. 519 de 27 octubre 2015, núm. 535 de 10 noviembre 2015, núm. 542 de 10 noviembre 2015 y núm. 661 de 29 diciembre 2015.

Así, son varias las sentencias que acuden al criterio subsidiario de atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor no custodio «en función del mejor interés para las relaciones familiares», si bien por plazos muy breves y ello siempre que los hijos y el progenitor custodio tengan sus necesidades de vivienda cubiertas de otro modo, en un planteamiento coincidente con el que aquí se defiende favorable a identificar «el mejor interés para las relaciones familiares» con aquello que sea más beneficioso para los hijos particularmente, pero sin olvidar a los progenitores⁸¹.

Otras resoluciones, sin embargo, prescinden del criterio de atribución al progenitor no custodio previsto subsidiariamente en el art. 81.2 *in fine* CDFA, para en su lugar, ordenar ya sea su venta⁸², su liquidación⁸³ o, incluso, mantener su alquiler a favor de un tercero⁸⁴, siempre que las necesidades de habitación de los hijos estén o puedan cubrirse de otro modo y, por añadidura, que el progenitor no custodio no acredite encontrarse en situación de necesidad.

Mención aparte merece la SAP de Huesca núm. 33 de 10 marzo 2015 que distribuye la custodia de los hijos menores entre los progenitores y asigna el uso de la vivienda familiar a uno de ellos y al hijo bajo su custodia. Tal decisión cuando menos debe tacharse de singular, toda vez que se desvincula de la regla general contenida en el art. 80.4 CDFA que establece la imposibilidad de adopción por el Juez de un régimen de custodia que implique la separación de los hermanos, sin que haga constar circunstancia alguna que justifique tal separación, según exige el mismo precepto. Por añadidura, se atribuye el uso de la vivienda familiar a la madre y la hija, «por entender que es más beneficioso para los intereses de todo el grupo familiar», pero sin acompañar esta afirmación de aparato

⁸¹ En particular, la SAP de Huesca núm. 140 de 30 junio 2014 declara, a instancia de la madre, la disolución de la comunidad ordinaria que ambos progenitores ostentaban sobre la vivienda familiar, pero atribuye el uso de la vivienda familiar al padre no custodio hasta que se proceda a su efectiva división en virtud de pública subasta, por considerar que «su interés es en este momento el más necesitado de protección», dado que ha agotado su prestación por desempleo. La SAP de Teruel núm. 39 de 20 mayo 2013 aplica la previsión del art. 81.2 *in fine* CDFA para atribuir el uso de la vivienda a la madre no custodia durante dos años, en atención a sus escasas posibilidades económicas, unido a la circunstancia de que el hijo resida actualmente en compañía del padre custodio en la vivienda de la abuela paterna y a la propia intención del progenitor custodio de poner a la venta la vivienda familiar en caso de serle adjudicada. La SAP de Zaragoza núm. 479 de 15 octubre 2013 confirma el fallo de primera instancia favorable a atribuir el uso de la vivienda familiar al padre no custodio durante un año por haber cesado en el mismo la madre custodia. Por último, la SAP de Zaragoza núm. 112 de 6 marzo 2014 atribuye el uso de la vivienda familiar a la madre no custodia, argumentando para ello que es de su titularidad privativa, mientras el padre custodio e hijo tienen sus necesidades de vivienda ya cubiertas.

⁸² SSAP de Zaragoza núm. 132 de 13 marzo 2012, núm. 352 de 7 julio 2015 y núm. 613 de 10 diciembre 2015.

⁸³ SAP de Zaragoza núm. 531 de 12 noviembre 2013.

⁸⁴ SAP de Zaragoza núm. 131 de 13 marzo 2012.

argumentativo alguno, como hubiera sido deseable. En fechas más recientes comparte la misma solución la SAP de Zaragoza de 14 octubre de 2015, motivando su decisión de optar por un régimen de custodia «repartida» entre los progenitores en la negativa del hijo a relacionarse con su madre, lo que puede generar una influencia inapropiada en la hija cuya custodia se le otorga; y la atribución del uso de la vivienda familiar a madre e hija durante un año en el estado de salud y precaria situación económica de la madre⁸⁵.

c) *Criterio de atribución en la ruptura de la convivencia sin hijos a cargo: La solución de los Tribunales aragoneses en ausencia de directrices en el CDFA*

Como se ha indicado *ab initio*, ha sido opción del legislador aragonés abordar exclusivamente los efectos de la ruptura de la convivencia con hijos a cargo, prescindiendo así de los supuestos de ruptura de las parejas sin hijos o con hijos mayores independientes económicamente. De este modo, y en lo que aquí interesa, queda sin resolver la cuestión atinente a la posible atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge o conviviente a quien no pertenece en exclusiva aquella, bien por tener carácter consorcial o indiviso, bien por ser propiedad privativa del otro. Obviamente, nada impide a la pareja llegar a un acuerdo sobre este extremo en virtud del pacto de relaciones familiares, habida cuenta los amplios términos en que se expresa el art. 77.2.d CDFA. Pero en defecto de acuerdo, el art. 81 CDFA se centra en resolver el destino de la vivienda familiar cuando hay hijos a cargo, renunciando así a contemplar la situación descrita no por ello menos conflictiva, como revela el examen de la jurisprudencia⁸⁶. En efecto, habiéndose planteado el problema en la práctica con cierta frecuencia, ante esta laguna legal han sido los órganos judiciales aragoneses los que han debido articular una solución al respecto, acudiendo para ello a la aplicación supletoria del art. 96.3 Cc relativo a la posible atribución temporal del uso al cónyuge no titular –o cotitular: SSTs de 5 septiembre 2011 y de 11 noviembre 2013– en defecto de hijos menores, a que da entrada el art. 1.2 CDFA⁸⁷. Así, son

⁸⁵ Nótese que esta posibilidad no se regula expresamente en el CDFA, a diferencia del art. 96.2 Cc que prevé en este caso que «el Juez resolverá lo procedente» en orden a la atribución del uso de la vivienda familiar sin que se le ofrezca ningún criterio al respecto, como advierte E. ROCA TRÍAS, «Comentario al art. 96 Cc», cit., p. 525.

⁸⁶ En los Derechos civiles territoriales participan del mismo planteamiento que la norma aragonesa la LVaRF y la LVRF, en cuanto restringen su ámbito de aplicación a los hijos bajo «autoridad parental». En cambio, el CCC, desde el momento que no circunscribe los efectos de la ruptura a la existencia de hijos a cargo, en su art. 233-20.3.b impone el criterio de atribución del cónyuge más necesitado, entre otros, al supuesto de ruptura matrimonial sin descendencia o con hijos mayores de edad.

⁸⁷ La misma solución propugnan para el Derecho valenciano J. R. DE VERDÁ BEHAMONTE y P. J. MARTÍNEZ CARLOS, «La Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat...», cit., p. 83, con base en numerosas sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia. En cualquier caso, interesa señalar

numerosas las sentencias provenientes de Audiencias Provinciales que atribuyen el uso temporal de la vivienda familiar al cónyuge o conviviente «cuyo interés resulte más necesitado de protección», habitualmente en atención a datos objetivos –tales como la falta de trabajo y/o de ingresos, la posibilidad de acceso a otra vivienda, la edad o el estado de salud–, si bien, como regla, por plazos muy breves⁸⁸. Esta solución, inicialmente, acogida por la jurisprudencia menor, se ha

que en el proyectado art. 96.2.4 Cc en su redacción dada por el ACP 2014 esta solución se mantiene parcialmente, desde el momento en que el criterio de la necesidad pasa a conjugarse novedosamente con el de la titularidad.

⁸⁸ Pueden citarse a título de ejemplo las SSAP de Zaragoza núm. 573 de 3 diciembre 2013, núm. 161 de 31 marzo 2014, núm. 506 de 25 noviembre 2014, núm. 554 de 16 diciembre 2014, núm. 586 de 19 diciembre 2014, núm. 6 de 20 enero 2015, núm. 118 de 17 marzo 2015, núm. 292 de 9 junio 2015, núm. 185 de 21 abril 2015, núm. 300 de 16 de junio de 2015, núm. 381 de 17 julio 2015 y núm. 434 de 15 septiembre 2015.

En concreto, la SAP de Zaragoza núm. 573 de 3 diciembre 2013, en el divorcio de un matrimonio sin hijos, atribuye a la mujer el uso de la vivienda familiar (consorcial) durante tres años en atención a su peor situación económica. La SAP de Zaragoza núm. 161 de 31 marzo 2014, en el divorcio de un matrimonio con una hija mayor independiente, atribuye el uso de la vivienda familiar a la mujer durante nueve meses, ya que, aunque ambos tienen ingresos similares y sus necesidades son semejantes dada su condición de discapacitados, el marido tiene cubierto su alojamiento con su madre. La SAP de Zaragoza núm. 506 de 25 noviembre 2014 revoca el fallo de primera instancia favorable a atribuir el uso alterno de la vivienda a un matrimonio con hijos mayores de edad durante un plazo máximo de dos años (salvo que antes se proceda a su venta), para atribuir, en su lugar, su uso a la mujer durante el mismo lapso temporal, en atención a su dedicación al cuidado del hogar y los hijos durante los treinta años de matrimonio, sus escasos ingresos y su falta de cualificación laboral. La SAP de Zaragoza núm. 554 de 16 diciembre 2014, en el divorcio de un matrimonio sin hijos, atribuye el uso de la vivienda familiar (privativa del marido) durante un año a la mujer por carecer de trabajo e ingresos. Muy discutible, la SAP de Zaragoza núm. 586 de 19 diciembre 2014, en el divorcio de un matrimonio con una hija mayor de edad, atribuye el uso de la vivienda familiar (consorcial) al marido durante dos años, atendiendo fundamentalmente a la circunstancia de que la mujer tiene cubiertas sus necesidades de vivienda en cuanto tiene su domicilio fijado en el de su nueva pareja, aunque no deje de reconocer que los ingresos mensuales del marido son muy superiores (3323 euros frente a los 770 euros de la mujer). La SAP de Zaragoza núm. 6 de 20 enero 2015, en el divorcio de un matrimonio sin hijos, asigna el uso de la vivienda familiar al marido durante dos años por considerar su interés más necesitado de protección, dada su situación declarada de discapacidad física del 79% y dependencia severa; ello sin perjuicio de reconocer a la esposa una pensión compensatoria, atendiendo, entre otras circunstancias, a la depresión grave que padece y su escasa capacidad económica. La SAP de Zaragoza núm. 118 de 17 marzo 2015 en el divorcio de un matrimonio con hijos mayores independientes atribuye el uso de la vivienda familiar (consorcial) a la mujer durante un año en atención a su situación de desempleo, agravada por la enfermedad psíquica que padece. La SAP de Zaragoza núm. 185 de 21 abril 2015 en el divorcio de un matrimonio con hijos mayores independientes, atribuye el uso de la vivienda familiar (consorcial) al marido durante dieciocho meses, por no resultar acreditado que tenga cubiertas sus necesidades de vivienda, a pesar de que –y aquí viene lo discutible– es copropietario de un importante patrimonio que incluye diferentes inmuebles y, entre ellos, otra vivienda distinta a la familiar y sus ingresos son muy superiores a los de su ex mujer a la que no se reconoce, en cambio, una pensión compensatoria. La SAP de Zaragoza núm. 292 de 9 junio 2015, en el divorcio de un matrimonio sin hijos, atribuye a la esposa el uso de la vivienda familiar copropiedad del cónyuge y de un hijo no común durante un plazo de dos años, «sin perjuicio de los derechos del tercer copropietario del inmueble, en cuanto al ejercicio de las oportunas acciones dirigidas a cesar

visto ratificada en fechas posteriores por la STSJA de 16 octubre 2015, precisando adicionalmente que corresponde a los Tribunales de instancia, y no al Tribunal Superior, la determinación de quién sea el cónyuge o miembro de la pareja «cuyo interés es más necesitado de protección».

Otras, en cambio, deniegan la aplicación del criterio del cónyuge más necesitado de protección, en atención a las circunstancias concurrentes en el caso enjuiciado, ponderando para ello fundamentalmente la situación económica de los progenitores. Entre éstas merece especial atención la SAP de Teruel núm. 42 de 11 junio 2014 que declara la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar (consorcial) atribuido en su momento a la mujer e hijos por haber éstos alcanzado la mayoría de edad e independencia económica -lo que implica una modificación sustancial de circunstancias-, sin que puede apreciarse la existencia de un interés más necesitado de protección que justifique su prórroga a favor de la ex esposa ni siquiera la fijación de un régimen compartido de uso por años a favor de los ex cónyuges, como ha fallado el juzgador de primera instancia⁸⁹.

B) *Limitación temporal del uso de la vivienda familiar (art. 81.3 CDEA)*

En Derecho aragonés el derecho de uso de la vivienda familiar se configura como un derecho de carácter temporal o provisional en todo caso. Así, el art.

la situación de condominio o cualesquiera otras derivadas de su condición de copropietario». Con mayor desarrollo argumentativo, la SAP de Zaragoza núm. 300 de 16 junio 2015, en un matrimonio inicialmente separado que ahora solicita el divorcio y con un hijo ya mayor de edad e independiente económicamente, decide mantener en el uso de la vivienda familiar (consorcial) a la mujer -inicial usuaria en su condición de custodia del hijo entonces menor-, si bien sólo durante seis meses, lo que se encuentra plenamente justificado, ya que «no habiéndose acreditado una necesidad más acuciante en uno u otro litigante lo más adecuado sería proceder a una pronta y eficaz liquidación de la misma, e incluso alcanzar ambos un acuerdo de extinción del condominio mediante su adjudicación a uno de ellos, con la correspondiente compensación al otro o mediante su venta a un tercero, para liquidar las deudas pendientes y solventar sus necesidades de vivienda respectivas». Por su parte, la SAP de Zaragoza núm. 381 de 17 julio 2015, en el divorcio de un matrimonio con un hijo mayor independiente, atribuye a la mujer durante un año el uso de la vivienda familiar cuya titularidad corresponde a una sociedad de responsabilidad limitada «de la que se ha nutrido y vivido la familia» y a la que en su momento traspasaron el patrimonio de su pertenencia. Por último, la SAP de Zaragoza núm. 434 de 15 septiembre 2015, en el divorcio de un matrimonio con hijos mayores, uno independiente económicamente y otro no, atribuye el uso de la vivienda familiar (consorcial) a la esposa durante cuatro años habida cuenta de su edad (cincuenta y ocho años) y su carencia de trabajo.

⁸⁹ Deniegan, asimismo, la atribución de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, en un divorcio sin hijos las SSAP de Zaragoza núm. 179 de 15 abril 2014 y núm. 438 de 15 septiembre 2015, por no haberse acreditado circunstancia alguna que aconseje lo contrario ni que su interés sea el más necesitado de protección; en un divorcio sin hijos la SAP de Teruel núm. 58 de 15 octubre 2014, por considerar que ambos «tienen una situación equilibrada en lo económico» y, por ende, no puede hablarse de interés más necesitado de protección; y en un divorcio con hijos mayores independientes la SAP de Huesca núm. 174 de 26 septiembre 2013, en atención a la situación económica similar de ambos ex cónyuges y al carácter privativo de la hasta entonces vivienda familiar.

81.3 CDFA dispone en términos taxativos que la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores «debe tener» necesariamente una limitación temporal que, a falta de acuerdo entre ambos, fijará el Juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia⁹⁰. Es más, no se contempla la posibilidad de prórroga del plazo inicialmente fijado por el Juez⁹¹.

De este modo, se desvincula del régimen previsto en el art. 96 Cc, donde no se contempla la fijación de un límite temporal del uso de la vivienda familiar, a excepción de su párrafo 3º relativo a la atribución del uso sin hijos menores. Es más, no debe olvidarse que el art. 96.1 CC ha sido interpretado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el sentido de excluir las limitaciones temporales del uso que puedan afectar a los hijos menores de edad, «porque el interés que se protege en ella no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja» (STS de 14 abril 2011)⁹². Con todo, no puede obviarse la flexibilización de esta doctrina desde hace un tiempo por parte del Tribunal Supremo, posibilitando la limitación del uso de la vivienda familiar en el caso de existir hijos menores de edad, siempre que éstos tengan a su disposición otra vivienda distinta a la familiar y, por ende, solventadas sus necesidades de habitación (SSTS de 29 de marzo 2011, de 5 noviembre 2012, de 17 junio 2013, de 29 mayo 2014 y 22 julio 2015)⁹³.

⁹⁰ También atribuyen carácter temporal al derecho al uso de la vivienda familiar el art. 233-20.2 y 5 CCC, el art. 6.3 LVaRF y el art. 12.5 LVRF. Lo mismo puede decirse del proyectado art. 96.3 Cc en su Cc en su redacción dada por el ACP 2014 (art. 8).

⁹¹ Lo que, sin duda, hubiese sido deseable de acuerdo con M. J. BALDA MEDARDE, «La vivienda familiar en la Ley 2/2010...», cit., p. 228, y de hecho, así se prevé en las normas catalana y vasca. En particular, el art. 233-20.5 CCC y el art. 12.5 LVRF contemplan la posibilidad de prórroga a instancia del adjudicatario, siempre que se mantengan las circunstancias que motivaron la atribución del uso. Ahora bien, como advierte A. SEISDEDOS MUÑO, «La atribución del uso...», cit., p. 155, ambos preceptos dejan al arbitrio del juzgador tanto el número como la duración de las prórrogas. Con mayor precisión se expresa el proyectado art. 96.3 Cc en su redacción dada por el ACP 2014 (art. 8), toda vez que permite «una prórroga del uso por otro año», a solicitar por el adjudicatario «con carácter excepcional y si continúa teniendo dificultades para el acceso a otra vivienda».

⁹² Participan, asimismo, de esta doctrina, entre otras, las SSTS de 21 junio 2011, de 13 julio 2012, de 5 noviembre 2012, de 17 octubre 2013, de 2 junio 2014, de 28 noviembre 2014 y de 19 mayo 2015. Dan noticia más completa de estas sentencias A. L. CAMPO IZQUIERDO, *Uso de la vivienda familiar...*, cit., pp. 7-15, sin dejar de cuestionarla en algunos extremos; y B. VERDERA IZQUIERDO, «Estudio de los últimos postulados...», cit., pp. 38-39.

⁹³ En concreto, las sentencias referidas admiten las siguientes excepciones a la literalidad del art. 96.1 Cc derivadas de: a) el hecho de que la esposa y su hijo residen en una nueva vivienda que aquélla ostenta en copropiedad con una nueva pareja con la que convive (STS de 29 marzo 2011); b) la madre ha adquirido una nueva vivienda que cubre las necesidades de alojamiento de la hija menor en condiciones de dignidad y decoro; además, el padre recupera la vivienda lo que le permite disfrutar de un status similar al de su hija y su ex esposa (STS de 5 noviembre 2012); c) no es contrario al interés del menor el hecho de mantener durante tres años al hijo y a su madre en la vivienda para pasar luego a la otra, cuya *habitabilidad* no se ha cuestionado, cuando el domicilio familiar conlleva el uso de la finca e impide la disposición de un patrimonio común importante, afectando necesariamente a

Esta opción del legislador aragonés de limitar el uso temporal de la vivienda se justifica de modo muy razonable por la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (SSTSJA de 4 enero 2013 y de 21 octubre 2014) en la necesidad de eludir conflictos entre los progenitores, así como de no lesionar el interés del progenitor no adjudicatario del uso si es propietario o copropietario de la vivienda. Comparte la misma argumentación la jurisprudencia menor, como se desprende, entre otras, de la siguiente declaración vertida por la SAP de Zaragoza núm. 299 de 16 junio 2015: «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 limitado, pues la subsistencia de vínculos de tal naturaleza, además de que puede lesionar los intereses del otro si es propietario o copropietario de la vivienda. Por ello, en el apartado tercero de ese mismo artículo se ordena que tal uso debe tener una limitación temporal que, a falta de acuerdo, fijará el Juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia»⁹⁴.

Interesa señalar, por añadidura, que esta exigencia de limitación temporal ha sido objeto de aplicación retroactiva por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, al amparo de la Disposición Transitoria 6ª.1 CDFA, apreciándola como circunstancia relevante a los efectos de modificar aquellas atribuciones ilimitadas del uso de la vivienda familiar adoptadas en convenios reguladores o sentencias anteriores a la entrada en vigor de la Ley aragonesa 2/2010. De este modo, las sentencias examinadas, aunque mantienen en el uso de la vivienda familiar al progenitor custodio y a los hijos, una vez alcanzado éstos la mayoría de edad, optan por fijar un límite temporal al mismo, modificando así el tenor del correspondiente convenio regulador o medida judicial, donde no se fijaba límite alguno (STSJA de 11 junio 2014) o, en su caso, se acordaba un límite incierto, tales como el cese de la convivencia o independencia económica de los hijos (SSTSJA de 21 octubre 2014 y de 15 febrero 2015). Ulteriormente esta doctrina ha sido acogida por la jurisprudencia menor⁹⁵.

Por lo demás, tal previsión legal ha sido interpretada certeramente por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en su sentencia de 4 enero 2013, en el sentido de que requiere el señalamiento de un plazo, dada la necesidad de cer-

la liquidación del haber conyugal y a su reparto entre ambos cónyuges (STS de 17 junio 2013); y d) la madre puede disponer de otra vivienda de su propiedad que en el momento del divorcio estaba arrendada (STS de 22 julio 2015).

⁹⁴ Reproducen esta argumentación las SSAP de Zaragoza núm. 210 de 20 abril 2012, núm. 314 de 18 junio 2013, núm. 363 de 22 julio 2014, núm. 489 de 14 octubre 2015, núm. 486 de 14 octubre 2015, núm. 501 de 14 octubre 2015 y núm. 596 de 10 diciembre 2015.

⁹⁵ Entre otras, SSAP de Zaragoza núm. 328 de 30 junio 2015, núm. 392 de 28 julio 2015 y núm. 654 de 22 diciembre 2015.

teza al respecto que conviene a ambas partes: por un lado, al favorecido con la atribución del uso, que de este modo podrá hacer con tiempo sus previsiones cuando llegue el momento de cesar en el mismo, tal como la búsqueda de otro alojamiento o la evaluación de sus posibilidades de adjudicárselo si es cotitular del inmueble; y por otro, al que se ve privado por el uso, que no sólo podrá ponderar las posibilidades de adjudicárselo, sino que sabrá con exactitud a partir de cuándo podrá venderlo libre de esa carga. Adviértase que en el caso concreto el juzgador de instancia había limitado el uso de la vivienda familiar por un plazo de nueve años, a computar desde el día siguiente al que la menor de los tres hijos comunes cumpliera catorce años, transcurrido el cual cualquiera de las partes podría instar demanda de modificación de medidas para evaluar la posibilidad de prórroga del uso, cambio o destino a dar a la vivienda familiar. Es concretamente este último inciso el que suprime el Tribunal Superior, por considerar que deja en la indefinición el límite temporal requerido legalmente, lo que le lleva a calificarlo de innecesario y perturbador.

No puede sino destacarse la importancia de esta resolución, ya que sienta doctrina sobre una cuestión que venía siendo resuelta habitualmente por las Audiencias Provinciales de modo muy incierto, con los consiguientes problemas de seguridad jurídica que ello podía generar⁹⁶. Así, podemos citar, a título de ejemplo, la SAP de Zaragoza núm. 126 de 13 marzo 2012 que atribuyó el uso de la vivienda familiar al progenitor custodio hasta que se procediese a la liquidación del consorcio conyugal; o la SAP de Zaragoza núm. 154 de 20 marzo 2012 que lo atribuyó, igualmente, al progenitor custodio hasta que «en su caso, se produzca la subasta judicial del inmueble». En fechas posteriores esta doctrina del Tribunal Superior se ha visto confirmada por sus sentencias de 21 octubre 2014, de 17 febrero 2015 y de 20 enero 2016, esta última constatando adicionalmente que el art. 81.3 CDFA «no fija un periodo máximo ni mínimo»; e igualmente ha sido acogida mayoritariamente por las Audiencias Provinciales⁹⁷.

A partir de ahí, en defecto de acuerdo de los progenitores al respecto, como se ha señalado al principio, el art. 81 CDFA opta por dejar al arbitrio judicial la

⁹⁶ Circunstancia ésta ya advertida por M. J. BALDA MEDARDE, «La vivienda familiar en la Ley 2/2010...», cit., p. 228.

⁹⁷ Entre las más recientes, SSAP de Zaragoza núm. 486, núm. 487, núm. 500 y núm. 501 de Zaragoza de 14 octubre 2015, núm. 506 y núm. 519 de 26 octubre 2015, núm. 535 y núm. 542 de 10 noviembre 2015, núm. 596 y núm. 605 de 10 diciembre 2015, núm. 654 de 22 diciembre 2015. Con todo, todavía hay sentencias que prescinden de esta doctrina del TSJA para seguir acudiendo a un dato tan incierto como la liquidación del régimen consorcial como *dies ad quem* del derecho de uso de la vivienda familiar reconocido a la mujer e hijos en todos los supuestos. Vid. p.e. la SAP de Huesca núm. 184 de 24 octubre 2014 y las SSAP de Zaragoza núm. 419 de 17 septiembre 2013, núm. 455 de 27 septiembre 2013, núm. 578 de 3 diciembre 2013 y núm. 119 de 17 marzo 2015.

fijación del plazo de duración del uso de la vivienda familiar⁹⁸. En particular, tal función corresponde en exclusiva a los juzgadores de instancia, sin que sea revisable en casación salvo que se revele absolutamente infundada o arbitraria, según viene declarando el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en jurisprudencia reiterada⁹⁹. Esta opción normativa no acaba de parecerme acertada, desde el momento en que una lectura detallada de la jurisprudencia menor revela la existencia entre los órganos judiciales aragoneses de criterios absolutamente divergentes a la hora de delimitar temporalmente el uso de la vivienda familiar, en concurrencia en muchas ocasiones de circunstancias familiares similares, lo que no deja de ser cuestionable desde la perspectiva del principio de la tutela judicial efectiva. Por eso, quizá hubiera sido oportuno que el legislador aragonés hubiese fijado un plazo inicial de duración del derecho de uso, sin perjuicio de atribuir a los jueces la facultad de prorrogarlo excepcionalmente de concurrir circunstancias que así lo aconsejasen.

Como argumentaré detenidamente más adelante, esta falta de un criterio jurisprudencial unánime me parece especialmente preocupante en el supuesto de adjudicación del uso de la vivienda familiar habiendo hijos menores si atendemos al interés superior del menor que, como es sabido, ha de presidir este tipo de decisiones conforme al art. 76.1 CDFA. Así, se han detectado entre las Audiencias Provinciales una gran diversidad de soluciones a la hora de resolver este supuesto, como podrá constatarse acto seguido.

En primer lugar, es posible identificar una línea jurisprudencial minoritaria favorable a reconocer el uso de la vivienda familiar hasta que los hijos alcancen la mayoría de edad¹⁰⁰. Incluso, algunas sentencias que lo extienden hasta su inde-

⁹⁸ Por lo que hace a los restantes Derechos civiles territoriales, las legislaciones catalana (art. 233-20.5 CCC) y valenciana (art. 6.3 LVaRF) coinciden con la aragonesa en dejar su fijación al arbitrio judicial. En cambio, como destaca A. SEISDEDOS MUÑO, «La atribución del uso...», cit., p. 153, la LVRF se ha ocupado de determinar la duración del derecho de uso atribuido a uno de los progenitores, atendiendo a tal efecto a las circunstancias que hayan motivado tal atribución. Así, si la atribución obedece a razones de necesidad, tendrá una duración máxima de dos años, prorrogables «si se mantienen las circunstancias que la motivaron» (art. 12.5.1). En cambio, si el uso se ha atribuido junto a la custodia (individual o compartida) su duración se vincula a la de la obligación de prestar alimentos a los hijos (art. 12.5.2).

De modo similar –que no absolutamente coincidente– a la norma vasca, el proyectado art. 96.3 Cc en su redacción dada por el ACP 2014 (art. 8), fija como regla un plazo máximo de duración del derecho de uso de dos años, prorrogables «de continuar teniendo dificultades para encontrar vivienda». Sólo en caso que la vivienda familiar hubiese sido atribuida a uno de los progenitores por otorgársele la custodia –individual o compartida– el derecho de uso subsistirá mientras tenga la obligación de prestar alimentos a los hijos.

⁹⁹ Cfr. SSTSJ de 7 de febrero de 2013, de 11 julio 2013, de 18 julio 2014, de 4 febrero 2015, de 2 octubre 2015 de 16 octubre 2015 y de 20 enero 2016.

¹⁰⁰ STSJA de 2 octubre 2015 –confirmatoria del criterio del juzgador *a quo* por considerarlo «objetivo y razonable»–, SAP de Huesca núm. 28 de 26 febrero 2014 y SSAP de Zaragoza núm. 108 de

pendencia económica¹⁰¹ o, de modo más preciso, hasta que cumplan veintiséis años (en particular, las provenientes de la Audiencia Provincial de Huesca) con base en lo dispuesto en el art. 69.2 CDFA¹⁰².

Sin embargo, son inmensa mayoría las resoluciones que prescinden de la circunstancia de la mayoría de edad de los hijos para fijar lapsos temporales más breves. A partir de ahí, los periodos de tiempo fijados son muy variados -entre uno a siete años-¹⁰³, con independencia del concreto régimen de custodia atribuido, individual o compartida, y sin que ello venga siempre acompañado de un examen detallado de las concretas circunstancias familiares que justifique debidamente el límite temporal fijado¹⁰⁴. Es más, las únicas circunstancias a las que suelen atender los Tribunales aragoneses a la hora de determinar el plazo de duración del uso no son otras que las formuladas en el art. 83 CDFA a efectos de la fijación de asigna-

28 febrero 2012, núm. 285 de 22 mayo 2012, núm. 586 de 15 octubre 2013, núm. 520 de 6 noviembre 2013, núm. 556 de 26 noviembre 2013, núm. 88 de 25 febrero 2014, núm. 49 de 10 febrero 2015 -siempre que antes no se proceda a la liquidación efectiva del régimen consorcial, adjudicándose la vivienda familiar a uno de los litigantes o a un tercero-, núm. 166 de 14 abril 2015, núm. 179 de 21 abril 2015, núm. 278 de 2 junio 2015 y núm. 332 de 30 junio 2015.

¹⁰¹ SAP de Teruel de 28 marzo 2012 y SSAP de Zaragoza núm. 285 de 22 mayo 2021, núm. 158 de 19 marzo 2013, núm. 163 de 26 marzo 2013 y núm. 191 de 15 abril 2014.

¹⁰² Más precisas y partiendo de que «es preceptiva la limitación temporal», las SSAP de Huesca núm. 33 de 10 marzo 2015, núm. 259 de 20 diciembre 2012, núm. 147 de 10 julio 2014 y núm. 55 de 15 abril 2015 atribuyen el uso de la vivienda familiar a la madre custodia e hijos menores hasta que éstos cumplan los veintiséis años, salvo que éstos alcancen la independencia económica. Singularmente, la SAP de Huesca núm. 149 de 10 noviembre 2015 adelanta la fecha de extinción del uso al momento en que los hijos terminen su formación.

¹⁰³ Fijan el plazo de un año las SSAP de Huesca de 29 febrero 2012 y de 4 julio 2013 y las SSAP de Zaragoza núm. 101 de 11 marzo 2015, núm. 113 de 13 marzo 2015 y núm. 605 de 10 de diciembre 2015; el plazo de dos años, la SAP de Teruel de 20 mayo 2013 y las SSAP de Zaragoza núm. 369 de 16 julio 2013, núm. 375 de 29 julio 2014 y núm. 456 de 22 octubre 2014 -salvo que antes se proceda a su venta acordada en el pacto de relaciones familiares-; el plazo de tres años la STSJA de 30 abril 2013, las SSAP de Zaragoza núm. 627 de 20 diciembre 2013, núm. 629 de 20 diciembre 2013, núm. 113 de 13 marzo 2015, núm. 163 de 14 abril 2015, núm. 336 de 30 junio 2015, núm. 500 de 14 octubre 2015, núm. 535 de 10 noviembre 2015, núm. 542 de 10 noviembre 2015 y núm. 596 de 10 diciembre 2015 y la SAP de Teruel núm. 12 de 31 marzo 2015; el plazo de cuatro años, las SSAP de Zaragoza núm. 395 de 10 julio 2012, núm. 39 de 24 marzo 2015, núm. 299 de 16 junio 2015, núm. 351 de 7 julio 2015 y núm. 519 de 27 octubre 2015; el plazo de cinco años la SAP de Huesca de 17 diciembre 2012 -confirmada por la STSJA de 11 julio 2013- y las SSAP de Zaragoza núm. 70 de 12 febrero de 2013, núm. 119 de 6 marzo 2013, núm. 299 de 11 junio 2013, núm. 558 de 26 noviembre 2013, núm. 40 de 28 enero 2014 -calificando este plazo de adecuado para satisfacer el interés de los hijos menores-, núm. 61 de 11 febrero 2014, núm. 132 de 18 marzo 2014, núm. 167 de 8 abril 2014, núm. 262 de 10 junio 2014, núm. 335 de 15 julio 2014, núm. 286 de 9 junio 2015 y núm. 333 de 30 junio 2015; el plazo de seis años, las SSAP de Zaragoza núm. 212 de 20 abril 2012, núm. 314 de 18 junio 2013 y núm. 59 de 17 febrero 2015; y el plazo de siete años, las SSAP de Zaragoza núm. 90 de 19 febrero 2013 y núm. 272 de 28 mayo 2013.

¹⁰⁴ Entre las sentencias que adolecen de falta de argumentación sirvan de ejemplo, entre las más recientes, las SSAP de Zaragoza núm. 535 de 10 noviembre 201, núm. 605 de 10 diciembre 2015 núm. 655 de 22 diciembre 2015.

ción compensatoria –y, en especial, los recursos económicos de los progenitores y sus posibilidades de acceso al mercado de trabajo– junto al concreto régimen de propiedad de la vivienda familiar y, en su caso, su carga hipotecaria¹⁰⁵, pero –y aquí radica lo discutible– omitiendo en su inmensa mayoría una referencia específica a las concretas circunstancias de los hijos menores y, por ende, a su interés que, no se olvide, debe presidir este tipo de decisiones¹⁰⁶. Subyace así en estas decisiones la intención de conseguir un debido equilibrio entre los intereses patrimoniales de ambos progenitores, lo que sin duda, resulta muy plausible a fin de evitar situaciones de abuso de derecho. Y, en cualquier caso, no deja de ser cierto que al preservar la situación económica de ambos progenitores y, por ende, su necesidad de vivienda –como precisan algunas sentencias– se está garantizando indirectamente la necesidad de vivienda de los hijos. Pero, en cualquier caso, esta solución personalmente no me convence, porque parece estar primando criterios estrictamente económicos sobre el interés superior de los hijos menores, si ya no tanto a permanecer en la vivienda que fue familiar, al menos a seguir teniendo sus necesidades de habitación realmente –y no hipotéticamente– cubiertas hasta que alcancen la mayoría de edad. Y es que, a mi entender, el fundamento que realmente subyace en este tipo de medida es la de cubrir la necesidad de vivienda de los hijos, preferentemente la que fue familiar hasta la ruptura, pero admitiendo otra diferente siempre que cumpla las esenciales condiciones de habitabilidad y si ello es necesario para atender a las necesidades e intereses de sus progenitores¹⁰⁷. A partir de ahí, desde el momento en que los órganos judiciales aragoneses no tienen cobertura legal para admitir la atribución del uso de una vivienda distinta a la familiar ni para prorrogar el uso inicialmente concedido ¿queda suficientemente protegido el interés de los menores cuando se les atribuye el uso por periodos inferiores a su

¹⁰⁵ Vid. p.e. SSAP de Huesca núm. 221 de 29 noviembre 2013 y núm. 16 de 11 febrero 2014, y SSAP de Zaragoza núm. 70 de 12 febrero 2012, núm. 544 de 10 diciembre 2014, núm. 17 de 2 febrero 2015, núm. 95 de 3 marzo 2015, núm. 278 de 15 julio 2015, núm. 487 de 14 octubre 2015, núm. 500 de 14 octubre 2015, núm. 506 de 27 octubre 2015, núm. 506 de 27 octubre 2015, núm. 519 de 27 octubre 2015 y núm. 654 de 22 de diciembre 2015.

¹⁰⁶ Con todo, apelan con buen criterio al interés de los hijos a la hora de delimitar temporalmente el derecho de uso las SSAP de Zaragoza núm. 210 de 20 abril 2012, núm. 40 de 28 enero 2014, núm. 39 de 24 marzo 2015 y núm. 519 de 27 octubre 2015.

¹⁰⁷ Comparto así la opinión de A. L. CAMPO IZQUIERDO, *Uso de la vivienda familiar...*, cit., p. 15, quien haciéndose eco de las conclusiones de los *III* y *IV Encuentros de magistrados, jueces de familia, asociaciones de abogados de familia* celebrados respectivamente en 2008 y 2009, sostiene que la protección del interés del menor no pasa necesariamente por adjudicarle el uso de la que fue la vivienda familiar, sino por garantizarle un derecho de habitación digno en los periodos en que esté bajo el cuidado de cada progenitor para que ambos puedan ejercer su rol respectivo. Parecen participar asimismo, de este tesis más abierta, entre otros, M. I. DE LA IGLESIA MONJE, «Atribución judicial del derecho personal de uso de las segundas residencias o de viviendas distinta a la familiar tras la ruptura matrimonial», *RCDI*, núm. 737, 2013, pp. 1880-1881; M. CUENA CASAS, «Uso de la vivienda familiar...», cit., p. 16; M. J. SANTOS MORÓN, «La atribución del uso...», cit., pp. 21-22; y B. VERDERA IZQUIERDO, «Estudio de los últimos postulados...», cit., pp. 13-14.

mayoría de edad en previsión de una hipotética mejora de la situación económica de los padres? Entiendo que no. Con todo, es de valorar muy positivamente la solución adoptada por algunas sentencias consistente en acompañar el futuro cese del uso temporal de un correlativo incremento de la contribución de los gastos de asistencia a los hijos por parte del progenitor no asignatario del uso, a fin de compensar los nuevos gastos de habitación a asumir por el progenitor hasta entonces usuario¹⁰⁸.

La misma divergencia de planteamientos se apreciaba en aquellos casos en que, existiendo hijos mayores en formación, los órganos judiciales deciden mantenerlos en el uso de la vivienda familiar o, incluso, atribuírselo *ex novo*. Así, mientras unas sentencias extienden el uso hasta que aquéllos finalicen su formación o, incluso, hasta que alcancen su independencia económica –circunstancias en exceso indeterminadas, a mi entender, pese a la previsión contenida al respecto en el art. 69.1 CDFA–¹⁰⁹, hay otras que optan por fijar un periodo de tiempo inferior, sin que ello, de nuevo, se argumente debidamente en todo caso¹¹⁰.

¹⁰⁸ Puede citarse a este respecto la SAP de Zaragoza núm. 109 de 28 febrero 2012 que, aunque priva del uso de la vivienda familiar reconocido mediante pacto de relaciones familiares a la madre custodia e hija menor, por llevar más de siete años sin hacer uso de la misma, incrementa el montante de la pensión de alimentos de la hija a satisfacer por el progenitor no custodio; la SAP de Zaragoza núm. 568 de 26 noviembre 2013 que deja sin efecto la atribución en su momento del uso de la vivienda familiar (privativa del ex cónyuge) a la madre custodia, por haber pasado ésta a residir en otro domicilio con su nueva pareja, incrementa el importe de la pensión de alimentos a pagar por el progenitor no custodio; la SAP de Zaragoza núm. 212 de 7 mayo 2014 que supedita el cese de la atribución de la vivienda familiar (privativa del ex cónyuge) a la madre custodia e hijo menor a que el padre haga efectivo el incremento de la actual pensión de alimentos, argumentando para ello la necesidad de dotar al menor de una vivienda digna; la SAP de Zaragoza núm. 375 de 29 julio 2014 que, en una custodia compartida, atribuye el uso de la vivienda familiar a la madre e hijos menores durante dos años, transcurridos los cuales y siempre que la madre siga en situación de desempleo, la contribución del padre a los gastos de asistencia a los hijos se elevará de 130 a 200 euros por hijo, ya que la madre «habrá de acudir al alquiler de una vivienda, con la carga económica que ha de suponer»; la SAP de Zaragoza núm. 542 de 10 noviembre 2015 que, en una custodia individual, atribuye el uso de la vivienda familiar (privativa del padre) a la madre custodia y al hijo menor durante tres años, transcurridos los cuales el montante de la pensión de alimentos a pagar por el padre se incrementará de 175 euros a 300 euros, toda vez que el cese del derecho de uso «colocará a la madre e hijo en la necesidad de abonar nuevos gastos de habitación al carecer de una de su propiedad»; y la SAP de Zaragoza núm. 542 de 10 diciembre 2015 que atribuye el uso de la vivienda familiar (privativa del padre) a la madre custodia e hijo menor un plazo de tres años, a partir del cual la pensión de alimentos a pagar por el padre no custodio se elevará de 175 a 300 euros, a fin de compensar a la madre e hijo de «la necesidad de abonar nuevos gastos de habitación al carecer de una de su propiedad».

¹⁰⁹ STSJ de 21 octubre 2014 y SSAP de Zaragoza núm. 639 de 20 diciembre 2013 y núm. 392 de 28 julio 2015; mientras no terminen su formación académica. SAP de Huesca núm. 18 de 31 enero 2012 y SAP de Teruel núm. 84 de 7 noviembre 2014, confirmada por la STSA de 6 junio 2014; hasta su independencia económica.

¹¹⁰ SAP de Zaragoza núm. 503 de 14 octubre 2015 (diez años); STSJ de 11 junio 2014 (cuatro años); SAP de Zaragoza núm. 392 de 28 julio 2015 (3 años); STSJ de 21 octubre 2014 y SAP de Zaragoza núm. 372 de 14 julio 2015 (2 años).

Mayor uniformidad, sin embargo, manifiestan las decisiones judiciales a la hora de fijar la duración del derecho de uso atribuido bien al progenitor no custodio con base en el art. 81.2 CDFA, bien al cónyuge o conviviente más necesitado de protección en defecto de hijos a cargo por aplicación supletoria del art. 96.3 Cc. En tal caso, los plazos reconocidos son muy breves –oscilando fundamentalmente entre uno a tres años–¹¹¹, lo que, a mi entender, se encuentra plenamente justificado, como regla, por razones de equidad; ello sin perjuicio de que excepcionalmente pudiera resultar aconsejable su prórroga mientras persista la necesidad del beneficiario del uso y dicha necesidad sea mayor a la del otro¹¹².

En todo caso, el vencimiento del plazo fijado, ya sea en virtud de pacto de relaciones familiares o por el Juez, conlleva la extinción automática del derecho de uso sobre la vivienda familiar, sin posibilidad de prórroga, a fin de que su titular o titulares –de serlo ambos progenitores– puedan decidir acerca del destino de la vivienda familiar en atención a su naturaleza común o privativa¹¹³. Pero, ¿ello implica que el progenitor asignatario del uso debe desalojar inmediatamente la vivienda familiar una vez extinguido éste? Y en caso afirmativo, ¿cómo ha de tramitarse ese desalojo, de no querer abandonarla aquél voluntariamente?

La primera de las cuestiones planteadas se manifiesta especialmente compleja cuando la titularidad de la vivienda familiar corresponde a ambos progenitores; de hecho, carece de respuesta unánime en la jurisprudencia menor, sin que de momento haya un pronunciamiento al respecto por el TSJA a fin de unificar doctrina. Así, la mayoría de las resoluciones consultadas coinciden en ordenar el inmediato desalojo de la vivienda familiar –ya sea privativa del progenitor no beneficiario del uso o propiedad de ambos– por parte del progenitor asignatario del uso, una vez que haya cesado en el mismo por el transcurso del plazo señalado¹¹⁴. Sin embargo, hay otra línea jurisprudencial que matiza este criterio para el caso de que la vivienda familiar pertenezca en pro indiviso a ambos progenitores, declarando la improcedencia de desalojar al progenitor beneficiario del derecho de uso cuando fine éste, habida cuenta del derecho de copropiedad que ampara su posesión; ello sin perjuicio de que el otro comunero pueda ejercitar las accio-

¹¹¹ Esta jurisprudencia se encuentra reseñada en las notas 88 y 89.

¹¹² Discrepo así de la posible atribución con carácter indefinido del derecho de uso que respecto a los matrimonios sin hijos parece propugnar excepcionalmente B. VERDERA IZQUIERDO, «Estudio de los últimos postulados...», cit., p. 44, con base en jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

¹¹³ De hecho, en lo que hace a los restantes Derechos civiles territoriales, así lo prevén expresamente el art. 223-24.d CCC y el art. 12.11.f LVRE.

¹¹⁴ Vid. asimismo las SSAP de Zaragoza núm. 369 de 16 julio 2013, núm. 435 de 24 septiembre 2013, núm. 479 de 15 octubre 2013, núm. 486 de 15 octubre 2013, núm. 447 de 27 septiembre 2013, núm. 486 de 15 octubre 2013, núm. 501 de 29 octubre 2013, núm. 430 de 15 octubre 2015, núm. 328 de 30 junio 2105 y núm. 360 de 14 julio 2015.

nes que procedan en orden a modular el uso conjunto de la cosa común *ex art.* 394 Cc o, en su caso, solicitar su división *ex art.* 400 Cc¹¹⁵. Aunque la cuestión es muy discutible, me parece más equitativa para los intereses de ambos progenitores la primera de las soluciones expuestas. Entiendo así que, una vez transcurrido el plazo del derecho familiar de uso y, por ende, extinguido éste, el progenitor afectado habrá de abandonar la vivienda familiar, a fin de que el otro progenitor pueda recuperar su posesión –exclusiva o compartida, según la vivienda sea privativa suya o consorcial o común–. Por añadidura, en defecto de desalojo voluntario, éste habrá de verificarse por vía de ejecución de sentencia, sin necesidad de acudir a un proceso ulterior, como, de hecho, así lo han previsto las normas catalana y vasca¹¹⁶.

C) La distribución de los gastos generados por la vivienda familiar durante la vigencia del derecho de uso

Es obvio que, cuando la vivienda familiar pertenece a ambos progenitores –bien con carácter consorcial o en régimen de pro indiviso–, la aplicación de los criterios del art. 81 CDFA determina la privación del uso a uno de los progenitores durante todo el tiempo que se mantenga la medida, salvo que excepcionalmente el Juez decida acordar la atribución del uso alterno a ambos. Lo mismo sucede en caso de que la vivienda sea privativa de uno sólo de los cónyuges o convivientes y se atribuya su uso al otro.

Ello obliga a dilucidar a cuál de los dos corresponde el pago de los gastos que genere la vivienda familiar mientras se mantenga tal uso. Carente esta cuestión de solución legal expresa –como hubiera sido oportuno–, han sido los órganos judiciales los que se han ocupado de fijar unas pautas al respecto¹¹⁷, distinguien-

¹¹⁵ Así, la SAP de Zaragoza núm. 363 de 22 julio 2014 se expresa en los siguientes términos: «tratándose de bienes en comunidad o copropiedad, en los que, por más que haya cesado el uso atribuido a uno, ambos titulares tienen el derecho de propiedad sobre la cosa, el art. 394 Cc dispone que cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes, disponiendo de ellas conforme a su destino y sin perjudicar el interés de la comunidad, ni impedir a los copartícipes utilizarlas según su derecho. Esto es, los jueces y tribunales que conocen el Derecho de familia se limitan a adoptar las medidas que el mismo prevé, una de ellas la referida al uso de la vivienda familiar (art. 81 CDFA y 96 CC), pero el que se haga uso de ella una vez finalizado el tiempo por el que se atribuyó no está amparado por esta regulación, debiendo las partes acudir a las acciones previstas en la normativa propia del régimen de comunidad que ofrece posibilidades varias». Siguen asimismo esta doctrina la SSAP de Zaragoza núm. 33 de 28 enero 2014, núm. 408 de 30 septiembre 2014 y núm. 16 de 19 enero 2016.

¹¹⁶ Art. 223-24.3 CCC y del art. 12.12 LVRF. Vid. a este respecto M. YSÀS SOLANES, ¿Han cambiado los criterios de atribución...?, cit., p. 1681.

¹¹⁷ Vid., entre otras, la STSJ de 15 diciembre 2011 y, en la jurisprudencia menor, las SSAP de Huesca núm. 259 de 20 diciembre 2012 y núm. 55 de 15 abril 2015, y las SSAP de Zaragoza núm. 202 de 11 abril 2012, núm. 265 de 15 mayo 2012, núm. 395 de 23 julio 2013, núm. 520 de 6 noviembre 2013, núm. 526 de 12 noviembre 2013, núm. 578 de 3 diciembre 2013, núm. 88 de 25 febrero 2014,

do a tal efecto entre los gastos derivados de la titularidad de la vivienda y los generados por su uso, con un planteamiento muy equitativo y, por lo demás, coincidente en buena medida con el de los Derechos civiles territoriales que se han ocupado del tema¹¹⁸. Así, las sentencias consultadas coinciden en atribuir los gastos vinculados a la titularidad de la vivienda (tales como las cuotas del préstamo hipotecario, los gastos extraordinarios de la comunidad, los seguros y los impuestos, entre ellos el IBI) al progenitor o progenitores titulares de la vivienda –en este último caso en proporción a sus respectivos porcentajes en la titularidad dominical: SAP de Zaragoza núm. 331 de 8 julio 2014–, independientemente de cuál de los dos se haya atribuido su uso. En cambio, los gastos generados por el uso de la vivienda (tales como los gastos de comunidad ordinaria y los relativos a suministros) se asignan exclusivamente al progenitor beneficiario del derecho de uso¹¹⁹.

núm. 110 de 6 marzo 2014, núm. 518 de 2 diciembre 2014, núm. 101 de 11 marzo 2015, núm. 119 de 17 marzo 2015, núm. 291 de 9 junio 2015, núm. 332 de 30 junio 2015, núm. 333 de 30 junio 2015 y núm. 336 de 30 junio 2015, núm. 351 de 7 julio 2015, núm. 408 de 28 julio 2015, núm. 487 de 14 octubre 2015, núm. 506 de 27 octubre 2015, núm. 535 de 10 noviembre 2015, núm. 596 de 10 diciembre 2015 y núm. 661 de 29 diciembre 2015.

¹¹⁸ Regulan expresamente esta cuestión el art. 233-23 CCC y el art. 12.9 LVRF. Así, ambos preceptos imponen al progenitor beneficiario del derecho de uso el desembolso de los gastos ordinarios de conservación y reparación de la vivienda –incluidos los de comunidad– los suministros y las tasas e impuestos de devengo anual. En cambio, las obligaciones contraídas por razón de su adquisición o mejora, incluidos los seguros vinculados a esta finalidad –y los préstamos hipotecarios, añade la LVRF–, habrán de satisfacerse por las partes conforme a lo dispuesto en el título constitutivo. No obstante, como advierte A. SEISDEDOS MUÑO, «La atribución del uso...», cit., p. 160, dos cuestiones plantea esta fórmula legal: la primera, referente a quién corresponde el pago de los gastos extraordinarios; y la segunda, atinente a qué sucede en general con los gastos derivados de la vivienda en caso de que se opte por el uso alterno de la misma por ambos progenitores.

Una previsión similar –que no idéntica– a las normas catalana y vasca contiene el proyectado art. 96.5 Cc en su redacción dada por el ACP 2014 (art. 8). Así, atribuye el pago de los gastos ordinarios de conservación y reparación de la vivienda –incluidos los de comunidad– los suministros y las tasas al cónyuge beneficiario del uso; siendo los gastos extraordinarios, los impuestos y arbitrios, los préstamos hipotecarios o cualquier otra obligación contraída por razón de su adquisición o mejora –incluidos los seguros vinculados a esta finalidad– a cargo de uno o ambos cónyuges de acuerdo con lo dispuesto en el título.

¹¹⁹ En concreto, respecto a los gastos de hipoteca y ulterior liquidación de la vivienda familiar interesa reproducir la siguiente declaración de la SAP de Zaragoza núm. 123 de 12 marzo 2014: «El pago del préstamo hipotecario resulta esencial para la conservación de la vivienda familiar, resultando adecuado y equitativo que en su liquidación se reintegre al partícipe que mayor aportación efectuó en su adquisición, de la que se ha beneficiado el otro». Por lo que hace a los gastos de comunidad y suministros la SAP de Zaragoza núm. 487 de 15 octubre 2013 sienta la doctrina según la cual, «es obvio que si las cuotas ordinarias de comunidad tienen por objeto la cobertura de una serie de servicios que tan sólo benefician de modo directo y personal a aquel que ostenta el derecho exclusivo de uso, es sobre la usuaria sobre quien en justa correspondencia han de recaer los gastos inherentes

D) La posibilidad de acordar judicialmente la venta de la vivienda familiar (art. 81.4 CDFA)

Una previsión singular del Derecho civil aragonés radica en la facultad atribuida al Juez de acordar judicialmente la venta de la vivienda familiar, siempre que concurren los presupuestos contemplados en el art. 81.4 CDFA. En primer lugar, «que el uso de la vivienda familiar sea a título de propiedad de los progenitores». Y en segundo término, «que su venta sea necesaria para garantizar unas adecuadas relaciones familiares y para que cada progenitor pueda hacer frente a sus necesidades de alojamiento y las de sus hijos».

De nuevo, el legislador aragonés incurre en una falta de concreción, a mi juicio, innecesaria¹²⁰. Se impone, por consiguiente, un examen por separado de ambos presupuestos, sirviéndonos para ello de la jurisprudencia vertida hasta el momento, a fin de tratar de delimitar en qué concretos supuestos es factible que el Juez acuerde la venta de la vivienda familiar, en lugar de atribuir su uso a uno o ambos progenitores.

1º. «Que el uso de la vivienda familiar sea a título de propiedad de los progenitores»

El primer requisito, tal y como se formula en el art. 81.4 CDFA, parece que ha de interpretarse en el sentido que el Juez sólo puede acordar la venta de la vivienda familiar en aquellos casos en que ésta sea de titularidad conjunta de ambos progenitores y, más concretamente, cuando ésta les pertenezca a título de propiedad.

En cambio, según advierte la SAP de Zaragoza núm. 296 de 28 junio 2013, cuando la vivienda familiar sea titularidad exclusiva de uno de los progenitores, la atribución del uso al no titular no priva de la facultad de libre disposición a su propietario, desde el momento que el CDFA no contiene una limitación de dis-

a la ocupación del inmueble [...] al igual que los suministros de la vivienda familiar, sufragando el propietario las derramas extraordinarias».

Nótese, por lo demás, que los mismos parámetros sigue la jurisprudencia valenciana, en ausencia, asimismo, de previsión normativa al respecto en la LaVRF, según hacen constar J. R. DE VERDÁ BEHAMONTE y P. J. MARTÍNEZ CARLOS, «La Ley 5/2011, de 1 de abril», cit., pp. 95-95, con cita de numerosas sentencias al respecto. Y lo mismo puede decirse el Tribunal Supremo en su reinterpretación del art. 96 Cc: SSTs de 28 marzo 2011 y de 20 marzo 2013 (doctrina: el pago de las cuotas del préstamo hipotecario debe ser resuelto de acuerdo con el régimen económico correspondiente a cada matrimonio, con independencia de a cuál de los cónyuges se asigne su uso) y STS de 25 septiembre 2014 (doctrina: los gastos de comunidad son a cargo del ex cónyuge usuario).

¹²⁰ Como ya advirtió en su momento M. CASTILLO BAREA, «Notas sobre la guarda y custodia...», cit., p. 146.

poner similar a la del art. 96.4 Cc¹²¹. Ahora bien, en tal caso el comprador adquirirá la vivienda con el gravamen del derecho de uso del progenitor no titular¹²².

Es más, en caso de que la vivienda familiar pertenezca en régimen de pro indiviso a ambos progenitores, la atribución del uso a uno de ellos no impedirá al otro condueño solicitar la división de la cosa común *ex* art. 400 Cc. No obstante lo anterior, el ejercicio de la acción de división no extinguirá el derecho de uso atribuido a uno de los progenitores, de tal manera que, de acuerdo con la precitada sentencia será igualmente oponible a los terceros adquirentes; planteamiento que comparte la SAP de Zaragoza núm. 470 de 10 octubre 2013.

Y es que, según argumenta la Audiencia –haciendo suya la doctrina del Tribunal Supremo: entre otras, SSTs de 8 mayo 2006, de 14 enero 2010, de 18 enero 2010 y de 27 febrero 2012– resulta necesario distinguir los dos planos de eficacia del derecho de uso de la vivienda familiar: uno *inter partes*, en el entorno familiar y otro *ad extra*, frente a terceros posibles adquirentes del bien. Así, en el primer plano, «nos encontramos no ante un derecho real, sino de carácter familiar (personal), cuya titularidad corresponde al cónyuge o miembro de la pareja al que se lo atribuya» la sentencia correspondiente. Ese derecho de uso no impide la transmisión de la vivienda familiar sobre la que aquél recae, de tal modo que podrá disponerse de la misma favor de un tercero ésta o, si hay copropiedad, ejercitar la acción de división de la cosa común, si bien «el titular de aquel derecho familiar de naturaleza personal puede oponerlo a terceros adquirentes; de ahí su *inscribibilidad* en el Registro de la Propiedad»¹²³. Aplicando la doctrina trans-

¹²¹ Como es sabido, el art. 96.4 Cc requiere el consentimiento de ambas partes o, en su defecto, autorización judicial para disponer de la vivienda familiar cuyo uso corresponda al cónyuge no titular; previsión que se mantiene en su nueva redacción dada por el ACP 2014 si bien imponiendo novedosamente al disponente la obligación de poner en conocimiento del juzgado la nueva residencia de los hijos (proyectado art. 96.7 Cc). La misma regla formula el art. 12.14 LVRE.

¹²² La misma doctrina subyace en la SAP núm. 363 de 14 julio 2015 que, en un supuesto de vivienda familiar privativa del progenitor no adjudicatario del uso que ha sido adquirida por un tercero en un proceso de ejecución hipotecaria, desestima la pretensión de su antiguo titular de que se declare la extinción de tal derecho de uso atribuido anteriormente a la ex cónyuge e hijo menor, argumentando lo que sigue: «Sobre el uso de la vivienda familiar, la sentencia de instancia lo atribuye a la demandada e hijo hasta el 30 junio 2016 [...] el juzgado de instancia ya tuvo en cuenta la existencia de un procedimiento de ejecución hipotecaria, al parecer consta su adjudicación a favor de un tercero y con expresa indicación del derecho de uso a favor de la demandada, por lo que procede mantener la decisión indicada por el juzgado de instancia a salvo los derechos del adjudicatario en su caso y hasta en tanto no se produzca el efectivo cese de la posesión de la vivienda». Con todo, como señala certeramente M. YSÁS SOLANES, M.: ¿Han cambiado los criterios de atribución...?, cit., p. 1688, difícilmente en la práctica será factible esta hipótesis, en cuanto conlleva la imposición de una carga (el derecho de uso) a un tercero que restará valor al inmueble adquirido.

¹²³ En lo que atañe a los restantes Derechos civiles territoriales, prevé expresamente la *inscribibilidad* en el Registro de la Propiedad del derecho de uso de la vivienda familiar el CCC en su art. 233-22 en relación con el art. 233-24. Este último precepto, referido a la posibilidad de solicitar la cancelación registral del derecho de uso inscrito tras su extinción, ha sido ulteriormente reproducido

crita al supuesto enjuiciado, la Audiencia entiende que el derecho de uso concedido a la madre custodia no constituye obstáculo para proceder a la división de la cosa común, si bien tal derecho será oponible a los terceros adquirentes¹²⁴.

En definitiva, para ninguno de estos supuestos se contempla la facultad judicial de acordar la venta de la vivienda familiar como efecto de la ruptura, porque el titular exclusivo o copropietario de la vivienda siempre podrá venderla libremente –de ser privativa suya– o ejercitar la acción de división de la cosa común –de pertenecerle en pro indiviso–, aunque por ello no se extinga el derecho de uso atribuido al otro progenitor¹²⁵. Ello sin perjuicio del derecho del tercero –que no del antiguo titular– a solicitar el cese del uso asignado en base a la existencia de circunstancias sobrevenidas relevantes que justifiquen su no mantenimiento (SAP de Zaragoza núm. 470 de 10 octubre 2013)¹²⁶ o, en su caso, el desalojo de la vivienda cuando fine el plazo de duración para el que ha sido concedido (SAP núm. 363 de 14 julio 2015).

De ello resulta, por consiguiente, que la posibilidad de acordar judicialmente la venta de la vivienda familiar ha de circunscribirse al supuesto de que los progenitores estén casados bajo el consorcio conyugal y particularmente la vivienda familiar tenga la condición de bien consorcial por aplicación de lo dispuesto en

por LVRF en su art. 12.13 *in fine*; no así –como hubiera sido razonable– el tenor del art. 233-22 que predica específicamente su carácter inscribible. Lo mismo puede decirse del proyectado art. 96.8 Cc en su redacción dada por el ACP 2014.

¹²⁴ En fechas más recientes acoge esta doctrina la SAP de Huesca núm. 140 de 30 junio 2014 que acuerda, a instancia de la madre, la división de la comunidad ordinaria que ambos progenitores ostentaban sobre la vivienda familiar, si bien atribuye su uso al padre no custodio mientras no se lleve a cabo su «venta en pública subasta» con arreglo a lo dispuesto en el art. 404 Cc, por considerar «su interés más necesitado de protección».

¹²⁵ Para profundizar sobre el tema pueden consultarse los trabajos de A. I. BERROCAL LANZAROT, «La vivienda familiar y la acción de división de la cosa común», *RCDI*, núm. 734, 2012, pp. 3458-3508; y M. GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, «La oponibilidad del derecho de la vivienda familiar», *RCDI*, núm. 737, 2013, pp. 1893-1911. Adviértase que, por lo que hace a los restantes Derechos civiles territoriales, el art. 233-25 CCC ha optado por reconocer al titular de la vivienda familiar la facultad de libre disposición sobre la misma, sin que sea necesario, por consiguiente, el consentimiento del cónyuge adjudicatario ni autorización judicial; si bien previendo en tal caso la pervivencia del derecho de uso atribuido al cónyuge no titular y, en su caso, a los hijos.

¹²⁶ En concreto, en un supuesto de vivienda común de ambos cónyuges que ha sido objeto de la acción de división de la cosa común por el progenitor no asignatario del uso, la SAP de Zaragoza núm. 470 de 10 octubre 2013 desestima la demanda de modificación de medidas presentada por éste solicitando la extinción del derecho de uso atribuido en su momento a su ex cónyuge, por considerar que el único legitimado para pedir el cese de tal derecho es el tercero que obtuvo en subasta pública la vivienda «con pleno conocimiento de la carga familiar existente a la fecha de su adjudicación», debiendo acudir a tal objeto «al procedimiento pertinente, en base a la existencia de circunstancias sobrevenidas y que justifiquen el no mantenimiento del uso asignado».

los art. 210, 215 y 217 CDFA¹²⁷. En tal caso, una vez dictada la sentencia de separación, nulidad o divorcio, se producirá la disolución del consorcio conyugal de pleno derecho *ex* art. 244 CDFA. Será entonces cuando el Juez, sin tener que esperar a la liquidación del consorcio conyugal, podrá hacer uso de la facultad que le otorga el art. 81.4 CDFA y acordar la venta de la vivienda familiar si lo estima necesario para unas adecuadas relaciones familiares.

2º. «Que su venta sea necesaria para garantizar unas adecuadas relaciones familiares y para que cada progenitor pueda hacer frente a sus necesidades de alojamiento y las de sus hijos»

Por lo que hace al segundo requisito, la fórmula legal transcrita debe entenderse en el sentido de restringir, como regla, la facultad del Juez de acordar la venta a los supuestos de custodia compartida, no así a los de custodia individual, como así se viene sosteniendo por la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Y es que, como argumenta el Tribunal Superior de Aragón en sus sentencias de 13 julio 2012 y de 4 enero 2103¹²⁸, si se interpretase que cabe acordar la venta de la vivienda familiar en una custodia individual, quedaría vacío de contenido el art. 81.1 CDFA que ordena la atribución del uso (temporal) al progenitor custodio, a no ser que éste tenga sus necesidades de vivienda y las de sus hijos cubiertas de otro modo¹²⁹.

Ello no obsta a que se acuerde judicialmente la venta de la vivienda familiar para el momento en que finalice el plazo de atribución del uso concedido al progenitor custodio, como revela la lectura de la jurisprudencia. De hecho, así sucede en la SAP de Zaragoza núm. 57 de 7 febrero 2012, confirmatoria de la de primera instancia que atribuye a la madre custodia el uso de la vivienda familiar, si bien limitado a la fecha de la liquidación del consorcio conyugal y, en todo caso, acuerda que transcurridos dos años desde la fecha de la sentencia sin que se haya repartido el patrimonio consorcial se ponga a la venta de forma inmediata; o en la SAP de Zaragoza núm. 132 de 18 marzo 2014 que, igualmente confirma el fallo de primera instancia, no exento de complejidad, ya que acuerda la custodia compartida y atribuye el uso de la vivienda familiar a la madre e hijas por un primer periodo de cinco años, transcurrido el cual habrán de proceder

¹²⁷ Como igualmente sostienen E. MOLINS GARCÍA-ATANCE, «La regulación de la atribución del uso...», cit., pp. 343-344; y J. A. SERRANO GARCÍA, «Comentario al art. 81 CDFA», cit., p. 201.

¹²⁸ En la jurisprudencia menor se hace eco de esta doctrina la SAP de Zaragoza núm. 563 de 17 noviembre 2015.

¹²⁹ De hecho, así sucede en las SSAP de Zaragoza núm. 190 de 15 abril 2014, núm. 156 de 31 marzo 2015 y núm. 352 de 7 julio 2015. Con todo, de este planteamiento diverge la SAP de Zaragoza núm. 613 de 10 diciembre 2015 que renuncia a atribuir el uso de la vivienda familiar a la madre custodia y los dos hijos menores y, en su lugar, autoriza su venta, por carecer de condiciones de *habitabilidad*. No obstante, a fin de garantizar las necesidades de vivienda de aquéllos, impone al padre una pensión de alimentos de 700 euros.

a su venta; pero, de no verificarse ésta, el uso se atribuye al padre e hijas por un segundo periodo de idéntica duración, transcurrido el cual deberá ponerse a la venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños¹³⁰.

Es más, según matiza la STSJA de 4 enero 2103, en el caso de custodia compartida sólo será posible acordar la venta de la vivienda familiar de modo inmediato o en fecha muy próxima a la correspondiente sentencia de nulidad, separación o divorcio¹³¹.

Y por añadidura, ello siempre que el Juez considere que ello es necesario para unas adecuadas relaciones familiares, conforme a lo dispuesto en el art. 81.4 CDA. Recuérdese que este criterio está también presente de modo subsidiario en la atribución del uso de la vivienda familiar tanto en la custodia individual como compartida, pero lo cierto es que aquí se configura con mayor precisión en cuanto se vincula a un dato objetivo como es el relativo a que ambos progenitores y sus hijos tengan –o puedan tener– cubiertas sus necesidades de alojamiento.

Obviamente, la apreciación de tal necesidad está dentro de los márgenes de discrecionalidad y equidad que corresponden al juzgador de instancia, sin que sea revisable en casación, tal y como advierten las SSTSJA de 4 enero 2013 y de 11 julio 2013. Con todo, según ha podido constatar en el examen de la jurisprudencia menor, los Tribunales aragoneses se muestran muy cautos a la hora de valorar esta necesidad y, por ende, autorizar la venta de la vivienda familiar, ya no sólo cuando otorgan la custodia individual a uno de progenitores, sino también en los casos de custodia compartida. Este criterio me parece acertado, ya que, a mi entender, sólo es posible autorizar la venta de la vivienda familiar si así lo aconsejan los diferentes intereses concurrentes y, entre ellos, y como preferente, el de los hijos. Ocurre, sin embargo, que algunas de las sentencias examinadas fundamentan su decisión favorable (o no) a la venta de la vivienda familiar exclusivamente en el dato de la situación económica de los progenitores, omitiendo cualquier otra circunstancia que permita apreciar debidamente la situación familiar en su conjunto y, en particular, si queda debidamente atendido el interés de los hijos a cargo. Con todo, hay otras resoluciones que, con buen criterio, atienden al dato decisivo de la disponibilidad de otra vivienda alternativa que permita satisfacer las necesidades de habitación de los progenitores y los hijos.

En particular, autorizan excepcionalmente la venta de la vivienda familiar por considerar esta solución la más adecuada para las relaciones familiares las

¹³⁰ Junto a las sentencias reseñadas, imponen, asimismo, la venta de la vivienda familiar una vez extinguido el derecho de uso, entre otras, las SSAP de Zaragoza núm. 586 de 15 octubre 2013, núm. 501 de 29 octubre 2013, núm. 526 de 12 noviembre 2013, núm. 573 de 3 diciembre 2013, núm. 161 de 31 marzo 2014, núm. 506 de 25 noviembre 2014 y núm. 17 de 27 enero 2015.

¹³¹ Doctrina que acoge la SAP de Zaragoza núm. 247 de 9 mayo 2013.

sentencias que se reseñan a continuación, todas ellas procedentes de la Audiencia Provincial de Zaragoza. Así, la SAP de Zaragoza núm. 132 de 13 marzo 2012 confirma el fallo de primera instancia que atribuye la custodia individual a la madre y deniega el uso de la vivienda familiar al progenitor no custodio para, en su lugar, autorizar su venta, salvo que los litigantes decidan darle otro destino de mutuo acuerdo, en atención esencialmente a la situación patrimonial de los litigantes (que no aclara). La SAP de Zaragoza núm. 640 de 20 diciembre 2013 revoca el pronunciamiento de primera instancia favorable a mantener en el uso de la vivienda familiar (común) al padre no custodio durante dos años, para, en su lugar, acordar su venta, habida cuenta que, mientras éste ostenta la titularidad de otra vivienda, la madre custodia y los hijos residen en una vivienda de alquiler. Por su parte, la SAP de Zaragoza núm. 190 de 15 abril 2014 deja sin efecto la atribución en su momento del uso de la vivienda familiar a la madre custodia e hijo menor, para autorizar su venta, en atención a la desigual situación económica de los progenitores que se traduce en los siguientes datos: el padre ha experimentado un fuerte descenso en sus ingresos y vive en casa de su madre, haciéndose cargo de la pensión de alimentos del hijo y del 50% de la hipoteca que grava la vivienda familiar, así como del 50% de los gastos de comunidad; en cambio, la situación económica de la madre es más sólida, toda vez que no sólo tiene sus ingresos como autónoma, sino que además es copropietaria de tres viviendas, aparte de la familiar. La SAP de Zaragoza núm. 156 de 31 marzo 2015 acuerda la custodia compartida y deniega el uso de la vivienda familiar a ambos progenitores, para, en su lugar, autorizar su venta, en atención a los importantes gravámenes que soportan ambos y, en especial la madre custodia, quien, por añadidura, no necesita la vivienda familiar, al disponer de otra heredada de su hermana, el pago de cuyo préstamo hipotecario ha sido asumido por sus padres. Por último, la SAP de Zaragoza núm. 352 de 7 julio 2015 atribuye la custodia individual a la madre y acuerda la inmediata venta de la vivienda familiar, en atención a la circunstancia del cambio de trabajo y residencia por parte de aquella con sus hijos a una localidad distinta a aquella donde radica la vivienda familiar.

Por contra, son muy numerosas las sentencias que deniegan la venta de la vivienda familiar por no estimarlo necesario para unas adecuadas relaciones familiares. Entre éstas puede mencionarse la SAP de Zaragoza núm. 249 de 3 junio 2014 que, en una custodia individual mantiene en el uso de la vivienda familiar al progenitor no custodio, tal y como fue acordado en su momento en virtud de pacto de relaciones familiares con base en el cambio de domicilio de la madre custodia e hijos, ya que no hay alteración alguna que justifique su revocación ni es necesaria su venta para unas adecuadas relaciones familiares¹³². O la

¹³² Comparten, asimismo, el criterio contrario a la venta de la vivienda familiar las SSAP de Zaragoza núm. 131 de 13 marzo 2012, núm. 210 de 20 abril 2012 y núm. 336 de 30 junio 2015 y la

SAP de Zaragoza núm. 247 de 9 mayo 2013 que, en una custodia compartida, deniega la venta de la vivienda familiar por falta de prueba suficiente acerca de que la venta instada por uno de los progenitores custodios sea necesaria para unas adecuadas relaciones familiares, «no valiendo decir simplemente a estos efectos que la venta o arrendamiento de la vivienda aseguraría la vida independiente de cada uno de los progenitores»; la Audiencia va más allá no autorizando tampoco la venta de una plaza de garaje, ya que, teniendo la condición de anejo de la vivienda familiar, su venta supondría la devaluación de la misma¹³³.

Por último, un pronunciamiento singular en este entramado jurisprudencial lo constituye la SAP de Zaragoza núm. 16 de 19 enero 2016 que confirma el fallo del juzgador de primera instancia favorable a acordar judicialmente la venta de la vivienda familiar en un caso de divorcio sin descendencia. Lo cierto es que esta solución no tiene apoyo normativo expreso en el art. 81.4 CDFA, en cuanto que sus arts. 75 y ss. están previstos exclusivamente para regular las consecuencias de la ruptura cuando existen hijos a cargo (STSJA de 16 octubre 2015); pero tam-

SAP de Huesca núm. 55 de 15 abril de 2015, habiendo atribuido todas ellas la custodia individual a uno de los progenitores. En particular, la SAP de Zaragoza núm. 131 de 13 marzo 2012 atribuye la custodia individual a la madre y deniega la venta de la vivienda familiar, argumentando para ello que «estando alquilada dicha vivienda, no se entiende qué beneficio puede plantear su venta, dada la situación actual del mercado inmobiliario, en todo caso es una situación a valorar de común acuerdo entre las partes, sin que en este momento se entienda aconsejable». La SAP de Zaragoza núm. 210 de 20 abril 2012 atribuye a la madre tanto la custodia individual como el uso de la vivienda familiar, no autorizando su venta –como pretende el padre–, por entender que ello no contribuiría a unas adecuadas relaciones familiares y además resultaría una medida contraria al interés de la propia hija, en atención a las circunstancias económicas de ambos –que no precisa–, su falta de disponibilidad de otra vivienda y la corta edad de la menor. La SAP de Zaragoza núm. 336 de 30 junio 2015 atribuye la custodia individual al padre, así como el uso de la vivienda familiar durante tres años, desestimando la pretensión de la madre de que se acuerde su venta, ya que «no se estima la mejor solución para favorecer las relaciones familiares», muy conflictivas entre la madre y el hijo. Por último, también en una custodia individual a favor del padre, la SAP de Huesca núm. 55 de 15 abril de 2015 de modo muy discutible, deniega la venta de la vivienda familiar solicitada por la madre no custodia, para, en su lugar, atribuir al padre custodio durante un largo lapso temporal –hasta que la hija cumpla los veintiséis años–, invocando el «beneficio de la hija común», pero prescindiendo de la circunstancia de que el padre es propietario de otra vivienda –entre otros inmuebles–, no así la madre que, por añadidura, se encuentra en tratamiento por alcoholemia.

¹³³ Comparten, asimismo, el criterio desfavorable a la venta de la vivienda familiar, pese a optar por la custodia compartida la SAP de Huesca núm. 16 de 11 febrero 2014 y la SAP de Zaragoza núm. 487 de 14 octubre 2015. En particular, la SAP de Huesca núm. 16 de 11 febrero 2014, estimando parcialmente una demanda de modificación de medidas presentada por el padre, le otorga la custodia compartida, pero deniega la venta de la vivienda familiar solicitada por aquél por no considerarla necesaria para unas adecuadas relaciones familiares, para, en su lugar, mantener en su uso a la madre hasta la mayoría de edad del menor de sus hijos, habida cuenta de los escasos recursos económicos de aquélla en comparación con los del demandante. Con los mismos argumentos, junto al relativo a la necesidad de garantizar a una menor el acceso a una vivienda en los periodos que esté bajo la guarda de su madre, la SAP de Zaragoza núm. 487 de 14 octubre 2015 reconoce a ésta un derecho de uso de la vivienda familiar durante tres años, sin que sea posible, como pretende el padre, acceder a su venta inmediata.

poco en el art. 96 Cc –precepto al que, como ha podido constatarse con anterioridad, acuden supletoriamente los Tribunales aragoneses de no haber hijos a cargo–, toda vez que su aptdo. 4 únicamente impone una limitación de disponer al cónyuge titular cuando se atribuya el uso al cónyuge no titular más necesitado de protección, lo que no es el caso, dado el carácter «común» de la vivienda familiar. Por ello, hubiera sido deseable que la sentencia ofreciese algún tipo de argumentación a fin de fundamentar esta decisión, difícilmente comprensible y más, cuando en los términos en que se expresa, parece que la vivienda familiar pertenecía a los cónyuges en régimen de pro indiviso, y no consorcial, lo que aún hace más difícil si cabe la extensión a este supuesto de la previsión del art. 81.4 CDFA.

III. MEDIDAS SOBRE EL AJUAR FAMILIAR

Junto a las previsiones en materia de vivienda familiar, el CDFA no renuncia a pronunciarse sobre el destino del ajuar familiar en caso de ruptura de matrimonio o pareja con hijos a cargo.

De este modo, según resulta del art. 77.2.d CDFA, en principio corresponde a los progenitores acordar lo relativo a su destino en virtud del pacto de relaciones familiares; pacto cuya eficacia estará supeditada también en lo concerniente a este extremo a la correspondiente aprobación judicial, en atención a lo dispuesto en el aptdo. 4 del mismo precepto¹³⁴.

Sólo en defecto de pacto o de no haber sido aprobado por el Juez, es a éste al que compete unilateralmente decidir sobre esta cuestión conforme a las pautas del art. 81.5 CDFA. En particular, este precepto regula el destino del ajuar familiar, estableciendo reglas diferentes en función de que el uso de la vivienda familiar sea (o no) atribuida a uno de los progenitores¹³⁵.

Así, para el primer supuesto el art. 81.5, 1ª parte CDFA prevé la permanencia del ajuar familiar en la vivienda familiar –según entiendo– al objeto de que el progenitor e hijos a quien se ha atribuido la vivienda familiar disfruten de un

¹³⁴ Con todo, la lectura de la jurisprudencia es muy poco clarificadora al respecto, en cuanto no recoge los acuerdos a los que puedan haber llegado los progenitores sobre el ajuar familiar. Son preceptos concordantes en los Derechos civiles estatal y territoriales el art. 90.1 Cc, el art. 233-2.3.b CCC, el art. 4.2.c LVaRF y el art. 5.2.c LVRE.

¹³⁵ Este precepto ha sido reproducido ulteriormente por el art. 6 en sus aptdos. 5 y 6 LVaRF con una única divergencia referente a la posibilidad de que el Juez determine de oficio, y no necesariamente a instancia de parte como prevé la norma aragonesa, la retirada de los bienes privativos para el supuesto de que el uso de la vivienda familiar se atribuya a uno de los progenitores.

derecho de uso complementario sobre los bienes destinados al servicio de la misma. No obstante, se faculta al progenitor no adjudicatario del uso a solicitar la retirada total o parcial de sus bienes privativos –no estrictamente sus enseres personales y profesionales– en el plan de relaciones familiares que debe acompañar a su demanda o, en su caso, reconvencción *ex* Disposición Adicional 2ª, aptdo. 3 CDFA¹³⁶. Según se desprende de la jurisprudencia, en la práctica dicha medida suele acompañarse de la formalización de un inventario tanto de los bienes que permanecen en la vivienda como de los bienes retirados por el progenitor que abandona la misma, aunque ello propiamente no venga exigido por el precitado precepto¹³⁷.

Por el contrario, de no atribuirse el uso de la vivienda familiar a ninguno de los progenitores, es obvio que carece de sentido alguno la atribución de un derecho de uso sobre el ajuar doméstico. En su lugar, según dispone el art. 81.5, 2ª parte CDFA, habrá de procederse al reparto del ajuar familiar entre ambos progenitores, con arreglo a las reglas que sean aplicables a sus relaciones patrimoniales, diferentes en función de que su convivencia se encuentre institucionalizada (o no) y, en el primer caso, estén casados o constituyan pareja estable no casada. Así, tratándose de cónyuges habrá que acudir a las previsiones de los arts. 266 y 267 o del art. 206 CDFA, según estén casados en régimen consorcial o de separación de bienes, salvo que hayan adquirido algún bien en pro indiviso, en cuyo caso serán de aplicación los arts. 402 y 404 Cc o excepcionalmente hayan pactado en capítulos un régimen económico matrimonial diferente. En cambio, en el caso de las parejas de hecho habrá de atender *a priori* a la posible existencia de un pacto de comunidad entre sus miembros –el denominado *convenio de convivencia* del art. 307.1 CDFA, de constituir una pareja estable no casada–, ya que, en su defecto, sus relaciones patrimoniales no habrán podido regirse por otra regla que la de la plena independencia económica –como prevé expresamente el art. 307.2 CDFA para las parejas estables no casadas–, ello sin perjuicio de que hayan podido adquirir algún bien en régimen de comunidad ordinaria¹³⁸.

¹³⁶ Según precisa la STSJ 13 julio 2011, el plan de relaciones familiares constituye un trámite necesario, a modo de propuesta del modo de organizar las relaciones familiares tras la ruptura, aunque su contenido no sea vinculante para el Juez.

¹³⁷ Vid. p.e. la STSJ de 26 febrero 2013 y las SSAP de Zaragoza núm. 174 de 8 abril 2015 y núm. 486 de 14 abril 2015. De hecho, impone expresamente la formalización de inventario el art. 12.10 LVRE, precepto que faculta al progenitor que haya de abandonar la vivienda familiar la retirada de sus enseres personales y profesionales.

¹³⁸ Como escribí en otro lugar (*La ruptura de las parejas de hecho...*, cit., pp. 41-59), la jurisprudencia no presume que surja una suerte de comunidad o confusión de patrimonios por el mero hecho de que se constituya una pareja de hecho. Esto es, se considera que, como regla de principio, existe la plena independencia económica entre los miembros de la pareja. En consecuencia, esta presunción de independencia económica de la pareja de hecho sólo puede desvirtuarse mediante la formalización de un pacto entre los convivientes que revele su voluntad de hacer comunes todos o alguno de los bienes adquiridos constante la unión, ya sea por la adopción del régimen consorcial

Un supuesto no contemplado, sin embargo, en el Código de Derecho Foral Aragonés es el referente al destino del ajuar doméstico en caso de atribución del uso por turnos de la vivienda a ambos progenitores ya sea en virtud de pacto de relaciones familiares o por el Juez con base en el criterio del mejor interés para las relaciones familiares. Habiéndose planteado esta cuestión en la práctica, la SAP de Zaragoza núm. 332 de 30 junio 2015, de modo muy razonable, determina que no puede atribuirse el uso separado del ajuar doméstico –como pretende la demandada– si a la vez se está atribuyendo el uso alterno de la vivienda a los litigantes.

Asimismo, en ausencia de una noción legal sobre el ajuar familiar –lo que hubiese sido muy oportuno–, los órganos judiciales aragoneses no han renunciado a delimitarlo mínimamente, identificándolo con «los enseres, mobiliario y equipamiento de la vivienda» (SAP de Zaragoza núm. 141 de 19 marzo 2013). Sin dejar de compartir esta definición, personalmente considero que de esta definición habrá que excluir los objetos de extraordinario valor o de procedencia familiar, en atención a lo dispuesto en el art. 311.1 CDFA¹³⁹. E igualmente, los bienes muebles de uso personal o profesional exclusivo de uno de los cónyuges o convivientes, con base en los art. 266 y 267.2.b CDFA en sede de liquidación y división del consorcio conyugal.

IV. REFLEXIÓN FINAL

A modo de reflexión final, puede afirmarse que la normativa aragonesa atinente al destino de la vivienda y ajuar familiar en las situaciones de crisis de la convivencia resulta más detallada y acorde a la realidad actual que la contenida en el actual –y muy necesitado de reforma– art. 96 Cc.

Así, es de destacar la extensión de esta medida, como de los restantes efectos derivados de la ruptura de las parejas de hecho *ex* art. 75 CDFA. E igualmente la inclusión en su ámbito de aplicación no sólo de los hijos menores, sino, en general, de «los hijos a cargo», expresión ésta más amplia que posibilita la atribución del uso de la vivienda familiar tanto a los discapacitados que se encuentran bajo el cuidado de sus progenitores como a los mayores en formación. Subyace en

u otro régimen económico matrimonial de comunidad como régimen patrimonial de la unión de hecho, o en virtud de la constitución de una comunidad ordinaria o una sociedad civil irregular.

¹³⁹ La tesis que aquí se defiende vendría avalada por la siguiente declaración de la SAP de Zaragoza núm. 271 de 15 mayo de 2012: «a falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez del divorcio sólo puede disponer en principio de [...] los *objetos de uso ordinario*, no sobre los demás bienes» (la cursiva es nuestra).

ello la intención del legislador aragonés de respetar la normativa nacional e internacional sobre la protección de la discapacidad, así como las previsiones de su art. 69 CDFA acerca de la pervivencia del deber de crianza y educación de los padres respecto de sus hijos mayores siempre que no hayan «completado su formación profesional y carezcan de recursos propios».

También me merece una valoración muy positiva el amplio juego reservado a la autonomía de la voluntad en esta materia por el art. 77 CDFA, en coherencia con el principio *standum est chartae* que rige en el Ordenamiento Jurídico aragonés como uno de sus principios esenciales, de tal manera que sólo en defecto de pacto de relaciones familiares entrarán en juego las previsiones del art. 81 CDFA. Con todo, como no podía ser de otro modo, esta modalidad de pactos está sujeta a los límites de la libertad de pacto y, por añadidura, requiere de aprobación judicial a fin de que queden debidamente protegidos los intereses de los hijos.

Me parece igualmente plausible que se haga depender los criterios de atribución judicial de la vivienda familiar del concreto régimen de custodia adoptado (art. 81.1 y 2 CDFA); distinción ésta absolutamente necesaria, habida cuenta de las diferentes reglas de juego por las que se rigen la custodia compartida (preferente para la norma aragonesa) e individual. Considero muy acertado el criterio preferente que rige en la custodia compartida, esto es, la «mayor dificultad objetiva de uno de los progenitores para el acceso a una vivienda», aunque quizá debería haberse modulado en atención al interés superior de los hijos, como de hecho, está haciendo en la práctica jurisprudencial. No me convence, sin embargo, la adopción del criterio de atribución del uso al progenitor custodio como criterio preferente en la custodia individual por su excesivo rigorismo, de lo que resulta su aplicación automática por los Tribunales aragoneses, sin que entren a valorar otras circunstancias adicionales que acrediten que esta solución es la más adecuada para el interés de los hijos. Tampoco comparto el criterio del «mejor interés para las relaciones familiares» formulado de modo subsidiario tanto para la custodia compartida como para la individual, habida cuenta de su condición de concepto jurídico indeterminado. Así las cosas, entiendo que la correcta aplicación de este criterio exige una ponderada valoración de la concreta situación familiar existente en cada caso, a fin de que sean debidamente armonizados los diferentes intereses en conflicto, tanto el de los hijos de tener sus necesidades de habitación debidamente cubiertas –siempre prioritario *ex* art. 76.2 CDFA– como el de ambos progenitores, custodio y no custodio.

Asimismo, me parece muy razonable la opción de la norma aragonesa de limitar temporalmente el uso de la vivienda sin excepción alguna (art. 81.3 CDFA), haciéndose eco de las reivindicaciones que desde diferentes foros se venían haciendo en este sentido a fin de evitar situaciones abusivas. No obstante, a mi juicio, esta medida debería de haber ido acompañada de alguna previsión complementaria atinente tanto al plazo de duración como a su posible prórroga de concurrir circunstancias que así lo aconsejen. En su lugar, se ha dejado la

fijación del plazo de duración al arbitrio judicial, lo que ha llevado a los órganos judiciales a adoptar soluciones muy diversas y, en ocasiones, discutibles; lo que no deja de ser preocupante particularmente habiendo hijos menores implicados.

Especialmente problemática se revela la posibilidad de acordar judicialmente la venta de la vivienda familiar, dados los términos tan ambiguos en que se formula en el art. 81.4 CDFA; amén de prescindible, desde el momento que ya el art. 81.1 CDFA ya reconoce al Juez la facultad de decidir sobre el destino de la vivienda familiar, expresión que incluye, sin duda, su enajenación. Con todo, es digna de elogio la labor interpretativa llevada a cabo al respecto por los órganos judiciales aragoneses a fin de calificar los prepuestos a los que se condiciona la aplicación de la norma –vivienda consorcial y régimen de custodia compartida, como regla–; y, por añadidura, su actitud muy prudente a la hora de hacer uso de esta facultad.

Y por último, es reseñable la previsión específica contenida en el art. 81.5 CDFA en orden al destino del ajuar familiar. Esta cuestión no se deja al arbitrio judicial, sino que, en su lugar, se fijan unas pautas muy equitativas, distintas en función de que el uso de la vivienda familiar sea (o no) atribuido a uno de los progenitores. Ahora bien, quizá hubiera sido oportuno completar estas previsiones con una noción legal de ajuar familiar, ya que el reparto de los enseres y equipamiento de la vivienda no deja de estar exento de conflictos en la práctica.

Al margen de lo anterior, interesa apuntar algunas cuestiones muy complejas a las que ha renunciado a dar respuesta el Derecho civil aragonés, no así otros Derechos civiles territoriales, lo que no ha impedido que se hayan suscitado en la práctica judicial, quedando así su resolución a la libre apreciación del juzgador. Entre otras, podemos mencionar las siguientes: 1.- la posibilidad de atribuir el uso de una vivienda diferente a la familiar; 2.- la incidencia en el derecho de uso del hecho de que se haya venido poseyendo durante la convivencia en virtud de un título distinto de la propiedad o sin título; 3.- la *oponibilidad* del derecho de uso frente a terceros; 4.- la ponderación de la atribución del uso a la hora de fijar el módulo de contribución de los progenitores a los gastos de asistencia de los hijos; 5.- la distribución de los gastos generados por la vivienda familiar durante la vigencia del derecho de uso; y 6.- las causas de extinción del derecho de uso.

Zaragoza, abril de 2016

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV.: *La custodia compartida a debate* (ed. T. PICONTÓ NOVALES), Dykinson, Madrid, 2012.
- AA.VV.: *Manual de Derecho civil aragonés* (dtor. J. DELGADO ECHEVERRÍA), 4ª ed., El Justicia de Aragón-Ibercaja, Zaragoza, 2012.
- AA.VV.: *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿Un modelo a exportar?*, (coord. BAYOD, M. C. y SERRANO, J. A.), Institución «Fernando El Católico», Zaragoza, 2014.
- ALASCIO CARRASCO, L.: «*La excepcionalidad de la custodia compartida impuesta (art. 92.8 CC)*», *InDret*, núm. 2, 2011, pp. 1-25.
- ALGARRA PRATS, E. Y BARCELÓ DOMENÈCH, J., «La atribución del uso de la vivienda familiar: anotaciones al art. 6 de la Ley valenciana de relaciones familiares», *AJI*, núm. 6 bis (monográfico dedicado al *Atlas de la regulación jurídica de la vivienda familiar en el Derecho latinoamericano*), 2015, pp. 99-112.
- BALDA MEDARDE, M. J.: «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 AA.VV., *Actas de los Vigésimos Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2011, pp. 217-230.
- BERROCAL LANZAROT, A. I.: «La vivienda familiar y la acción de división de la cosa común», *RCDI*, núm. 734, 2012, pp., 3458-3508.
- CAMPO IZQUIERDO, A. L.: *Uso de la vivienda familiar. El art. 96.1 Cc en el TS*, pp. 1-16 (URL: http://www.aeafa.es/ficheros_propios/213164/pdf/2011_11_23_USO_VIVIENDA_ART_96_TS.pdf, consultada el 6 abril 2016).
- CAMPUZANO DÍAZ, B.: «El Reglamento (UE) n.º 1259/2010, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 39, 2011, pp. 561-587.
- CASTILLO BAREA, M.: «Notas sobre la guarda y custodia de los hijos a propósito de la aragonesa Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres», *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7, 2010, pp. 105-150.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: «Atribución de la vivienda familiar en las parejas de hecho tras la ruptura: ¿siempre en precario? ¿siempre sin aplicar el art. 96 Cc? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2011», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 28, 2012-1, pp. 585-608.
- CERVILLA GARZÓN, M. D.: «Custodia compartida y atribución del uso de la vivienda familiar», *Revista de Derecho de familia*, núm. 44, 2009, pp. 45-62.
- CUENA CASAS, M.: «Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario», *RDC*, vol. 1, núm. 2, 2014, pp. 9-39.
- DE LA IGLESIA MONJE, M. I.: «Atribución judicial del derecho personal de uso de las segundas residencias o de viviendas distinta a la familiar tras la ruptura matrimonial», *RCDI*, núm. 737, 2013, pp. 1880-1892.
- DE VERDÁ BEHAMONTE, J. R.: «La atribución del uso de la vivienda familiar en casos de divorcio en España: la superación del Derecho positivo por la práctica jurisprudencial».

- cial», *AJI*, núm. 6 bis (monográfico dedicado al *Atlas de la regulación jurídica de la vivienda familiar en el Derecho latinoamericano*), 2015, pp. 9-43.
- y MARTÍNEZ CARLOS, P. J.: «La Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven. Un estudio en clave jurisprudencial», *Cuadernos Jurídicos del Instituto de Derecho Iberoamericano*, núm. 1 (2), 2015, pp. 5-104.
- ESPIÑEIRA SOTO, I., *Convenio de La Haya de 1996 sobre protección del niño. Desplazamiento de los artículos 9.4 y 9.6 del Código civil* (ULR: <http://www.notariosyregistradores.com/LEYSEXTRANJERAS/ARTICULOS/2011-menores-lahaya.htm>, consultada el 7 abril 2016).
- GIL MEMBRADO, C.: *La vivienda familiar*, Ed. Reus, Madrid, 2013.
- GONZÁLEZ DEL POZO, J. P.: «Comentarios sobre el ámbito de aplicación y el contenido del pacto de relaciones familiares en la Ley de Custodia Compartida de Aragón», *Diario La Ley*, núm. 7529, 2010, D-380.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.: «La oponibilidad del derecho de la vivienda familiar», *RCDI*, núm. 737, 2013, pp. 1893-1911.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: «Comentario a la STS de 15 marzo 2013. Atribución de la vivienda familiar en procedimiento de divorcio a los hijos menores y al progenitor custodio», *CCJC*, núm. 93, 2013, pp. 523-536.
- IRIARTE ÁNGEL, J. L.: «Parejas de hecho, constitución y conflictos de leyes internos. Reflexiones acerca de la sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de abril de 2013 (recurso de inconstitucionalidad 5297-2000)», *Boletín Jado*, núm. 24, 2013, pp. 169-183.
- LÓPEZ AZCONA, A.: *La ruptura de las parejas de hecho. Análisis Comparado Legislativo y Jurisprudencial*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2002.
- «Ruptura convivencial y custodia de los hijos menores en la regulación aragonesa», *RDCA*, XX, 2014, pp. 127-154.
- «Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: A propósito de la LO 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2185 2016, pp. 4-89.
- LÓPEZ JARA, M.: «La sustitución de la atribución del uso de la vivienda familiar del art. 96 del Código civil por el de otra distinta», *La Ley Derecho de Familia*, núm. 6, 2015.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: «La regulación de la custodia compartida en la Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres», en AA.VV., *Actas de los Vigésimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2011, pp. 133-176.
- MOLINS GARCÍA-ATANCE, E.: «La regulación de la atribución del uso de la vivienda en el artículo 81 del Código del Derecho foral de Aragón», en AA.VV., *Actas de los Vigésimosegundos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2013, pp. 323-378.
- MORENO VELASCO, V.: «La problemática derivada de la atribución del uso de la vivienda familiar cedida por el propietario a los cónyuges a título gratuito», *Diario La Ley*, núm. 6503, 2006, D-146.

- PARRA LUCÁN, M. A.: «Autonomía de la voluntad y derecho de familia», *Diario La Ley*, núm. 7675, 2011, D-304.
- ROCA TRÍAS, E.: «Comentario al art. 96 Cc», en AA.VV., *Código civil comentado*, vol. 1, (dtres. A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO y R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 521-526.
- SANTOS MORÓN, M. J.: «La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: Evolución jurisprudencial y Anteproyecto de reforma», *RDC*, vol. 1, núm. 3, 2014, pp. 1-36.
- SEISDEDOS MUÍÑO, A.: «La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura de los progenitores: Análisis de la ley 7/2015, del Parlamento vasco, *AJI*, núm. 6 bis (monográfico dedicado al *Atlas de la regulación jurídica de la vivienda familiar en el Derecho latinoamericano*), 2015, pp. 145-163.
- SERRANO GARCÍA, J. A.: «Comentario a los arts. 76, 77 y 81 CDFA», pp. 184-188 y 199-201, en AA.VV.: *Comentarios al Código del Derecho foral de Aragón* (dtor. J. DELGADO ECHEVERRÍA), Dykinson, Madrid, 2015.
- TAMAYO CARMONA, J. A.: «El derecho de uso de la vivienda habitual de la familia: realidad normativa y perspectivas de futuro», *RBD*, núm. 19, 2015, pp. 264-291.
- VERDERA IZQUIERDO, B.: «Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La *necesidad de vivienda*», *InDret*, núm. 1, 2016, pp. 1-57.
- YSÀS SOLANES, M.: «¿Han cambiado los criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis de pareja? (Su regulación en el Libro II del CCCat?)», en AA.VV., *Estudios de Derecho civil en homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa* (coords. M. CUENA CASAS, L. A. ANGUITA VILLANUEVA y J. ORTEGA DOMÉNECH), Dykinson, Madrid, 2013, pp. 1675-1696.

ANEXO JURISPRUDENCIAL (CENDOJ)*

TRIBUNAL SUPREMO

STS de 2 diciembre 1992	Roj STS 8816/1992
STS de 26 diciembre 2005	Roj STS 7530/2005
STS de 6 mayo 2006	Roj STS 2882/2006
STS de 9 mayo 2007	Roj STS 3244/2007
STS de 30 octubre 2008	Roj STS 5810/2008
STS de 3 diciembre 2008	Roj STS 6780/2008
STS de 8 octubre 2009	Roj STS 5969/2009

* Jurisprudencia revisada a 10 de abril de 2016.

STS de 14 enero 2010	Roj STS 1894/2010
STS de 18 enero 2010	Roj STS 776/2010
STS de 18 marzo 2011	Roj STS 1801/2011
STS de 28 marzo 2011	Roj STS 1659/2011
STS de 29 marzo 2011	Roj STS 1657/2011
STS de 1 abril 2011	Roj STS 2053/2011
STS de 14 abril 2011	Roj STS 2672/2011
STS de 21 junio 2011	Roj STS 3985/2011
STS 22 julio 2011	Roj STS 4924/2011
STS de 5 septiembre 2011	Roj STS 6237/2011
STS de 30 septiembre 2011	Roj STS 6093/2011
STS de 10 octubre 2011	Roj STS 6496/2011
STS de 27 febrero 2012	Roj STS 1082/2012
STS de 26 abril 2012	Roj STS 2907/2012
STS de 9 mayo 2012	Roj STS 3057/2012
STS de 31 mayo 2012	Roj STS 3850/2012
STS de 13 julio 2012	Roj STS 5674/2012
STS de 5 noviembre 2012	Roj STS 7071/2012
STS de 5 febrero 2013	Roj STS 341/2013
STS de 14 marzo 2013	Roj STS 1045/2013
STS de 15 marzo 2013	Roj STS 1021/2013
STS de 20 marzo 2013	Roj STS 3121/2013
STS 29 abril 2013	Roj STS 2246/2013
STS de 17 junio 2013	Roj STS 3347/2013
STS de 17 octubre 2013	Roj STS 5003/2013
STS de 11 noviembre 2013	Roj STS 5468/2013
STS de 3 diciembre 2013	Roj STS 5714/2013
STS de 13 febrero 2014	Roj STS 499/2014
STS de 25 abril 2014	Roj STS 1699/2014
STS de 2 junio 2014	Roj STS 2133/2014
STS de 2 julio 2014	Roj STS 2650/2014
STS de 25 septiembre 2014	Roj STS 3819/2014
STS de 22 octubre 2014	Roj STS 4084/2014
STS de 24 octubre 2014	Roj STS 4249/2014
STS de 28 noviembre 2014	Roj STS 4836/2014
STS de 16 enero 2015	Roj STS 190/2015
STS de 18 mayo 2015	Roj STS 1951/2015
STS de 15 julio 2015	Roj STS 3202/2015

STS de 22 julio 2015	Roj STS 3827/2015
STS de 11 febrero 2016	Roj STS 437/2016
STS de 3 marzo 2016	Roj STS 800/2016

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN

STSJA de 13 junio 1991	
STSJA 20 junio 2005	Roj STSJ AR 1544/2005
STSJA de 13 julio 2011	Roj STSJ AR 1244/2011
STSJA de 30 septiembre 2011	Roj STSJ AR 1694/2011
STSJA de 15 diciembre 2011	Roj STSJ AR 2082/2011
STSJA de 21 diciembre 2012	Roj STSJ AR 1132/2012
STSJA de 4 enero 2013	Roj STSJ AR 1/2013
STSJA de 7 febrero 2013	Roj STSJ AR 2/2013
STSJA de 26 febrero 2013	Roj STSJ AR 10/2013
STSJA de 30 abril 2013	Roj STSJ AR 531/2013
STSJA de 11 julio 2013	Roj STSJ AR 1002/2013
STSJA de 23 mayo 2014	Roj STSJ AR 648/2014
STSJA de 26 mayo 2014	Roj STSJ AR 646/2014
STSJA de 6 junio 2014	Roj STSJ AR 712/2014
STSJA de 11 junio 2014	Roj STSJ AR 700/2014
STSJA de 21 octubre 2014	Roj STSJ AR 1384/2014
STSJA de 5 noviembre 2014	Roj STSJ AR 1604/2014
STSJA de 26 septiembre 2014	Roj STSJ AR 1223/2014
STSJA de 4 febrero 2015	Roj STSJ AR 61/2015
STSJA de 17 febrero 2015	Roj STSJ AR 89/2015
STSJA de 4 marzo 2015	Roj STSJ AR 290/2015
STSJA de 17 septiembre 2015	Roj STSJ AR 1227/2015
STSJA de 2 octubre 2015	Roj STSJ AR 1374/2015
STSJA de 6 octubre 2015	Roj STSJ AR 1261/2015
STSJA de 7 octubre 2015	Roj STSJ AR 1325/2015
STSJA de 15 octubre 2015	Roj STSJ AR 1387/2015
STSJA de 16 octubre 2015	Roj STSJ AR 1386/2015
STSJA de 10 diciembre 2015	Roj STSJ AR 1764/2015
STSJA de 20 enero 2016	Roj STSJ AR 16/2016

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP de Huesca núm. 18 de 31 enero 2012	Roj SAP HU 31/2012

SAP de Zaragoza núm. 57 de 7 febrero 2012	Roj SAP Z 301/2012
SAP de Zaragoza núm. 108 de 28 febrero 2012	Roj SAP Z 499/2012
SAP de Zaragoza núm. 109 de 28 febrero 2012	Roj SAP Z 498/2012
SAP de Zaragoza núm. 111 de 28 febrero 2012	Roj SAP Z 538/2012
SAP de Huesca núm. 48 de 29 febrero 2012	Roj SAP HU 68/2012
SAP de Zaragoza núm. 126 de 13 marzo 2012	Roj SAP Z 498/2012
SAP de Zaragoza núm. 131 de 13 marzo 2012	Roj SAP Z 700/2012
SAP de Zaragoza núm. 132 de 13 marzo 2012	Roj SAP Z 650/2012
SAP de Zaragoza núm. 154 de 20 marzo 2012	Roj SAP Z 711/2012
SAP de Teruel núm. 41 de 28 marzo 2012	Roj SAP TE 71/2012
SAP de Zaragoza núm. 202 de 11 abril 2012	Roj SAP Z 942/2012
SAP de Zaragoza núm. 210 de 20 abril 2012	Roj SAP Z 1012/2012
SAP de Zaragoza núm. 212 de 20 abril 2012	Roj SAP Z 1006/2012
SAP de Zaragoza núm. 228 de 25 abril 2012	Roj SAP Z 1011/2012
SAP de Zaragoza núm. 265 de 15 mayo 2012	Roj SAP Z 1261/2012
SAP de Zaragoza núm. 271 de 15 mayo 2012	Roj SAP Z 1262/2012
SAP de Zaragoza núm. 285 de 22 mayo 2012	Roj: SAP Z 1203/2012
SAP de Zaragoza núm. 395 de 10 julio 2012	Roj SAP Z 1811/2012
SAP de Zaragoza núm. 451 de 6 septiembre 2012	Roj SAP Z 2125/2012
SAP de Huesca núm.250 de 17 diciembre 2012	Roj SAP HU 445/2012
SAP de Huesca núm. 259 de 20 diciembre 2012	Roj SAP HU 452/2012
SAP de Zaragoza núm. 70 de 12 febrero de 2013	Roj SAP Z 61/2013
SAP de Zaragoza núm. 90 de 19 febrero 2013	Roj SAP Z 73/2013
SAP de Zaragoza núm.119 de 6 marzo 2013	Roj SAP Z 84/2013
SAP de Zaragoza núm. 137 de 13 marzo 2013	Roj SAP Z 97/2013
SAP de Zaragoza núm. 141 de 19 marzo 2013	Roj SAP Z 354/2013
SAP de Zaragoza núm. 158 de 19 marzo 2013	Roj SAP Z 103/2013
SAP de Zaragoza núm. 163 de 26 marzo 2013	Roj SAP Z 120/2013
SAP de Zaragoza núm. 174 de 26 marzo 2013	Roj SAP Z 124/2013
SAP de Zaragoza núm. 234 de 9 mayo 2013	Roj SAP Z 1645/2013
SAP de Zaragoza núm. 247 de 9 mayo 2013	Roj SAP Z 1096/2013
SAP de Teruel núm. 39 de 20 mayo 2013	Roj SAP TE 76/2013
SAP de Zaragoza núm. 272 de 28 mayo 2013	Roj SAP Z 1022/2013
SAP de Zaragoza núm. 299 de 11 junio 2013	Roj SAP Z 1351/2013
SAP de Zaragoza núm. 309 de 13 junio 2013	Roj SAP Z 1351/2013
SAP de Zaragoza núm. 314 de 18 junio 2013	Roj SAP Z 1423/2013
SAP de Zaragoza núm. 296 de 28 junio 2013	Roj SAP Z 1603/2013
SAP de Huesca núm. 137 de 4 julio 2013	Roj SAP HU 277/2013

SAP de Zaragoza núm. 369 de 16 julio 2013	Roj SAP Z 1748/2013
SAP de Zaragoza núm. 395 de 23 julio 2013	Roj SAP Z 1681/2013
SAP de Zaragoza núm. 399 de 23 julio 2013	Roj SAP Z 1685/2013
SAP de Zaragoza núm. 419 de 17 septiembre 2013	Roj SAP Z 2054/2013
SAP de Zaragoza núm. 435 de 24 septiembre 2013	Roj SAP Z 2063/2013
SAP de Zaragoza núm. 455 de 26 septiembre 2013	Roj SAP Z 2068/2013
SAP de Huesca núm.174 de 26 septiembre 2013	Roj SAP HU 344/2013
SAP de Zaragoza núm. 470 de 10 octubre 2013	Roj SAP Z 2079/2013
SAP de Zaragoza núm. 479 de 15 octubre 2013	Roj SAP Z 2085/2013
SAP de Zaragoza núm. 487 de 15 octubre 2013	Roj SAP Z 2086/2013
SAP de Zaragoza núm. 586 de 15 octubre 2013	Roj SAP Z 2081/2013
SAP de Zaragoza núm. 501 de 29 octubre 2013	Roj SAP Z 2093/2013
SAP de Huesca núm. 205 de 30 octubre 2013	Roj SAP HU 391/2013
SAP de Teruel núm. 84 de 7 noviembre 2013	Roj SAP TE 148/2013
SAP de Zaragoza núm.520 de 6 noviembre 2013	Roj SAP Z 2124/2013
SAP de Zaragoza núm. 526 de 12 noviembre 2013	Roj SAP Z 2137/2013
SAP de Zaragoza núm. 531 de 12 noviembre 2013	Roj SAP Z 2139/2013
SAP de Teruel núm. 88 de 18 noviembre 2013	Roj SAP TE 154/2013
SAP de Zaragoza núm. 556 de 26 noviembre 2013	Roj SAP Z 2195/2013
SAP de Zaragoza núm. 558 de 26 noviembre 2013	Roj SAP Z 2171/2013
SAP de Zaragoza núm. 558 de 26 noviembre 2013	Roj SAP Z 2168/2013
SAP de Zaragoza núm. 469 de 26 noviembre 2013	Roj SAP Z 2199/2013
SAP de Zaragoza núm. 573 de 3 diciembre 2013	Roj SAP Z 2215/2013
SAP de Zaragoza núm. 578 de 3 diciembre 2013	Roj SAP Z 2208/2013
SAP de Zaragoza núm. 598 de 12 diciembre 2013	Roj SAP Z 598/2013
SAP de Zaragoza núm. 627 de 20 diciembre 2013	Roj SAP Z 2303/2013
SAP de Zaragoza núm. 635 de 20 diciembre 2013	Roj SAP Z 2307/2013
SAP de Zaragoza núm. 639 de 20 diciembre 2013	Roj SAP Z 2695 /2013
SAP de Zaragoza núm. 640 de 20 diciembre 2013	Roj SAP Z 2297 /2013
SAP de Zaragoza núm. 649 de 20 diciembre 2013	Roj SAP Z 2697/2013
SAP de Huesca núm. 221 de 29 noviembre 2013	Roj SAP HU 418/2014
SAP de Huesca núm. 3 de 15 enero 2014	Roj SAP HU 20/2014
SAP de Zaragoza núm. 22 de 21 enero 2014	Roj SAP Z 48/2014
SAP de Zaragoza núm. 25 de 21 enero 2014	Roj SAP Z 51/2014
SAP de Zaragoza núm. 28 de 28 enero 2014	Roj SAP Z 62/2014
SAP de Zaragoza núm. 33 de 28 enero 2014	Roj SAP Z 210/2014
SAP de Zaragoza núm. 40 de 28 enero 2014	Roj SAP Z 213/2014
SAP de Zaragoza núm. 56 de 5 febrero 2014	Roj SAP Z 221/2014

SAP de Zaragoza núm. 44 de 5 febrero 2014	Roj SAP Z 216/2014
SAP de Zaragoza núm. 56 de 11 febrero 2014	Roj SAP Z 221/2014
SAP de Zaragoza núm. 61 de 11 febrero 2014	Roj SAP Z 223/2014
SAP de Huesca núm. 16 de 11 febrero 2014	Roj SAP HU 32/2014
SAP de Teruel núm. 12 de 25 febrero 2014	Roj SAP TE 37/2014
SAP de Zaragoza núm. 88 de 25 febrero 2014	Roj SAP Z 232/2014
SAP de Zaragoza núm. 100 de 25 febrero 2014	Roj SAP Z 231/2014
SAP de Huesca núm. 28 de 26 febrero 2014	Roj SAP HU 86/2014
SAP de Teruel núm. 12 de 5 marzo 2014	Roj SAP TE 39/2014
SAP de Zaragoza núm. 110 de 6 marzo 2014	Roj SAP Z 371/2014
SAP de Zaragoza núm. 112 de 6 marzo 2014	Roj SAP Z 370/2014
SAP de Zaragoza núm. 123 de 12 marzo 2014	Roj SAP Z 436/2014
SAP de Zaragoza núm. 132 de 18 marzo 2014	Roj SAP Z 504/2014
SAP de Zaragoza núm. 143 de 25 marzo 2014	Roj SAP Z 645/2014
SAP de Zaragoza núm. 161 de 31 marzo 2014	Roj SAP Z 644/2014
SAP de Zaragoza núm. 167 de 8 abril 2014	Roj SAP Z 646/2014
SAP de Zaragoza núm. 174 de 8 abril 2014	Roj SAP Z 647/2014
SAP de Zaragoza núm. 179 de 15 abril 2014	Roj SAP Z 651/2014
SAP de Zaragoza núm. 190 de 15 abril 2014	Roj SAP Z 730/2014
SAP de Zaragoza núm. 191 de 15 abril 2014	Roj SAP Z 731/2014
SAP de Zaragoza núm. 207 de 7 mayo 2014	Roj SAP Z 792/2014
SAP de Zaragoza núm. 212 de 7 mayo 2014	Roj SAP Z 932/2014
SAP de Zaragoza núm. 219 de 20 mayo 2014	Roj SAP Z 944/2014
SAP de Zaragoza núm. 249 de 3 junio 2014	Roj SAP Z 966/2014
SAP de Zaragoza núm. 262 de 10 junio 2014	Roj SAP Z 1140/2014
SAP de Teruel núm. 42 de 11 junio 2014	Roj SAP TE 95/2014
SAP de Huesca núm. 140 de 30 junio 2014	Roj SAP HU 222/2014
SAP de Zaragoza núm. 310 de 30 junio 2014	Roj SAP Z 1212/2014
SAP de Huesca núm. 147 de 10 julio 2014	Roj SAP HU 160/2014
SAP de Zaragoza núm. 331 de 8 julio 2014	Roj SAP Z 1314/2014
SAP de Zaragoza núm. 334 de 8 julio 2014	Roj SAP Z 1348/2014
SAP de Zaragoza núm. 335 de 15 julio 2014	Roj SAP Z 1375/2014
SAP de Zaragoza núm. 357 de 22 julio 2014	Roj SAP Z 1416/2014
SAP de Zaragoza núm. 363 de 22 julio 2014	Roj SAP Z 1413/2014
SAP de Zaragoza núm. 365 de 29 julio 2014	Roj SAP Z 1336/2014
SAP de Zaragoza núm. 366 de 29 julio 2014	Roj SAP Z 1336/2014
SAP de Zaragoza núm. 375 de 29 julio 2014	Roj SAP Z 1335/2014
SAP de Zaragoza núm. 376 de 29 julio 2014	Roj SAP Z 1696/2014

SAP de Zaragoza núm. 386 de 23 septiembre 2014	Roj SAP Z 1704/2014
SAP de Zaragoza núm. 401 de 23 septiembre 2014	Roj SAP Z 1713/2014
SAP de Zaragoza núm. 408 de 30 septiembre 2014	Roj SAP Z 1718/2014
SAP de Zaragoza núm. 409 de 30 septiembre 2014	Roj SAP Z 1719/2014
SAP de Zaragoza núm. 425 de 7 octubre 2014	Roj SAP Z 1854 /2014
SAP de Teruel núm. 58 de 15 octubre 2014	Roj SAP TE 131/2014
SAP de Zaragoza núm. 430 de 15 octubre 2014	Roj SAP Z 1856/2014
SAP de Zaragoza núm. 456 de 22 octubre 2014	Roj SAP Z 1875/2014
SAP de Huesca núm. 184 de 24 octubre 2014	Roj SAP HU 364/2014
SAP de Zaragoza núm. 470 de 4 noviembre 2014	Roj SAP Z 1982/2014
SAP de Huesca núm. 192 de 11 noviembre 2014	Roj SAP HU 382/2014
SAP de Zaragoza núm. 506 de 25 noviembre 2014	Roj SAP Z 2035/2014
SAP de Huesca núm. 204 de 28 noviembre 2014	Roj SAP HU 367/2014
SAP de Zaragoza núm. 518 de 2 diciembre 2014	Roj SAP Z 1963/2014
SAP de Zaragoza núm. 532 de 10 diciembre 2014	Roj SAP Z 1978/2014
SAP de Zaragoza núm. 544 de 10 diciembre 2014	Roj SAP Z 1974/2014
SAP de Zaragoza núm. 554 de 16 diciembre 2014	Roj SAP Z 1996/2014
SAP de Zaragoza núm. 566 de 19 diciembre 2014	Roj SAP Z 2014/2014
SAP de Zaragoza núm. 586 de 19 diciembre 2014	Roj SAP Z 2025/2014
SAP de Zaragoza núm. 49 de 10 febrero 2015	Roj SAP Z 144/2015
SAP de Zaragoza núm. 6 de 20 enero de 2015	Roj SAP Z 1/2015
SAP de Zaragoza núm. 17 de 27 enero 2015	Roj SAP Z 130/2015
SAP de Zaragoza núm. 25 de 27 enero 2015	Roj SAP Z 126/2015
SAP de Zaragoza núm. 59 de 17 febrero 2015	Roj SAP Z 229/2015
SAP de Zaragoza núm. 95 de 3 marzo 2015	Roj SAP Z 421/2015
SAP de Huesca núm. 33 de 10 marzo 2015	Roj SAP HU 53/2015
SAP de Zaragoza núm. 101 de 11 marzo 2015	Roj SAP Z 456/2015
SAP de Zaragoza núm. 109 de 13 marzo 2015	Roj SAP Z 450/2015
SAP de Zaragoza núm. 113 de 13 marzo 2015	Roj SAP Z 451/2015
SAP de Zaragoza núm. 118 de 17 marzo 2015	Roj SAP Z 457/2015
SAP de Zaragoza núm. 119 de 17 marzo 2015	Roj SAP Z 459/2015
SAP de Zaragoza núm. 122 de 17 marzo 2015	Roj SAP Z 458/2015
SAP de Zaragoza núm. 39 de 24 marzo 2015	Roj SAP Z 551/2015
SAP de Zaragoza núm. 94 de 24 marzo 2015	Roj SAP Z 649/2015
SAP de Teruel núm. 12 de 31 marzo 2015	Roj SAP TE 40/2015
SAP de Zaragoza núm. 156 de 31 marzo 2015	Roj SAP Z 641/2015
SAP de Zaragoza núm. 166 de 14 abril 2015	Roj SAP Z 784/2015
SAP de Huesca núm. 55 de 15 abril 2015	Roj SAP HU 101/2015

SAP de Zaragoza núm. 179 de 21 abril 2015	Roj SAP Z 792/2015
SAP de Zaragoza núm. 185 de 21 abril 2015	Roj SAP Z 790/2015
SAP de Zaragoza núm. 190 de 29 abril 2015	Roj SAP Z 888/2015
SAP de Zaragoza núm. 278 de 2 junio 2015	Roj SAP Z 1046/2015
SAP de Zaragoza núm. 284 de 9 junio 2015	Roj SAP Z 1188/2015
SAP de Zaragoza núm. 287 de 9 junio 2015	Roj SAP Z 1186/2015
SAP de Zaragoza núm. 292 de 9 junio 2015	Roj SAP Z 1189/2015
SAP de Zaragoza núm. 287 de 9 junio 2015	Roj SAP Z 1193/2015
SAP de Zaragoza núm. 286 de 9 junio 2015	Roj SAP Z 1249/2015
SAP de Zaragoza núm. 299 de 16 junio 2015	Roj SAP Z 1197/2015
SAP de Zaragoza núm. 300 de 16 junio 2015	Roj SAP Z 1196/2015
SAP de Zaragoza núm. 325 de 23 junio 2015	Roj SAP Z 1320/2015
SAP de Zaragoza núm. 332 de 30 junio 2015	Roj SAP Z 1342/2015
SAP de Zaragoza núm. 333 de 30 junio 2015	Roj SAP Z 1329/2015
SAP de Zaragoza núm. 336 de 30 junio 2015	Roj SAP Z 1326/2015
SAP de Zaragoza núm. 328 de 30 junio 2015	Roj SAP Z 1344/2015
SAP de Zaragoza núm. 340 de 30 junio 2015	Roj SAP Z 1327/2015
SAP de Zaragoza núm. 350 de 7 julio 2015	Roj SAP Z 1456/2015
SAP de Zaragoza núm. 352 de 7 julio 2015	Roj SAP Z 1461/2015
SAP de Zaragoza núm. 354 de 14 julio 2015	Roj SAP Z 1458/2015
SAP de Zaragoza núm. 361 de 14 julio 2015	Roj SAP Z 1467/2015
SAP de Zaragoza núm. 363 de 14 julio 2015	Roj SAP Z 1466/2015
SAP de Zaragoza núm. 373 de 14 julio 2015	Roj SAP Z 1471/2015
SAP de Zaragoza núm. 379 de 17 julio 2015	Roj SAP Z 1522/2015
SAP de Zaragoza núm. 381 de 17 julio 2015	Roj SAP Z 1519/2015
SAP de Zaragoza núm. 392 de 18 julio 2015	Roj SAP Z 1602/2015
SAP de Zaragoza núm. 396 de 28 julio 2015	Roj SAP Z 1597/2015
SAP de Zaragoza núm. 408 de 28 julio 2015	Roj SAP Z 1604/2015
SAP de Zaragoza núm. 434 de 15 septiembre 2015	Roj SAP Z 1807/2015
SAP de Zaragoza núm. 438 de 15 septiembre 2015	Roj SAP Z 1808/2015
SAP de Zaragoza núm. 441 de 22 septiembre 2015	Roj SAP Z 1810/2015
SAP de Zaragoza núm. 442 de 22 septiembre 2015	Roj SAP Z 1813/2015
SAP de Zaragoza núm. 486 de 14 octubre 2015	Roj SAP Z 1982/2015
SAP de Zaragoza núm. 487 de 14 octubre 2015	Roj SAP Z 1984/2015
SAP de Zaragoza núm. 489 de 14 octubre 2015	Roj SAP Z 1961/2015
SAP de Zaragoza núm. 500 de 14 octubre 2015	Roj SAP Z 1949/2015
SAP de Zaragoza núm. 501 de 14 octubre 2015	Roj SAP Z 1951/2015
SAP de Zaragoza núm. 503 de 14 octubre 2015	Roj SAP Z 1958/2015

La atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar en caso de ruptura...

SAP de Zaragoza núm. 519 de 26 octubre 2015	Roj SAP Z 2065/2015
SAP de Zaragoza núm. 506 de 27 octubre 2015	Roj SAP Z 2060/2015
SAP de Huesca núm. 149 de 10 noviembre 2015	Roj SAP H 311/2015
SAP de Zaragoza núm. 542 de 10 noviembre 2015	Roj SAP Z 2190/2015
SAP de Zaragoza núm. 535 de 10 noviembre 2015	Roj SAP Z 2197/2015
SAP de Zaragoza núm. 563 de 17 noviembre 2015	Roj SAP Z 2279/2015
SAP de Zaragoza núm. 582 de 1 diciembre 2015	Roj SAP Z 2353/2015
SAP de Zaragoza núm. 596 de 10 diciembre 2015	Roj SAP Z 2442/2015
SAP de Zaragoza núm. 605 de 10 diciembre 2015	Roj SAP Z 2444/2015
SAP de Zaragoza núm. 613 de 10 diciembre 2015	Roj SAP Z 2443/2015
SAP de Zaragoza núm. 654 de 22 diciembre 2015	Roj SAP Z 2520/2015
SAP de Zaragoza núm. 655 de 22 diciembre 2015	Roj SAP Z 2525/2015
SAP de Zaragoza núm. 661 de 29 diciembre 2015	Roj SAP Z 2533/2015
SAP de Zaragoza núm. 5 de 19 enero 2016	Roj SAP Z 23/2016
SAP de Zaragoza núm. 16 de 19 enero 2016	Roj SAP Z 26/2016

**LA DEFENSA DE LA SINGULARIDAD JURÍDICA
COMO ELEMENTO IDENTITARIO ARAGONÉS.
DE LA CRISIS DINÁSTICA A LA CRISIS LEGAL (1675-1711)**

***THE DEFENSE OF THE ARAGONESE LEGAL SINGULARITY
AS A IDENTITY ELEMENT.
FROM THE DYNASTIC CRISIS TO THE LEGAL CRISIS (1675-1711)***

Guillermo VICENTE Y GUERRERO
Profesor de Filosofía del Derecho

RESUMEN

El presente trabajo pone de relieve el desarrollo en Aragón a lo largo del reinado de Carlos II de un neoforismo que se pronunció abiertamente favorable a la defensa de la singularidad jurídica aragonesa como elemento identitario. La muerte de Carlos II abrió una crisis dinástica que provocó una profunda crisis jurídica en los territorios aragoneses, en especial tras la imposición de los decretos de conquista de 1707. La reacción de los juristas aragoneses al nuevo orden legal que pretendía legitimizar la construcción del nuevo Estado Borbón fue encabezada por Diego Franco de Villalba, quien escribió un trascendental manifiesto titulado *Crisis legal* con el que contribuyó decisivamente al indulto del Derecho privado aragonés concedido por Felipe V en 1711.

Palabras clave: Derecho privado aragonés, neoforismo, crisis legal, juristas aragoneses, Diego Franco de Villalba.

ABSTRACT

This paper highlights the development in Aragon along the reign of Carlos II of a *neoforismo* that was pronounced openly favorable to the defense of the

Aragonese legal specificities as a identity element. The death of King Carlos II opened a dynastic crisis, whose triggered a deep legal crisis in Aragonese territories, specially after the imposition of the royal decrees of conquest in 1707. The reaction of the Aragonese jurists to the new legal order that sought to legitimize the construction of the new State Bourbon was led by Diego Franco de Villalba, who wrote a trascendental manifesto called *Crisis legal* that contributed decisively to the pardon to Aragonese private law granted by King Felipe V in 1711.

Key words: Aragonese private law, neoforismo, legal crisis, Aragonese jurists, Diego Franco de Villalba.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.- II. EL FORISMO ARAGONÉS ANTE LA DECADENCIA DEL REINADO DE CARLOS II. REACTIVACIÓN PARLAMENTARIA Y LITERATURA JURÍDICA.- III. EL FORISMO ARAGONÉS ANTE LA NUEVA PLANTA BORBÓNICA. DE LA CRISIS DINÁSTICA A LA *CRISIS LEGAL*.- 1. LA CRISIS DINÁSTICA: SUS IMPLICACIONES POLÍTICAS: PACTISMO VERSUS DECISIONISMO.- 2. LA CRISIS LEGAL: ALGUNAS REACCIONES DESDE ARAGÓN.- 3. LA RESPUESTA DE DIEGO FRANCO DE VILLALBA.- IV. EPÍLOGO.- V. BIBLIOGRAFÍA.- 1. FUENTES PRIMARIAS.- 2. FUENTES SECUNDARIAS.

I. INTRODUCCIÓN

En su triple papel de receptores, intérpretes y directores de los intereses del pueblo al que representan, los letrados suelen ejercer como auténticos oráculos del sentir comunitario. Como bien señalaba el gran filósofo del Derecho Hans Kelsen, los juristas pueden ser catalogados como los hechiceros de las sociedades modernas. Y me atrevería a decir que en Aragón todavía más, vista la importancia objetiva de nuestro Derecho como una de nuestras principales señas de identidad¹. Por eso cobra especial relevancia la actuación que llevaron a cabo los juristas aragoneses más importantes de comienzos del setecientos que, como Diego Franco de Villalba, Gil Custodio de Lissa o José Rodrigo de Villalpando, contri-

¹ Sobre el particular, el ya clásico: DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, *El Derecho aragonés. Aportación jurídica a una conciencia regional*, Alcrudo editor, Zaragoza, 1977.

buyeron a la implantación del nuevo orden legal que acompañó a la liquidación de la práctica totalidad de los derechos e instituciones históricas aragonesas.

En Aragón, el trágico final de todas nuestras instituciones jurídicas y políticas y de la mayor parte de nuestro ordenamiento legal vino sin embargo marcado por la colaboración activa de los principales juristas aragoneses, quienes con su actuación en el foro y a través de su propia literatura jurídica contribuyeron a legitimar el profundo cambio legal impuesto por el siempre irreflexivo y execrable medio de las armas. En un contexto bélico lógica y profundamente crispado, dichos juristas se aproximaron sin grandes dilemas al nuevo orden Borbón, pasando en muchos casos a formar parte, primero como alcaldes del crimen, y posteriormente como oidores de lo civil, de la recién levantada Real Audiencia de Aragón, indiscutiblemente la principal instancia legitimadora de todo el proceso de cambio, al constituirse como agente ejecutor de las nuevas instrucciones emitidas desde Madrid por el monarca y sus consejeros. Como bien señala al respecto Jesús Morales, el nuevo tribunal se concibió como la «institución depositaria de las fuerzas del cambio constitucional»².

La reacción que adoptó la propia historiografía jurídica aragonesa ante el resultado de la Guerra de Sucesión y sus consiguientes Decretos de Nueva Planta resulta de una importancia ciertamente capital³. Este factor trasciende la categoría de mero efecto de la nueva situación. En mi opinión el comportamiento mostrado por la nobleza togada aragonesa resulta clave, pues ayuda a evaluar la propia aceptación o rechazo que se produjo entre los habitantes del viejo Reino de Aragón ante el nuevo juego jurídico político que se le planteó a través de las armas.

No obstante, antes de entrar en tan espinosa cuestión conviene echar la vista al período inmediatamente anterior al de los acontecimientos denunciados, y observar el pequeño mundo del Derecho aragonés a lo largo del reinado del último de los Austrias. Precisamente sorprende que en dicha etapa se manifestara con fuerza un nuevo forismo que, a través de una triple actividad doctrinal, parlamentaria y judicial, enfatizó la singularidad jurídica aragonesa como una de nuestras principales señas de identidad. El desarrollo de este neoforismo durante el reinado de Carlos II hace todavía más abrupto, y doloroso si cabe, todo ese proceso de liquidación normativa e institucional que se vivió en Aragón con la victoria del pretendiente francés.

² MORALES ARRIZABALAGA, Jesús, *Fueros y libertades del Reino de Aragón. De su formación medieval a la crisis preconstitucional (1076-1800)*, Rolde de Estudios Aragoneses, Zaragoza, 2007, p. 155.

³ Véase, como marco general de todo este proceso: VICENTE Y GUERRERO, Guillermo, *Del orgulloso forismo al foralismo tolerado. Atmósfera política, fundamentación jurídica y contenido normativo de la Nueva Planta. La reacción de la historiografía jurídica aragonesa*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2014.

II. EL FORISMO ARAGONÉS ANTE LA DECADENCIA DEL REINADO DE CARLOS II. REACTIVACIÓN PARLAMENTARIA Y LITERATURA JURÍDICA

En un preocupante contexto de severa crisis general, cronológicamente coincidente con el reinado del último de los Austrias⁴, el viejo Reino de Aragón había ido perdiendo su antaño orgullosa jerarquía peninsular para la monarquía de Carlos II⁵, especialmente preocupada en lograr la subordinación efectiva aragonesa asegurando su participación económica en el arduo y costoso proyecto imperial⁶. Un Reino de Aragón que, a finales del XVII, se encontraba marcado por un progresivo deterioro desde el punto de vista económico, siguiendo la estela de decadencia marcada por la propia monarquía de los Austrias. El descenso de la producción y la bajada de los rendimientos agrícolas encontró cumplida explicación por la expulsión en 1610 del colectivo de los moriscos, que generó la pérdida de unas 60.000 personas, alrededor de un 15% de la población total del Reino⁷. También por una notable sucesión de sequías y plagas, especialmente la peste que se produjo entre 1648 y 1656, de singular virulencia en Aragón⁸, y la que afectó en 1694. Todos estos factores incidieron de forma muy negativa en el resto de los sectores y agentes económicos, particularmente en una todavía incipiente burguesía mercantil, desembocando en una notable crisis a la que la peculiar estructura señorial de la sociedad aragonesa no resultó en absoluto ajena.

En el siempre proceloso ámbito de lo político, algunas disposiciones normativas dictadas por el rey, fruto de la creciente importancia de la corte de Madrid en los propios asuntos del Reino, contradecían lo dispuesto por los Fueros. A la vez, desagradaba profundamente en los territorios de la Corona aragonesa la noción de un centro de mando común gravitando alrededor de Castilla. Siempre atento a los acontecimientos, Baltasar Gracián había avisado del grave problema que podía suponer en los reinos aragoneses las injerencias de la corte madrileña, advirtiendo que ya Fernando el Católico, paradigma del buen príncipe, fue ardiente defensor de una visión política en la que no cabía «hacer cabeza una

⁴ Ver, con carácter general: PALACIO ATARD, Vicente, *Derrota, agotamiento y decadencia en la España del siglo XVII*, Rialp, Madrid, 1949; DOMÍNGUEZ ORTIZ, Antonio, *Crisis y decadencia en la España de los Austrias*, Ariel, Barcelona, 1969.

⁵ Un valioso análisis sobre el reinado de Carlos II en: MAURA GAMAZO, Gabriel, duque de Maurea, *Vida y reinado de Carlos II*, Espasa Calpe, Madrid, 1942.

⁶ Ver: SOLANO CAMÓN, Enrique, y SANZ CAMAÑES, Porfirio, «Aragón y la Corona durante el gobierno de los Austrias. Relaciones políticas e institucionales», *Ius Fugit*, núm. 3-4, 1996, pp. 203-246.

⁷ Ver: COLÁS LATORRE, Gregorio, y SALAS AUSENS, José Antonio, *Aragón bajo los Austrias*, Librería General, Zaragoza, 1977, en especial pp. 44-45.

⁸ Véase al respecto: MAISO GONZÁLEZ, Jesús, *La peste aragonesa de 1648 a 1654*, Departamento de Historia Moderna de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1982.

nación y pies otra»⁹. Otro de los más lúcidos testigos de los acontecimientos del momento, el notable jurista y vicescanciller del Consejo de Aragón, Cristóbal Crespí de Valldaura, mantenía la misma visión que Gracián subrayando en sus *Observationes illustratae decisionibus Sacri Supremi Regii Aragonum Consilii* que, frente a las pretensiones castellanas, la capitalidad de Madrid era «más espiritual que política»¹⁰.

Sin embargo, el progresivo auge de la corte madrileña contrastaba con el paralelo declive sufrido por las viejas instituciones políticas aragonesas. En especial por el Justicia, en palabras de Jesús Lalinde «ya una mera sombra del del siglo XVI»¹¹, pues efectivamente en esa época el Justiciazgo había visto muy disminuida su importancia como consecuencia de las disputas entre Felipe II y Antonio Pérez y las desdichadas alteraciones que el mencionado conflicto provocó en el Reino¹². Por su parte, las Cortes aragonesas, cuya actividad a mi juicio resulta siempre un magnífico termómetro para medir el ambiente político-jurídico del momento, desarrollaban todavía una más que estimable labor legislativa¹³, y ello pese a que su convocatoria fue disminuyendo en frecuencia¹⁴ y que su actividad normativa cada vez se vio más constreñida por los intereses y presiones de los poderes centrales de la monarquía hispana, acusando además una cierta desubicación motivada tal vez por sus propias reminiscencias medievales¹⁵.

⁹ GRACIÁN, Baltasar, *El político D. Fernando el Católico*, Diego Dormer, Zaragoza, 1640, p. 169. Existe reedición facsímil: Institución «Fernando el Católico», Zaragoza, 1985 (primera reedición) y 2000 (segunda reedición).

¹⁰ CRESPI DE VALLDAURA Y BRIZUELA, Cristóbal, *Observationes illustratae decisionibus Sacri Supremi Regii Aragonum Consilii*, Ex typographia Hugonis Denovally, Lyon, 1677, en especial Pars Prima, Observatio XV, pp. 189-190.

¹¹ LALINDE ABADÍA, Jesús, «El derecho y las instituciones político-administrativas del Reino de Aragón hasta el siglo XVIII (Situación actual de los estudios)», en: *Actas de las I Jornadas sobre el estado actual de los estudios sobre Aragón*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1979, vol. II, pp. 599-624, la cita en p. 621.

¹² Las diversas reacciones surgidas ante dichas alteraciones en: GASCÓN PÉREZ, Jesús, *Bibliografía crítica para el estudio de la rebelión aragonesa de 1591*, Institución «Fernando el Católico» y Centro de Documentación Bibliográfica Aragonesa, Zaragoza, 1995.

¹³ Sobre las Cortes aragonesas durante el seiscientos véase: CLEMENTE GARCÍA, Enriqueta, *Las Cortes de Aragón en el siglo XVII. Estructuras y actividad parlamentaria*, Cortes de Aragón, Zaragoza, 1997.

¹⁴ Fueron escasas las reuniones de Cortes aragonesas durante el siglo XVII, pues únicamente se reunieron en 1626 (en Barbastro y Calatayud); entre 1645 y 1646 (en Zaragoza, en plena rebelión de Cataluña, para solicitar hombres y dinero al Reino); entre 1677 y 1678 (en Zaragoza, aunque estaban previstas en Calatayud); y entre 1684 y 1687 (en Zaragoza). A lo largo del siglo XVIII en Aragón se llegaron a reunir una vez, en 1702, si bien el nuevo rey Felipe V no hizo acto de presencia, delegando en su joven esposa María Luisa de Saboya.

¹⁵ Ver: GONZÁLEZ ANTÓN, Luis, *Las Cortes de Aragón*, Librería General, Zaragoza, 1978.

Lo cierto es que, ante esta negativa coyuntura general de crisis, puede apreciarse una curiosa y peculiar reacción desde Aragón, territorio que a través de su historiografía jurídica, de su actividad parlamentaria y de la propia práctica judicial en el foro va a proceder a una exaltación de sus Fueros y de sus libertades políticas, tomando su propio Derecho, público y privado, como un elemento identitario clave y diferenciador del resto de territorios. La caída del conde-duque de Olivares años atrás había supuesto un acontecimiento importante que ayudó a que poco a poco se fuera generalizando la convicción «de que las repúblicas y los reinos se conservaban no innovando neciamente en sus fueros, leyes y costumbres»¹⁶.

El viejo Reino de Aragón intentó ahondar en su personalidad histórica a través de un fuerte impulso foralista, de un neoforismo que, sintiéndose a la altura de los nuevos tiempos, marcó la actividad jurídica en los territorios de la Corona de Aragón a lo largo del reinado de Carlos II. Dicho neoforismo subrayaba la necesidad de un menor intervencionismo de la corte de Madrid en los asuntos de los territorios forales, de una cierta recuperación económica y monetaria en dichos territorios y de una mayor participación de las élites locales en la política de la monarquía¹⁷.

En cualquier caso, en un contexto ciertamente decepcionante, en el que el propio equilibrio interno del Reino parecía encontrarse en juego, el recurso a un glorioso pasado medieval y a un Derecho sobresaliente, original y propio se convirtieron en los dos elementos de afirmación más importantes. La Historia y el Derecho fueron conceptuándose así a lo largo del siglo XVII como los dos elementos identitarios básicos de Aragón, exacerbándose en palabras de Jesús Delgado «la mitificación de las libertades políticas y los viejos fueros, como inane compensación para el orgullo herido de un pueblo que ya no piensa sino en resistir a lo inevitable»¹⁸.

En el preciso momento en el que el último rey de la casa de los Habsburgo alcanzó la mayoría de edad, la Diputación aragonesa aprovechó la propicia coyuntura para solicitar, por medio de una embajada que se trasladó a la corte

¹⁶ FERNÁNDEZ ALBALADEJO, Pablo, «Dinastía y comunidad política: el momento de la patria», en: FERNÁNDEZ ALBALADEJO, Pablo (ed.), *Los Borbones. Dinastía y memoria de nación en la España del siglo XVIII*, Marcial Pons y Casa de Velázquez, Madrid, 2001, pp. 485-532, la cita en p. 496.

¹⁷ Véase: REGLÀ, Joan, «La Corona de Aragón dentro de la Monarquía hispánica de los Habsburgo», en *VIII Congreso de Historia de la Corona de Aragón*, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Valencia, Valencia 1973, pp. 131-165. Con carácter más general: DOMÍNGUEZ ORTIZ, Antonio, *La sociedad española en el siglo XVII*, 2 vols., Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1963 y 1970.

¹⁸ DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, *El Derecho aragonés. Aportación jurídica a una conciencia regional*, op. cit., p. 29.

de Madrid, el viaje del nuevo monarca a Aragón¹⁹. Con ello se pretendía que el joven rey jurara los Fueros y se reuniese con las Cortes en Calatayud. El propio Reino de Aragón era perfectamente conocedor de la importancia de que se llevaran a efecto ambas peticiones para renovar el pacto político existente, «pues el inicio del reinado de un nuevo titular del trono se consideraba ocasión inevitable de recomposición o reinicio de la relación política y del funcionamiento de la administración de justicia, y circunstancia propicia, en consecuencia»²⁰.

La solicitud de la Diputación aragonesa se articuló a través de un interesante memorial que llevó por título *Discurso histórico-foral, jurídico-político, en orden al juramento que los Supremos y Soberanos Señores Reyes de Aragón (salva su Real clemencia) deben presentar en el nuevo ingreso de su Gobierno, y antes que puedan usar de alguna jurisdicción*. El manifiesto, elaborado en 1676, era fiel reflejo de la tensión existente en el Reino de Aragón por el expreso deseo de los firmantes de que el nuevo monarca jurara los Fueros al comienzo de su reinado, y antes de emprender el ejercicio de cualquier tipo de jurisdicción que pudiera llevar a cabo dentro de los límites del territorio aragonés²¹.

El *Discurso histórico-foral* defiende la singularidad jurídica aragonesa como un elemento identitario propio, mostrando las claves de lo que podría denominarse como *Constitución histórica aragonesa*. Para ello no duda en levantar su discurso sobre la base de uno de los más significativos mitos fundacionales, el de Sobrarbe²². También recurre a notables argumentos de autoridad, como los elaborados por el gran cronista e historiador aragonés Jerónimo de Blancas en su capital obra titulada *Modo de proceder en Cortes de Aragón*²³, o los invocados por el insigne jurista y magistrado Pedro Calixto Ramírez, autor recién entrado el seiscientos de un magnífico tratado sobre la creación del Derecho en el Reino de

¹⁹ Ver: ARMILLAS VICENTE, José Antonio, y SESMA MUÑOZ, José Antonio, *La Diputación de Aragón. El gobierno aragonés, del reino a la Corona de Aragón*, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1991.

²⁰ ARRIETA ALBERDI, Jon, «El tiempo de Juan Luis López: Entre dos guerras, entre dos continentes», en: GONZÁLEZ DE SAN SEGUNDO, Miguel Ángel (coord.), *Un jurista aragonés y su tiempo. El doctor Juan Luis López, primer marqués del Risco (1644-1703)*, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2007, pp. 65-85, la cita en p. 70.

²¹ Ver: ÁLVAREZ-OSSORIO ALVARIÑO, Antonio, «Fueros, Cortes y clientelas: el mito de Sobrarbe, Juan José de Austria y el Reino paccionado de Aragón (1669-1678)», *Pedralbes*, núm. 12, 1992, pp. 239-291, en especial pp. 264-284.

²² Véase: MORALES ARRIZABALAGA, Jesús, «Los Fueros de Sobrarbe como discurso político. Consideraciones de método y documentos para su interpretación», *Huarte de San Juan. Revista de la Facultad de Ciencias Humanas y Sociales. Derecho*, núm. 1, 1994, pp. 161-188.

²³ BLANCAS, Jerónimo de, *Modo de proceder en Cortes de Aragón*, A costa de Pedro y Tomás Alfoy, mercaderes de libros, Zaragoza, 1641.

Aragón a través de la práctica parlamentaria: *Analyticus tractatus de lege regia*²⁴, posiblemente la obra jurídica más sobresaliente de todas las escritas en Aragón en la primera mitad del siglo XVII.

Especial importancia reviste la insistencia con la que el *Dicurso histórico-foral* incide en el carácter paccionado del Reino: «Siendo este Reino paccionado, y que voluntariamente debajo de la seguridad y religión del juramento pasó y transfirió su potestad en el primer Rey de Aragón». El manifiesto subraya que fue precisamente la naturaleza paccionada de la monarquía aragonesa la que obligó a los distintos soberanos que se fueron sucediendo en el tiempo a prestar su juramento a los Fueros aragoneses, como un requisito previo al ejercicio de cualquier acto de jurisdicción posterior: «que todos aquellos Fueros, solemnidades y requisitos que se tuvieron entonces presentes para la elección del primer Rey, se deben repetir en todos los sucesores, aunque después la Corona no se difiera por elección, sino por sucesión, como en nuestro Reino». La concepción abiertamente pactista ofrecida por Jerónimo de Blancas era asumida por el *Dicurso histórico-foral* con naturalidad, presentando un original juego a la hora de proceder a la creación del Derecho, en el que el acuerdo entre los distintos brazos de cortes y el propio monarca resultaban imprescindibles. En la práctica se desterraba pues de forma explícita toda potestad normativa de carácter unilateral y exclusivo por parte del soberano.

Notable es sin duda la intensidad que destila a lo largo de sus páginas el *Discurso histórico-foral* aragonés. Calificado con acierto por Xavier Gil Pujol como «una vigorosa proclama de la mejor línea foral enraizada en los legendarios fueros de Sobrarbe»²⁵, lo cierto es que acabó consiguiendo su objetivo, pues efectivamente Carlos II viajó a Zaragoza, procediéndose el 1 de mayo de 1677 al juramento real en la Catedral de La Seo. Las Cortes, inicialmente previstas en Calatayud, se trasladaron a Zaragoza, inaugurándose el 14 de dicho mes bajo la presidencia del nuevo monarca. La complacencia de los diputados aragoneses debió de ser palpable, según testimonios de la época, transmitiéndose dicha satisfacción al conjunto de la población.

El *Discurso histórico-foral* es un claro exponente de los nuevos impulsos experimentados por el forismo aragonés a lo largo de la segunda mitad del seiscientos, potenciando la singularidad jurídica aragonesa como el elemento identitario clave del viejo Reino. A mi juicio dicho impulso se irá articulando a través de una

²⁴ RAMÍREZ, Pedro Calixto, *Analyticus tractatus de lege regia, qua in princeps suprema et absoluta potestas translata fuit: cum quadam corporis politici ad instar phisici, capititis et membrorum connexione*, Ioannem Lanaja & Quartanet, Caesaraugustae, 1616.

²⁵ GIL PUJOL, Xavier, «La Corona de Aragón a finales del siglo XVII: a vueltas con el neoforalismo», en: FERNÁNDEZ ALBALADEJO, Pablo (ed.), *Los Borbones. Dinastía y memoria de nación...*, op. cit., pp. 97-115, la cita en pp. 109 y 110.

serie de elementos de especial consideración. En primer lugar, por medio de la elaboración de una literatura jurídica aragonesa más que notable, que sobresale con fuerza sobre la practicada en la mayor parte del resto de territorios peninsulares. Un buen número de los tratados jurídicos que entonces se editan se caracterizarán por su considerable calidad técnica. Así pueden catalogarse, como excelente botones de muestra, los *Consiliorum decissivorum* de Juan de Suelves y Español²⁶, las *Decisiones utriusque Supremi Tribunalis Regni Aragoniae* de Juan Vargas Manchuca²⁷ o *De origine Iustitiae sive Iudicis Medii Aragonum exercitatio* de Juan Luis López, marqués del Risco²⁸.

De especial consideración se hizo acreedora la obra de Juan Luis López²⁹, fiscal de la Universidad de Zaragoza, asesor de la Bailía general de Aragón y futuro regente del Consejo de Aragón. Calificado entusiastamente por Rafael Gibert como «figura terminal de la ciencia jurídica aragonesa»³⁰, López analizaba en su tratado tanto el carácter y naturaleza de las libertades del viejo Reino de Aragón como la original institución del Justicia³¹. En muchos de sus pasajes la obra deja constancia de la singularidad jurídica aragonesa, subrayando el notable poder que históricamente habían desempeñado las Cortes en Aragón e interpretando dicho peso como uno de los basamentos esenciales sobre los que históricamente se habían ido asentado las libertades aragonesas.

La práctica judicial llevada a cabo por los letrados y magistrados aragoneses en el foro constituirá un segundo factor igualmente reseñable, pues habitualmente los anteriores autores eran además profesores y abogados o jueces en ejercicio. Sus doctas opiniones, las fuentes jurídicas que utilizan y los argumentos de autoridad a los que recurrían pueden rastrearse a través de las llamadas

²⁶ SUELVES Y ESPAÑOL, Juan Cristóforo de, *Consiliorum decissivorum centuria prima*, ex officina Petri Verges, Caesaraugustae, 1641; *Consiliorum decissivorum, post primam centuriam semicenturia*, apud Petrum Verges, Caesaraugustae, 1642; *Consiliorum decissivorum semicenturia secunda*, apud Petrum Larnaja & Lamarca, Caesaraugustae, 1646.

²⁷ VARGAS MANCHUCA, Juan Crisóstomo de, *Decisiones utriusque Supremi Tribunalis Regni Aragoniae placitis, et setentiis supremorum tribunalium Regni Neapolis*, Neapoli, typis & expensis Aegidii Longo, 1676.

²⁸ LÓPEZ MARTÍNEZ, Juan Luis, *De origine Iustitiae sive Iudicis Medii Aragonum exercitatio. Cum annotationis* [s.n.], Madrid, 1678.

²⁹ Véase: GONZÁLEZ DE SAN SEGUNDO, Miguel Ángel, «Vida y familia del doctor Juan Luis López», en: GONZÁLEZ DE SAN SEGUNDO, Miguel Ángel (coord.), *Un jurista aragonés y su tiempo...*, op. cit., pp. 239-314.

³⁰ GIBERT Y SÁNCHEZ DE LA VEGA, Rafael, *Ciencia jurídica española* [s.n.], Granada, 1983, p. 22.

³¹ Ver: SOLÍS, José, «La historia del Derecho aragonés en la obra del doctor Juan Luis López», en: GONZÁLEZ DE SAN SEGUNDO, Miguel Ángel (coord.), *Un jurista aragonés y su tiempo. El doctor Juan Luis López, primer marqués del Risco (1644-1703)*, op. cit., pp. 677-704, en especial pp. 684 y 685.

*alegaciones en Derecho*³², fuentes de primera magnitud en Aragón³³ desde fines del siglo XVI hasta buena parte del XVIII para el estudio de la práctica judicial. Dichos informes trascendían la mera casuística del caso concreto, pues como señala con acierto Jesús Lalinde se trata de «escritos formulados por los defensores de las partes previamente a la sentencia, y en donde se resume prácticamente el pleito y las posturas doctrinales»³⁴. Su valor es doble, pues contenían razonamientos que recogían «las fuentes normativas aplicables al caso concreto, además de buscarse el refrendo de las grandes autoridades y juristas»³⁵. Las *alegaciones en Derecho* se imprimirán en Aragón en un considerable número.

Un tercer elemento que debe adicionarse a los anteriores girará significativamente en torno a la importante edición de los *Fueros y Observancias del Reino de Aragón*, que se realizó en 1667³⁶, así como la edición de los también fundamentales *Actos de Corte*, publicados en 1664³⁷. Las continuas ediciones de las principales fuentes legales aragonesas dan cabal idea de su importancia y utilización en el foro. Fueron llevadas a cabo meritoriamente por los dos grandes impresores zaragozanos del seiscientos: Pedro Cabarte y Juan de Lanaja y Quartanet. La edición de los Fueros de 1667 era deudora de la llevada a cabo en la primera parte del siglo por el propio Pedro Cabarte en 1624³⁸, editor que en 1627³⁹ también había procedido a publicar los Actos de Corte.

Un último, pero no por ello menos importante factor, hará referencia a la creación legislativa emanada de las Cortes aragonesas a lo largo de la segunda mitad del siglo XVII, cuya labor puede ser considerada como ciertamente notable. En efecto «la actividad parlamentaria desarrollada en las Cortes del siglo

³² Sobre esta importante fuente ver: TORMO CAMALLONGA, Carlos, «El abogado en el proceso y la argumentación en los informes jurídicos del XVIII», *Ius Fugit*, núm. 10-11, 2001-2003, pp. 887-939. Ver igualmente: TORMO CAMALLONGA, Carlos, «El Derecho en las alegaciones jurídicas del siglo XVIII», *Saitabi*, núm. 50, 2000, pp. 277-317.

³³ Véase: BELLIDO DIEGO-MADRAZO, Daniel, «La colección de alegaciones en derecho del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza. El Dr. Aramburu de la Cruz y sus alegaciones», *Revista de Derecho Civil Aragonés*, año VI, núm. 2, 2002.

³⁴ LALINDE ABADÍA, Jesús, «El derecho y las instituciones político-administrativas del Reino de Aragón hasta el siglo XVIII...», op. cit., p. 608.

³⁵ MASFERRER, Aniceto, «El Derecho y su aplicación en la Valencia del siglo XVIII. Derecho real y Derecho foral tras los Decretos de Nueva Planta», en: ESCUDERO, José Antonio (coord.), *Génesis territorial de España*, op. cit., pp. 425-460, la cita en pp. 428 y 429.

³⁶ *Fueros y Observancias del Reino de Aragón*, Herederos de Pedro Lanaja, Zaragoza, 1667.

³⁷ *Fueros y Actos de Corte del Reyno de Aragón*, Juan de Lanaja y Quartanet & Pedro Cabarte, Zaragoza, 1664.

³⁸ *Fueros y Observancias del Reino de Aragón*, Pedro Cabarte, Zaragoza, 1624.

³⁹ *Fueros y Actos de Corte del Reyno de Aragón, hechos por S. C. y R. Magestad del Rey Don Felipe nuestro Señor, en las Cortes convocadas en la ciudad de Barbastro, y fenecidas en la de Calatayud, en el año de M.DC. XXVI*, Juan de Lanaja y Quartanet & Pedro Cabarte, Zaragoza, 1627.

XVII fue intensa tal y como se comprueba por el número importante de fueros y actos de Corte realizados y publicados»⁴⁰. Como ejemplo paradigmático puede servir el caso de las Cortes celebradas en Zaragoza entre 1677 y 1678, bajo las cuales fueron aprobados los nada despreciables números de setenta y tres Fueros y cuarenta y cuatro Actos de Corte.

El triste y recientemente desaparecido Guillermo Redondo Veintemillas calificaba con evidente acierto a este período como el de «la reactivación parlamentaria aragonesa»⁴¹. Por su parte, Bruno Aguilera ha realizado un interesante estudio sobre la creación legislativa de las Cortes aragonesas durante el reinado de Carlos II, subrayando no sólo la importancia de que en todo momento las Cortes del viejo Reino no perdieran su plena capacidad legislativa sino también el carácter singular de sus deliberaciones con respecto al resto de Europa. En su opinión tan relevante es que las Cortes aragonesas conservaran intactas sus prerrogativas legislativas como que «las normas pactadas se aprueben en dicha asamblea estamental al término de un largo e intenso debate en el que participa libremente todo aquel que pueda tener algún interés en el asunto»⁴².

Los renovados impulsos foristas en el viejo Reino sin duda provocaron que «la actividad legislativa desarrollada en este período parlamentario fue la más prolífica del siglo»⁴³. Posiblemente ello hizo plantearse a los consejeros de Carlos II la necesidad de revisar las atribuciones y modos de proceder de las Cortes de los territorios de la Corona aragonesa. No parece en absoluto casual que en ese mismo año 1677 vieran la luz de la imprenta tanto las ya citadas *Observationes illustratae decisionibus Sacri Supremi Regii Aragonum Consilii*, de Crespí de Valldaura, como el *Tratado de la celebración de Cortes Generales del Reino de Valencia*⁴⁴ del consejero del Supremo de Castilla Lorenzo Mateu Sanz, quien pese a encontrarse en la órbita del regalismo de los Habsburgo subrayó el carácter paccionado de la monarquía en los territorios aragoneses⁴⁵, manifestando que tanto los fueros de Aragón y de Valencia como las constituciones de Cataluña «son leyes pacciona-

⁴⁰ CLEMENTE GARCÍA, Enriqueta, *Las Cortes de Aragón en el siglo XVII...*, op. cit., p. 267.

⁴¹ REDONDO VEINTEMILLAS, Guillermo, «Las Cortes de Aragón en la modernidad», en: *Aragón. Historia y Cortes de un Reino*, Ayuntamiento de Zaragoza y Cortes de Aragón, Zaragoza, 1991, pp. 107-113, la cita en p. 107.

⁴² AGUILERA BARCHET, Bruno, «La creación legislativa en Aragón durante el reinado de Carlos II: Las Cortes frente a la crisis», en: GONZÁLEZ DE SAN SEGUNDO, Miguel Ángel (coord.), *Un jurista aragonés y su tiempo. El doctor Juan Luis López, primer marqués del Risco (1644-1703)*, op. cit., pp. 23-63, la cita en p. 29.

⁴³ CLEMENTE GARCÍA, Enriqueta, *Las Cortes de Aragón en el siglo XVII...*, op. cit., p. 254.

⁴⁴ MATEU SANZ, LORENZO, *Tratado de la celebración de Cortes Generales del Reino de Valencia*, Julián de Paredes, Madrid, 1677. Existen dos reediciones: Librerías París-Valencia, Valencia, 1982; Ayuntamiento de Valencia, Valencia, 2002.

⁴⁵ Véase sobre el particular: GIL PUJOL, Xavier, «Constitucionalismo aragonés y gobierno Habsburgo: los cambiantes significados de la libertad», en: KAGAN, Richard L., y PARKER, Geoffrey (eds.),

das que pasaron a ser contrato, y tienen toda su fuerza, por haberse establecido en Cortes, con recíproca obligación de Rey y de Reino».

Visto todo lo anterior, no parece imprudente afirmar que a finales del siglo XVII una parte importante de los juristas de los territorios aragoneses se mostraron partidarios de una conciliación efectiva entre el constitucionalismo aragonés y el realismo monárquico. Se trató de una de una línea conciliadora de grandes juristas como Juan Luis López, Crespí de Valladaura, Mateu Sanz o el magistrado catalán Rafael Vilosa⁴⁶. Acierta Jon Arrieta al pensar «que podía existir un estado de opinión fomentado por el conjunto de estos magistrados, que ocupaban, no se olvide, altas responsabilidades políticas, con el fin de favorecer una corriente conciliadora y de síntesis constructiva de futuro»⁴⁷.

La adición de todos estos importantes factores, literatura jurídica de alto nivel, ediciones públicas de los textos legales y notable actividad judicial y legislativa, pese a encontrarse enmarcados en un momento político-económico muy negativo de evidente crisis contribuían, en palabras del entusiasta Víctor Fairén Guillén, «a realzar el continuado esplendor de que nuestro Ordenamiento Jurídico gozaba de antiguo»⁴⁸. Sin embargo, las cosas iban a cambiar de forma radical a partir de 1700, cuando la muerte sin descendencia de Carlos II originó la primera guerra civil de la historia de España, conflicto que provocó en el viejo Reino la imposición por el siempre abusivo medio de las armas la abolición de la mayor parte del ordenamiento jurídico aragonés, de sus derechos y libertades y de sus instituciones políticas y administrativas. Lo cierto es que el desarrollo del nuevo orden legal marcado por los llamados Decretos de Nueva Planta supuso un absoluto vuelco en el mundo político, jurídico, social y cultural de Aragón.

Fue Diego Franco de Villalba, el principal forista aragonés de todo el siglo XVIII, quien encabezó en el viejo Reino la respuesta al nuevo orden borbónico. El jurista de Belmonte puede servir como modelo para entender la profunda lucha interna que experimentó todo el importante grupo de juristas aragoneses de la primera mitad del setecientos, algunos de ellos bien situados profesionalmente en 1707, cuando vivieron en primera persona el cambio tan absoluto que se produjo en la estructura jurídica y política aragonesa. Ante esta nueva situación, puede

España, *Europa y el mundo Atlántico*, Junta de Castilla y León, Madrid, 2001, pp. 217-249, en especial pp. 247-249.

⁴⁶ VILOSA, Rafael, *Tractatus de fugitivis ad explicationem Claudii Tryphonimi*, Novelle de Bonis, Nápoles, 1674. Como segunda parte de la obra, en este mismo volumen: *Variae iuris dissertationes in foro versantibus valde utiles et necessariae*.

⁴⁷ ARRIETA ALBERDI, Jon, «El tiempo de Juan Luis López: Entre dos guerras, entre dos continentes», op. cit., p. 79.

⁴⁸ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, «El Derecho aragonés desde el Decreto de Nueva Planta hasta el Código Civil», *Revista de Derecho Privado*, Año XXIX, número 339, junio de 1945, pp. 358-369, la cita en p. 358.

sentirse una notable pugna entre la Historia, es decir los deseos de conservación del conjunto de normas aragonesas sancionadas por la aceptación de la población del antiguo Reino a lo largo de los siglos, y la Razón, cuyos afanes sistematizadores de pretendido aroma modernizador subrayaban la necesidad de la unificación legal y de la centralización administrativa. Y los juristas aragoneses tuvieron que elegir si oponerse o adaptarse a la nueva situación que les fue impuesta, pasando en este segundo caso a ejercer, a través de su actividad en el foro, como instrumentos de socialización del nuevo orden legal impuesto por Felipe V. La respuesta puede intuirse con facilidad si observamos la presencia de los principales juristas aragoneses del setecientos, como alcaldes del crimen o como oidores de lo civil, en el seno de la recién constituida Real Audiencia de Aragón.

III. EL FORISMO ARAGONÉS ANTE LA NUEVA PLANTA BORBÓNICA. DE LA CRISIS DINÁSTICA A LA *CRISIS LEGAL*

1. LA CRISIS DINÁSTICA. SUS IMPLICACIONES POLÍTICAS: PACTISMO VERSUS DECISIONISMO

El 1 de noviembre de 1700 se produjo el fallecimiento de Carlos II sin sucesión. Varias obras impresas en Zaragoza expresaron con hondos sentimientos el pesar que la muerte del rey suscitó entre los aragoneses. Francisco de Guevara y Rada dio a la luz de la imprenta el *Real epicedio de la austriaca mesa en las fúnebres exequias que celebró el Real Convento del Seráfico Padre San Francisco de Zaragoza, por la muerte de su Rey y Señor Carlos Segundo*⁴⁹. Joseph Rubio compuso la *Oración fúnebre en las reales exequias que celebró al Rey Nuestro Señor Don Carlos II, de gloriosa memoria, la augusta imperial ciudad de Zaragoza*⁵⁰. Por su parte, Miguel Monreal se atrevió a ir más allá, pues en su *Teatro augusto*, obra compuesta para ensalzar las exequias que la ciudad de Zaragoza tributó a Carlos II tras su muerte, expresó con indisoluble sentimiento la honda preocupación por el futuro inmediato del viejo Reino, afirmando significativamente que «cayó la estatua (de Carlos II) y Aragón con ella»⁵¹.

⁴⁹ GUEVARA Y RADA, Francisco de, *Real epicedio de la austriaca mesa en las fúnebres exequias que celebró el Real Convento del Seráfico Padre San Francisco de Zaragoza, por la muerte de su Rey y Señor Carlos Segundo*, Domingo Gascón, Zaragoza, 1701.

⁵⁰ RUBIO, Joseph, *Oración fúnebre en las reales exequias que celebró al Rey Nuestro Señor Don Carlos II, de gloriosa memoria, la augusta imperial ciudad de Zaragoza, a 5 y 6 de diciembre de 1700, en la S. I. M. en su santo templo de San Salvador*, Francisco Revilla, Zaragoza, 1701.

⁵¹ MONREAL, Miguel, *Teatro augusto de el amor y el dolor en las reales exequias, que celebró al Rey Nuestro Señor don Carlos Segundo la siempre augusta ciudad de Zaragoza*, Francisco Revilla, Zaragoza, 1701, p. 332.

Este inicial clima de profunda preocupación existente en los territorios de la Corona de Aragón se incrementó exponencialmente tras la lectura del testamento de Carlos II, firmado el 2 de octubre de 1700, pues éste vulneraba de modo frontal y directo el ordenamiento jurídico aragonés. Como advierte Pérez Álvarez, «la decisión testamentaria del último Austria hería sus Fueros, que defendían, desde antiguo, la preferencia de la línea masculina sobre la femenina en cualquier circunstancia»⁵². Especial significación tuvo a ojos aragoneses la no celebración de Cortes para resolver el pleito sucesorio, pues ello explica «el que en determinados círculos de los territorios de la corona de Aragón se especulara con la idea de que Felipe V era “hechura” de Castilla»⁵³.

Otro testigo nada sospechoso de favorecer los intereses aragoneses, el filósofo Gottfried Wilhelm Leibniz, participó en 1703 en el debate dinástico con un interesante *Manifiesto en defensa de los derechos de Carlos III*. En este breve opúsculo, Leibniz postulaba la necesaria participación de las Cortes en todos aquellos asuntos de naturaleza sucesoria, excluyendo la posibilidad de que fueran los propios reyes o gobernantes los que pudieran disponer a su arbitrio «sino por las Asambleas de Estado de los reinos y provincias. Sería preciso, pues, que quienes se habían erigido en regentes convocaran las llamadas Cortes o Estados, tanto en Castilla como en Aragón, antes de tomar el más mínimo acuerdo acerca de la sucesión»⁵⁴.

Si la falta de refrendo de las Cortes era un asunto de especial significación, también lo fue el método de elección de Felipe de Anjou como nuevo monarca⁵⁵. La decisión fue adoptada por el cardenal Portocarrero, en esos momentos cabeza visible del sector castellano que dominaba la monarquía hispánica, apoyado entre otros por el recién nombrado presidente del Consejo de Castilla, Manuel Arias, y por el nuevo corregidor de Madrid Francisco Ronquillo, partidarios ambos del pretendiente Borbón. La elección fue consensuada el 6 de junio de 1699 desde dentro de un Consejo de Estado absolutamente castellanizado, hecho de gran importancia pues Castilla se arrogó unilateralmente la representación del conjunto de los viejos reinos peninsulares, que quedaron así completamente preteridos en la decisión final sobre la sucesión real. Se introducía así un nuevo elemento que trascendía el mero factor dinástico: el del dominio del

⁵² PÉREZ ÁLVAREZ, María Berta, *Aragón durante la Guerra de Sucesión*, Institución «Fernando el Católico», Zaragoza, 2010, p. 434.

⁵³ GONZÁLEZ ANTÓN, Luis, *Las Cortes de Aragón*, op. cit., pp. 190-191.

⁵⁴ LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm, *Manifiesto en defensa de los derechos de Carlos III*, en: SALAS ORTUETA, Jaime de (ed. lit.), *Escritos de filosofía jurídica y política de Leibniz*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2001, pp. 291-323.

⁵⁵ Para contextualizar el momento ver: FERNÁNDEZ ALBALADEJO, Pablo, *La crisis de la Monarquía*, en FONTANA, Josep, y VILLARES, Ramón, *Historia de España*, vol. 4, Crítica y Marcial Pons, Barcelona, 2009, pp. 515 y ss.

reino de Castilla sobre el resto, el de la «nación dominante»⁵⁶. Hasta el taimado conde de Frigiliana declaró con rotundidad al resto de los consejeros, una vez pactada la elección del monarca Borbón, que «hoy destruisteis la monarquía»⁵⁷.

No obstante, y por encima de la falta de refrendo de las Cortes o del método empleado para pactar la elección del de Anjou, conviene valorar el propio testamento de Carlos II, pues en definitiva es el documento del que nació el derecho a reinar en España del de Anjou. Dicho testamento, que aparece accesiblemente recogido como apéndice por el marqués de Miraflores en su *Juicio imparcial de la cuestión de sucesión a la corona de España*, se alejaba con claridad del decisionismo real que luego patrocinarán Felipe V y sus principales consejeros, alineándose con la corriente pactista observada en los territorios de la Corona de Aragón al exigir el previo juramento real como requisito indispensable para la toma de posesión del nuevo monarca: «se le dé luego y sin la menor dilación, la posesión actual, precediendo el juramento que debe hacer de observar las leyes, fueros y costumbres de dichos mis reinos y señoríos»⁵⁸.

Felipe V realizó ese juramento tanto en las Cortes de Cataluña como en las de Aragón, pero posteriormente haría caso omiso al mismo al liquidar el Derecho y las instituciones vigentes en la Corona aragonesa. Esta actuación derogatoria es de una tremenda gravedad, ya que el testamento de Carlos II enfatizaba como requisito indispensable para que el de Anjou pudiera hacerse con la Corona española el de la observancia de toda una serie de cláusulas dirigidas a la salvaguarda de los ordenamientos jurídicos y de las principales instituciones de los diversos reinos: «encargo a mis sucesores la mantengan (la planta de gobierno) con los mismos tribunales y forma de gobierno y muy especialmente guarden las leyes y fueros de mis reinos, en que todo su gobierno se administre por naturales de ellos, sin dispensar en esto por ninguna causa»⁵⁹.

El mismo hecho de la sucesión constituye la base empírica sobre la que se asienta ese pretendido dominio absoluto del monarca. Fue el mismo Felipe V cuando incluyó a los Reinos de Aragón y de Valencia entre los territorios «que tan legítimamente poseo en esta Monarquía» el que estaba reconociendo de manera implícita como título de su soberanía el de la sucesión real. Y como

⁵⁶ Así: ALBAREDA SALVADÓ, Joaquim, *La Guerra de Sucesión de España (1700-1714)*, Crítica, Barcelona, 2012, p. 232.

⁵⁷ BACALLAR Y SANNA, Vicente, marqués de San Felipe, *Comentarios de la guerra de España e historia de su rey Felipe V el animoso, desde el principio de su reinado hasta el año de 1725*, Matheo Garvizza, Génova, 1725. Existe reedición, utilizada en este trabajo, de Carlos Seco Serrano, Biblioteca de Autores Españoles, tomo LXXIX, Atlas, Madrid, 1957, la cita en p. 11.

⁵⁸ PANDO FERNÁNDEZ DE PINEDA, Manuel, marqués de Miraflores, *Juicio imparcial de la cuestión de sucesión a la Corona de España suscitada por la Inglaterra y la Francia*, Imprenta de la viuda de Calero, Madrid, 1847, apéndice en pp. 11-47, la cita en p. 17.

⁵⁹ *Ibidem*, pp. 31-32.

subraya Jesús Morales la sucesión «es un título de naturaleza derivativa, que por tanto no puede transmitir más allá de las fuerzas de la herencia»⁶⁰. El de Anjou recibió de Carlos II una monarquía de poder limitado, que requería el consentimiento de las Cortes de los reinos de la Corona de Aragón para derogar, modificar o implantar leyes que pudiesen afectarles.

El *Real Decreto de 29 de junio de 1707* operó a mi juicio como la traducción, en clave punitiva, de la presunta rebelión de los Reinos de Aragón y de Valencia que se pretendió generalizada sin serlo. Dicho decreto se fundamentaba jurídicamente en los derechos de conquista, a los que Felipe V dijo hacerse acreedor tras acometer lo que consideró una *guerra justa* propiciada por la insurrección de ambos reinos. Este fundamento jurídico compartía protagonismo con el dominio absoluto que el rey afirmaba poseer sobre los territorios de su monarquía, una «absoluta potestas» que presuntamente se derivaba de los derechos sucesorios que el de Anjou obtuvo tras la muerte de Carlos II y la consiguiente aceptación de su testamento⁶¹.

En conclusión, el *Decreto de 29 de junio de 1707* esgrimió el dominio absoluto de Felipe V sobre todos los reinos de la monarquía como uno de sus principales fundamentos jurídicos. Dicho decreto combinaba las represalias de guerra con la insólita pretensión de unas presuntas prerrogativas reales para imponer o derogar leyes, con el objetivo final de proceder hacia una singular unificación legal basada en el Derecho castellano. Con ello se estaba atacando directamente la tradición jurídica de los viejos territorios de la Corona aragonesa y sus respectivos ordenamientos, que gravitaban sobre la base del pactismo, condicionando de forma sustancial las relaciones del monarca con los habitantes de la Corona de Aragón. Dicho pactismo fue sustituido en el *Decreto de 29 de junio de 1707* por un decisionismo estrechamente vinculado a las teorías absolutistas patrocinadas por los Borbones. Ambas concepciones políticas, resultado de siglos de historia, eran el «fruto de desarrollos seculares que permitieron cristalizar modelos institucionales, normas políticas y actitudes hartamente diferentes»⁶².

Las invasivas medidas que acogió el mencionado decreto de verano de 1707 iban más allá de la simple derogación de los derechos y libertades históricas de los reinos presuntamente rebeldes de Aragón y Valencia. Su principal objetivo consistía a mi juicio en la destrucción de una concepción política de gobierno, la pactista, que estaba hondamente enraizada en el ser de los habitantes de

⁶⁰ MORALES ARRIZABALAGA, Jesús, *Fueros y libertades del Reino de Aragón...* op. cit., p. 133.

⁶¹ Sobre la falta de fundamentación jurídica de la imposición de la Nueva Planta Borbónica en Aragón ver: VICENTE Y GUERRERO, Guillermo, «Fundamentación jurídica de los decretos de conquista de 1707. La reacción de los juristas aragoneses: Diego Franco de Villalba y su *Crisis legal*», *Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo LXXXVI, 2016, pp. 351-383.

⁶² ALBAREDA SALVADÓ, Joaquim, *La Guerra de Sucesión de España (1700-1714)*, op. cit., p. 9.

ambos territorios, en especial en el de los aragoneses, constituyendo precisamente una de sus señas de identidad más palpables. En palabras de José María Iñurrítegui se trataba «de derogar unos derechos. Pero también, y ahí está la verdadera dimensión “política” del asunto, de fulminar la comprensión constitucional del fuero y el lenguaje patriótico que la misma pudiera animar»⁶³.

El asunto no era precisamente cuestión baladí. Dos instancias dinásticas con dos formas muy distintas de entender el funcionamiento de la *res publica* pugaban entre sí por su efectiva implantación en territorio hispano, arrogándose ambas el carácter soberano y exigiendo a su vez la fidelidad de un cuerpo político fragmentado en muchos territorios, con derechos y tradiciones muy distintas entre sí. Fueron las propias circunstancias del conflicto bélico las que «situaron a la fidelidad como fenómeno y como concepto en el centro de la acción política»⁶⁴. Desde Castilla esa fidelidad fue planteada en clave confesional, intentando conectar la suerte de la dinastía borbónica en España con la de la fe católica amenazada por la herejía austracista. Esta tendencia encontró, en los primeros años del conflicto, una notable respuesta entre los castellanos, para quienes a lo largo de la historia su propio gobierno político se había articulado en buena medida a través de la fe religiosa. Pedro de Portocarrero subrayaba en 1700 la necesidad de mantener las tradicionales relaciones entre la monarquía castellana y la fe católica, señalando que Castilla era la más religiosa, católica y noble que había conocido el mundo y asegurando que una de las más importantes obligaciones de todo buen príncipe consistía en disponer «el ánimo de sus súbditos a la veneración de lo sagrado y observancia de la ley divina»⁶⁵.

Ya en pleno conflicto bélico fue Tomás de Puga, el principal tratadista castellano del momento, quien en 1707 llevó al calor de la imprenta su *Crisol de la española lealtad, por la religión, por el rey, por la ley y por la patria*. En esta notable obra hacía converger en la persona del soberano toda idea patriótica, elaborando para ello una especie de cuerpo místico-político en el que la cabeza correspondía al monarca, haciendo las veces de Dios. Desde una perspectiva tomista, Tomás de Puga subrayaba que cuando los vasallos sirven al rey están sirviendo a

⁶³ IÑURRÍTEGUI RODRÍGUEZ, José María, «1707: la fidelidad y los derechos», en: FERNÁNDEZ ALBALADEJO, Pablo (ed.), *Los Borbones. Dinastía y memoria de nación...*, op. cit., pp. 245-302, la cita en p. 294.

⁶⁴ VICENT LÓPEZ, Ignacio, «La cultura política castellana durante la guerra de sucesión. El discurso de la fidelidad», en: FERNÁNDEZ ALBALADEJO, Pablo (ed.), *Los Borbones. Dinastía y memoria de nación...*, op. cit., pp. 217-243, la cita en p. 217.

⁶⁵ PORTOCARRERO Y GUZMÁN, Pedro de, *Theatro Monarchico de España, que contiene las más puras, como católicas máximas de Estado, por las cuales así los príncipes como las repúblicas aumentan y mantienen sus dominios, y las causas que motivan su ruina*, Juan García Infançon, impresor de la Santa Cruzada, Madrid, 1700. Existe reedición por Carmen Sanz Ayán, Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, utilizada en este trabajo, la cita en p. 52.

Dios movidos por un acto de «amor a la patria»⁶⁶. Otro escritor que subrayaba las connotaciones religiosas del conflicto, Ignacio Vicente Savallos, publicó sus igualmente significativos *Triunfos de la luz contra las oscuras tinieblas de la herejía y negras sombras de la infidelidad*⁶⁷. La cultura jurídico-política que se pretendía salvaguardar giraba pues de forma recurrente alrededor de una obediencia no exenta de importantes condicionantes de naturaleza religiosa⁶⁸. Incluso podría afirmarse que la adhesión castellana a Felipe V se formuló en muchos casos a través de argumentos de auténtica cruzada religiosa.

Por su parte, la historiografía jurídica favorable a la causa austracista incidió de forma unánime en la defensa del conjunto de fueros, libertades históricas e instituciones políticas de los diversos reinos como principal elemento cohesionador, subrayando el peso de la singularidad jurídica en dichos territorios⁶⁹. El componente jurídico foral, unido a un factor de carácter más psicológico como el odio a lo francés, se antepuso en los territorios de la Corona de Aragón a cualquier otro tipo de presupuestos dinásticos o religiosos. El aragonés Juan Amor de Soria, acertadamente calificado por Ernest Lluch como «la cima del pensamiento austracista»⁷⁰, postulará precisamente el papel de las cortes como el elemento nuclear sobre el que debía basarse toda posible construcción política.

En su principal obra, elaborada en forma manuscrita y titulada *Enfermedad crónica y peligrosa de los Reinos de España y de Indias: sus causas naturales y sus remedios*⁷¹, el conde Juan Amor de Soria destacaba como el principal mal que había debilitado el fortalecimiento de la monarquía española «la abolición y menosprecio de las Cortes Generales de Castilla y de Aragón», subrayando igualmente que «no es disputable tampoco que los reyes están obligados por su juramento y por su misma primaria constitución a cumplir las Leyes fundamentales, y a con-

⁶⁶ PUGA Y ROJAS, Tomás de, *Crisol de la española lealtad, por la religión, por el rey, por la ley y por la patria*, Imprenta Real de Francisco de Ochoa, Granada, 1708, pp. 155 y ss.

⁶⁷ SAVALLOS, Fray Ignacio Vicente, *Triunfos de la luz contra las oscuras tinieblas de la herejía y negras sombras de la infidelidad*, Acisclo Cortés de Ribera, Córdoba, 1707.

⁶⁸ Véase: GONZÁLEZ CRUZ, David, *Guerra de religión entre príncipes católicos: el discurso del cambio dinástico en España y América (1700-1714)*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2002.

⁶⁹ Ver: LEÓN SANZ, Virginia, *Entre Austrias y Borbones. El Archiduque Carlos y la monarquía de España (1700-1714)*, Sigilo, Madrid, 1993.

⁷⁰ LLUCH, Ernest, *Las Españas vencidas del siglo XVIII. Claroscuros de la Ilustración*, Crítica, Barcelona, 1999, p. 85.

⁷¹ AMOR DE SORIA, Juan, *Enfermedad crónica, y peligrosa de los Reinos de España y de Indias: sus causas naturales y sus remedios*, publicado en: *Aragonesismo austracista (1734-1742). Escritos del conde Juan Amor de Soria*, Biblioteca Ernest Lluch de Economistas Aragoneses, núm. 4, Institución «Fernando el Católico», Zaragoza, 2010, pp. 173-372. La obra cuenta con un estudio preliminar de Ernest Lluch, quien procedió a su edición a partir del manuscrito original, firmado en Viena en 1741, conservado en la Real Academia de la Historia (RAH), 9-5614, núm. 1550.

vocar las Cortes Generales para tratar con ellas de los medios y modos conducentes a la conservación y aumento del estado respectivo»⁷².

El tratadista aragonés reclamaba como obligación real la convocatoria, consulta y consentimiento de las cortes para los asuntos de importancia que afectarían a sus territorios, y precisamente de la inobservancia de estas máximas se derivó a su juicio el comienzo de la crisis de la monarquía hispana, pues «sobre el punto más arduo y más esencial de los reinos, cual era su sucesión, contra las Leyes fundamentales de ellos, no se convocaron las Cortes Generales»⁷³. Juan Amor de Soria pondrá como ejemplo paradigmático la redacción del testamento de Carlos II sin realizar consulta alguna a cortes, de donde nació en su opinión el mayor mal posible para los distintos reinos, ya que «un testamento que no puede ser regla a la sucesión en los reinos... vino a ser el fundamento de esta sucesión con el absoluto menosprecio de los reinos y de sus Cortes Generales»⁷⁴.

Alejandro de Herrera, otro de los autores austracistas de mayor consideración, ya había subrayado desde Lisboa en los primeros años del conflicto dinástico que en el nombramiento del monarca Borbón la marginación de las cortes operó como uno de los elementos políticos claves que conducían a la ilegalidad de su entronación. En su obra, titulada *Alegación jurídica*, Herrera recordaba que las leyes antiguas de los godos ya prescribían el reconocimiento universal de los pueblos para con sus soberanos, subrayando «la costumbre general de toda la España de reconocer y jurar los Reyes en Cortes públicas por los tres estados del Reino, porque en ellos se representa todo el Reino»⁷⁵.

El propio Amor de Soria había redactado unos años atrás otro interesante escrito, también conservado en la matritense Real Academia de la Historia, titulado *Adiziones y notas históricas*⁷⁶. En su manuscrito recogía la propuesta realizada en 1734 por un texto catalán austracista, *Via Fora els adormits*⁷⁷, en el que el autor ofrecía como alternativa política a la España unitaria y despótica de Felipe V la creación de un nuevo Reino o República de Aragón que, bajo la protección de

⁷² Ibídem, ambas citas en pp. 214 y 215.

⁷³ Ibídem, p. 225.

⁷⁴ Ibídem.

⁷⁵ HERRERA, Alejandro de, *Alegación jurídica en que por las verdades más sólidas de la jurisprudencia se muestra el infalible derecho con que los Reinos y Señoríos de España pertenecen por muerte del Rey Carlos II al Serenísimo Señor Archiduque de Austria, Carlos III, verdadero y legítimo Rey de España*, Valentín de Acosta Deslandes, Lisboa, 1704, p. 257.

⁷⁶ AMOR DE SORIA, Juan, *Adiziones y notas históricas*, manuscrito, 1736, conservado en la RAH.

⁷⁷ *Via Fora els adormits y resposta del Sr. Broak, secretari que fou del Sieur Milford Crow, al Sr. Vallés, son corresponent de Barcelona, sobre les materies polítiques presents*, Herederos de Rafael Figueró, Barcelona, 1734. La obra aparece firmada por un presunto inglés llamado Broak, casi con total seguridad un seudónimo. Reeditado por: LLUCH, Ernest (ed.), *Escrits polítics del segle XVIII*, vol. III, *Via Fora els adormits*, Eumo Editorial, Vic, 2005.

Inglaterra (dueña de Menorca y Gibraltar) y de Portugal (a la que se añadiría Galicia), reuniera Aragón, Cataluña (con Cerdeña, Rosellón y Conflent), Valencia, Murcia (conquistada por el rey aragonés Jaime I), Navarra, Vizcaya, Álava y Guipúzcoa (estos últimos con los territorios correspondientes a Francia). Navarra y las provincias vascas se incorporarían a Aragón no por razones históricas, sino por un simple tema pragmático: porque sus singularidades jurídicas y culturales se ajustarían mejor al régimen de libertades históricas de Aragón que al despotismo centralizador del reino de Castilla.

Las teorías del conde Amor de Soria se encuentran conectadas con las líneas del contractualismo aragonés histórico y del pluralismo político y normativo demandado por los territorios de la extinta Corona de Aragón. Parecen ciertamente alejadas de las tesis de la soberanía absoluta del príncipe, postuladas por los Borbones, o de las de la monarquía católica y unitaria predicadas por los castellanos. Virginia León subraya que en la construcción del tratadista aragonés «es destacable su modo de conciliar el absolutismo del monarca con el respeto a la configuración histórica de España»⁷⁸.

Si los tratados de Pedro de Portocarrero y de Tomás de Puga se granjearon la consideración general entre los seguidores de la causa del de Anjou, los partidarios de los derechos del archiduque don Carlos pudieron conocer una obra ciertamente sorprendente publicada en Hannover en 1703⁷⁹: los *Sagrados Misterios de la Justicia Hispana* de G. E. de Frankenau, trabajo que sintió el calor de la imprenta coincidiendo significativamente con el nombramiento en Viena del archiduque don Carlos como Carlos III de España. La obra de Frankenau era, en buena medida, un repertorio de jurisprudencia de leyes patrias procedentes de los distintos reinos, en algunos casos fijadas de forma no muy bien definida. En este sentido, sorprende la presencia de Portugal como parte de la monarquía hispánica. Aunque el tratado partía de considerar las leyes de Castilla como «leges Hispaniae strictim sumptae»⁸⁰, dedicaba una importante parte al Derecho aragonés y, de forma muy especial, al Fuero de Sobrarbe. Frankenau analizaba profusamente los derechos vigentes de los distintos reinos, concibiendo el componente foral como elemento consustancial a la lógica de la monar-

⁷⁸ LEÓN SANZ, Virginia, «Una concepción austracista del Estado a mediados del siglo XVIII», en: *Coloquio Internacional Carlos III y su siglo*, vol. 2: *Poder y sociedad en la época de Carlos III*, Universidad Complutense, Madrid, 1990, pp. 213-224, la cita en p. 224.

⁷⁹ FRANKENAU, Gerardo Ernesto de, *Sacra Themidis Hispanae Arcana, iurium legumque ortus, progressus, varietates & observantiam, cum praecipuis glossarum, commentariorumque, quibus illustrantur, auctoribus & Fori Hispani Praxi hodierna publicae luci exponit D...*, Hannoverae, Apud Nicolaum Foersterum, Anno MDCCIII. Para este trabajo he utilizado la edición bilingüe de María Ángeles Durán Ramas (ed. y trad.), con presentación de Bartolomé Clavero: *Sagrados Misterios de la Justicia Hispana (Sacra Themidis Hispanae Arcana)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 206.

quía hispana⁸¹. Parece significativo que, a los ojos de un erudito y desconocido tratadista centroeuropeo, la singularidad jurídica aragonesa constituyera un elemento merecedor de la mayor consideración.

2. LA CRISIS LEGAL. ALGUNAS REACCIONES DESDE ARAGÓN

Mientras los sucesos militares se iban sucediendo de forma vertiginosa, y especialmente tras los resultados de la batalla de Almansa, fue floreciendo en Zaragoza una literatura panegírica ensalzando las bondades de la causa felipista. En efecto, diversos papeles impresos afloraron en estos momentos para exaltar la figura del monarca Borbón, entre los que merecen destacarse la *Acción de gracias... por las victorias de nuestro católico monarca Felipe Quinto*, redactada por Joseph de Pomar⁸², y el *Sermón y acción de gracias... por los felices sucesos de las católicas cristianísimas armas de el Rey Nuestro Señor Don Felipe Quinto el animoso*, obra de Josef Antonio López de Ontanar⁸³. Igualmente puede resaltarse un breve folleto anónimo titulado *Crisis política de un papel bien recibido, pero mal examinado. Desengaño del desengañador más engañado*⁸⁴.

No obstante, la implantación en el verano de 1707 de los decretos de 29 de junio y de 29 de julio provocó importantes tensiones internas en Aragón. La propia Diputación del Reino envió el 30 de agosto de 1707 un *Manifiesto* a José Grimaldo aprovechando el nacimiento del príncipe Luis. Dicho *Manifiesto* fue significativamente firmado por la totalidad de los diputados: Matías Martín de Resende y Francia, conde de Bureta; Francisco Lasierra, barón de Letosa; el deán de Zaragoza Pedro de Padilla y Romeo; Antonio Azlor, eclesiástico de la Orden de San Juan; Gaspar de Segovia y Valeriano Mezquita por el brazo de caballeros; Miguel La Balsa Zaragoza y Bruno La Balsa y Campí por el brazo de universidades; figurando como secretario Pedro Miguel Samper. En el *Manifiesto* se exculpaba de forma absoluta a la alta y baja nobleza aragonesa de la «generalizada sublevación»,

⁸¹ Véase sobre el particular: ESCUDERO, José Antonio, «Tríptico escandinavo (en recuerdo de Gunnar Tilander)», *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 70, 2000, pp. 425-447, y de forma muy especial pp. 425-438.

⁸² POMAR, Joseph de, *Acción de gracias a María Santísima, descubierto el Santísimo Sacramento, por las victorias de nuestro católico monarca Felipe Quinto, y nacimiento de el Serenísimo príncipe de Asturias, hecha en a real Villa de Épila por el Rvdo. Fr...*, Vicario Provincial de Aragón de la Orden de San Agustín, Manuel Román, Zaragoza, 1707.

⁸³ LÓPEZ DE ONTANAR, Josef Antonio, *Sermón y acción de gracias a la indivisa Trinidad por los felices sucesos de las católicas cristianísimas armas de el Rey Nuestro Señor Don Felipe Quinto el animoso (que Dios guarde) en los reynos de Valencia y de Aragón*, Diego de Larumbe, Zaragoza, 1707.

⁸⁴ *Crisis política de un papel bien recibido, pero mal examinado. Desengaño del desengañador más engañado*, por un criado del Veguer y Justicia, que obtiene las licencias a docenas para desengaños semejantes, Zaragoza, 1704.

solicitando la restitución de los antiguos fueros, instituciones y libertades históricas aragonesas y la abolición de los dos anteriores decretos.

Fue en esos precisos momentos cuando terminó de elaborarse la sobresaliente *Historia de las guerras civiles de España, desde la muerte de don Carlos II, que sucedió en primero de noviembre de 1700... hasta el de 1708*⁸⁵. Redactado en forma manuscrita por Agustín López de Mendoza y Pons, conde de Robres, se trata de un trabajo singular en el heterogéneo panorama de la narrativa del enfrentamiento dinástico. Para Joaquim Albareda su lectura revela «un notable ejercicio de recuperación de la memoria histórica colectiva... para comprender así el alcance político y la envergadura constitucional que suponía el barrido de la planta antigua de gobierno»⁸⁶.

En su *Historia de las guerras civiles de España* Agustín López de Mendoza subraya el peso del factor jurídico, siguiendo la estela de los principales juristas aragoneses del siglo anterior, como elemento clave del identitario aragonés. Precisamente era el abrupto proceso de pérdida de esa diferenciación jurídica patrocinada por la implantación de los Decretos de Nueva Planta el que, a juicio del conde de Robres, debía dejarse por escrito con vocación de posteridad, pues se trataba de un auténtico proceso de liquidación efectiva de uno de los rasgos constitutivos de la propia identidad aragonesa. López de Mendoza ya era perfecto conocedor, en 1708, de la enorme trascendencia del cambio operado a través de unos decretos que, en palabras de José María Iñurrítegui, redujeron «a cenizas el alfabeto político engarzado en los territorios de la Corona de Aragón»⁸⁷.

López de Mendoza enjuicia los Decretos de Nueva Planta y elucubra también sobre sus repercusiones futuras en el capítulo VIII del libro VII. En su escrito aborda las deliberaciones del llamado Consejo de Gabinete acerca de la necesidad de suprimir los fueros y libertades de Aragón y de Valencia, subrayando que «en Castilla han estado siempre malhumorados con nuestras prácticas y exenciones»⁸⁸, lo que vista la composición de dicho Gabinete explica que «prevaleció lastimosamente el (voto) de reducir la Corona de Aragón enteramente al gobierno de Castilla, extinguiéndose su Consejo Supremo y abrogando todos los

⁸⁵ LÓPEZ DE MENDOZA Y PONS, Agustín, conde de Robres, *Historia de las guerras civiles de España, desde la muerte de don Carlos II, que sucedió en primero de noviembre de 1700... hasta el de 1708*, Biblioteca de Escritores Aragoneses, IV, Diputación Provincial, Imprenta del Hospicio Provincial, Zaragoza, 1882. Existe reedición: *Memorias para la Historia de las guerras civiles de España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, con un interesante estudio preliminar de José María Iñurrítegui.

⁸⁶ ALBAREDA SALVADÓ, Joaquim, *La Guerra de Sucesión de España (1700-1714)*, op. cit., p. 232.

⁸⁷ IÑURRITEGUI RODRÍGUEZ, José María, *Gobernar la ocasión. Preludio político de la Nueva Planta de 1707*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 11.

⁸⁸ LÓPEZ DE MENDOZA Y PONS, Agustín, conde de Robres, *Memorias para la Historia de las guerras civiles de España*, op. cit., p. 303.

usos, costumbres, fueros, exenciones y privilegios antiguos»⁸⁹. La imagen proyectada por los decretos sancionados en el verano de 1707 no puede ser más negativa, pues un hombre avezado en la historia jurídica aragonesa no debía dejar de denunciar la falta de legitimidad del monarca para realizar una operación constitucional de semejante calado: «es contra nuestras leyes fundamentales, establecidas desde la fundación de nuestra Corona, el que los reyes pudiesen por sí solos establecer en ella leyes y derogarlas»⁹⁰.

No puede ser más clara y rotunda la forma en la que Agustín López de Mendoza cierra su libro séptimo al cuestionarse el futuro que le espera a Aragón al acabar la guerra. Su voz es la de un espíritu libre y comprometido con una realidad que siente profunda y dolorosamente: «fenecidas las esperanzas y extirpados los temores puede renacer en todos el deseo del recobro de nuestra libertad. Con lo que la odiosa mudanza decretada... puede obligar en adelante a mantenerse armada la majestad no menos contra los extranjeros que contra los súbditos»⁹¹.

Mucho menos firmes que el Conde de Robres se mostraron los principales juristas aragoneses, que también fueron tomando posiciones. En su mayoría se declararon abiertamente afectos al nuevo régimen de gobierno que Felipe V deseaba implantar sobre el común de los territorios de la monarquía. En especial merecen destacarse los casos de José Rodrigo de Villalpando, de Diego Franco de Villalba y de Gil Custodio de Lissa, nombrado significativamente magistrado decano de la nueva Real Audiencia de Aragón. También de Jaime Ric y Veyán, uno de los cuatro primeros oidores de la sala de lo civil de dicho tribunal, procedente de la Corte del Justicia de Aragón, en donde desempeñaba el cargo de lugarteniente compartiendo responsabilidades con otros notables juristas de cierta vocación felipista como Pedro Vallés o Felipe Gracián.

Posiblemente el jurista aragonés más importante a comienzos del siglo XVIII fue Gil Custodio de Lissa y Guevara, catedrático de Derecho romano en la Universidad Caesaraugustana, decano del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza y, tras la significativa fecha de 1711, oidor de la Real Audiencia de Aragón y magistrado decano de dicha institución. Lissa fue el autor de una notable obra, titulada de forma equívoca *Tyrocinium iurisprudentiae forensis, seu animadversiones theorico practicae iuxta foros aragonum, in IV libros Institutionum Iuris Imperatoris Justiniani*⁹². En dicho tratado, publicado en 1703, Lissa más que enfa-

⁸⁹ Ibídem, p. 305.

⁹⁰ Ibídem, p. 307.

⁹¹ Ibídem, p. 310.

⁹² LISSA Y GUEVARA, Gil Custodio de, *Tyrocinium iurisprudentiae forensis, seu animadversiones theorico practicae iuxta foros aragonum, in IV libros Institutionum Iuris Imperatoris Justiniani*, apud Emmanuelem Oman, Caesar-Augustae, 1703. Existe una segunda edición, a cuyo título original sigue: *Nova aeditio*

tizar la singularidad jurídica aragonesa procedió a la ordenación del Derecho aragonés conforme a la estructura sistemática seguida por el Derecho romano, y más concretamente por las *Institutiones* de Justiniano. Lissa identificaba en su obra la equidad con el Derecho romano. Jesús Morales señala que Lissa «lejos de destacar la originalidad nativa de nuestro Derecho, busca su comunicación, su aproximación a los otros derechos cultos de Europa a través del camino compartido de Justiniano y Donello»⁹³.

Jesús Lalinde apuntaba que el tratado de Lissa «tiene ya carácter de síntesis manualística y didáctica»⁹⁴. En efecto, el *Tyrocinium iurisprudentiae forensis* no deja de ser un manual sobre el ordenamiento jurídico aragonés. No obstante toda la obra aparece marcada, en mi opinión, por una preocupante y total sumisión al Derecho romano. De hecho, Lissa suele introducir los diversos epígrafes que conforman el cuerpo principal de su texto remitiendo a las glosas que Donello ofreció sobre tales materias. Además, las cabeceras de los diversos apartados remiten igualmente a sus correspondientes secciones en la obra de Justiniano. Alejando de la literatura jurídica aragonesa de la segunda mitad del seiscientos, Lissa parece preparar el camino tendiendo puentes que unos años más tarde aprovechará Diego Franco de Villalba en su monumental *Fororum ac Observantiarum Regni Aragonum Codex, sive ennodata methodica Compilatio Iure Civili et Canonico fulcita, legibus Castellae conciliata, atque omnigena eruditione contexta*⁹⁵, obra que en 1743 conocería una nueva y definitiva edición en dos tomos con similar título e importantes adiciones⁹⁶.

Otro de los más relevantes juristas aragoneses de principios del setecientos, y posiblemente el que colaboró de una forma más activa con el régimen de gobierno felipista en Zaragoza fue José Rodrigo de Villalpando, quien una vez implantada la Nueva Planta sería recompensado con el cargo de fiscal de la nueva Real Audiencia de Aragón y, poco más tarde y por intercesión de Melchor de

cum aliquibus annotationibus tam ipsius auctoris, quam aliorum Iurisconsultorum adiectis, et iuxta Ordinem Titulorum et paragraphorum ad calam Operis appositis, Medardo de Heras, Zaragoza, 1788. Esta segunda edición se reimprimió en pleno Trienio Liberal: Medardo de Heras, Zaragoza, 1821.

⁹³ MORALES ARRIZABALAGA, Jesús, «La Nueva Planta del reino de Aragón: la recuperación de la *iurisdictio* regia», en: ESCUDERO, José Antonio (coord.), *Génesis territorial de España*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2007, pp. 91-148, la cita en p. 102.

⁹⁴ LALINDE ABADÍA, Jesús, *Los Fueros de Aragón*, Librería General, Zaragoza, 1976, p. 134.

⁹⁵ FRANCO DE VILLALBA, Diego, *Fororum ac Observantiarum Regni Aragonum Codex, sive ennodata methodica Compilatio Iure Civili et Canonico fulcita, legibus Castellae conciliata*, Petrum Ximenez, CaesarAugustae, Anno MDCCXXVII.

⁹⁶ FRANCO DE VILLALBA, Diego, *Fororum atque Observantiarum Aragonia Codex, sive ennodata methodica Compilatio, Iure Civili, ac Canonico fulcita, legibus Castellae conciliata, et omnigena eruditione contexta. Editio secunda... ingens opus, in duos tomos distributum*, In Typographia Haeredum Joannis Malo, CaesarAugustae, MDCCXLIII.

Macanaz, con una plaza en el Consejo de Castilla⁹⁷. Rodrigo se había distinguido como uno de los hombres de confianza del murciano en Zaragoza durante el transcurso de todo el período bélico, como bien reconocería el mismo Macanaz en sus memorias manuscritas. En 1717 Rodrigo de Villalpando obtuvo el nombramiento de secretario de Estado de Gracia y Justicia, cargo que desempeñaría ininterrumpidamente durante un cuarto de siglo⁹⁸. El aragonés fue finalmente agasajado por el rey con el título de marqués de la Compuesta, representando el exitoso *iter* personal y profesional de aquellos que se significaron abiertamente a favor de la dinastía francesa.

El tercer jurista aragonés más importante del momento fue Diego Franco de Villalba⁹⁹. Pese a ser más joven que Gil Custodio de Lissa, y gozar de menos contactos en la corte madrileña que José Rodrigo de Villalpando, lo cierto es que su influencia en el discurrir de los acontecimientos fue tan grande que hoy no parece excesivo afirmar que Franco de Villalba colaboró decisivamente en el indulto de una parte tan característica y propia del ser aragonés como es la de su Derecho privado. Para ello el jurista nacido en la bilbilitana localidad de Belmonte elaboró, en 1710, un sentido manifiesto dirigido al rey titulado *Crisis legal, que manifiesta la conveniente noticia de los fueros y modos judiciales de proceder usados en Aragón*¹⁰⁰.

3. LA RESPUESTA DE DIEGO FRANCO DE VILLALBA

El escrito de Franco de Villalba era hijo de las circunstancias históricas que le habían empujado a nacer, en un contexto postbélico que ejercía a la vez como

⁹⁷ Archivo Histórico Nacional, Consejos, libro 734, folio 166 v. Abogado general en noviembre de 1713, ascendió al cargo de consejero el 1 de mayo de 1714, y al puesto de fiscal el 9 de junio de 1715. Ver: FAYARD, Janine, *Los miembros del Consejo de Castilla (1621-1746)*, Siglo XXI, Madrid, 1982, en especial pp. 128 y 129.

⁹⁸ Véase: ESCUDERO, José Antonio, *Los Secretarios de Estado y del Despacho*, 4 vols., Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1969 (segunda edición en 1976), en especial tomo III, p. 729.

⁹⁹ Sobre este importante forista aragonés véase: VICENTEY GUERRERO, Guillermo, «El jurista D. Diego Franco de Villalba», *Anuario de Ciencias Historiográficas de Aragón*, tomo IX, Zaragoza, 1996, pp. 27-59. Ver igualmente: VICENTE Y GUERRERO, Guillermo, *Del orgulloso forismo al foralismo tolerado*, op. cit., en especial pp. 257-317; VICENTE Y GUERRERO, Guillermo, «Franco de Villalba, Diego», en PELÁEZ, Manuel (ed.), *Diccionario crítico de juristas españoles, portugueses y latinoamericanos*, tomo V, Universidad de Málaga, Zaragoza y Barcelona, 2016.

¹⁰⁰ FRANCO DE VILLALBA, Diego, *Crisis legal, que manifiesta la conveniente noticia de los fueros y modos judiciales de proceder usados en Aragón; la apacible concordia de sus establecimientos con la suprema potestad de los príncipes; y la remediable discrepancia en el abuso, y cavilación de algunas prácticas*, Zaragoza, 1710. No aparece imprenta, lugar ni fecha de impresión, pero en la última página el manifiesto se fecha en Zaragoza el 16 de febrero de 1710. Existe edición facsímil con estudio preliminar de Guillermo Vicente y Guerrero, *El Justicia de Aragón*, Zaragoza, 2016. Esta obra se editó tres décadas más tarde junto al tratado de Francisco Carrasco de la Torre sobre los *Juicios Privilegiados del Reino de Aragón*, sin consignar en la portada los autores de ambos trabajos: *Crisis legal, y brebe noticia de los Fueros privilegiados de Aragón*, Imprenta de Joseph de Orga, Valencia, s/f (alrededor de 1747).

freno y legitimación. El favorable desarrollo de la guerra civil para los intereses del de Anjou posibilitó, ya a la altura de comienzos de 1710, que Michel de Amelot, Melchor de Macanaz y el propio monarca Borbón comenzaran a replantearse seriamente las controvertidas decisiones que habían ido adoptando a lo largo de verano de 1707 en sus dos decretos de conquista. El fruto principal de esta nueva línea de actuación mucho más razonable y apaciguadora fue la promulgación de la *Real Cédula de 2 de febrero de 1710*¹⁰¹, en la que el rey se manifestaba inclinado «a moderar, y alterar en las Providencias dadas hasta aquí, aquello, que sin limitación de la Suprema Potestad, y Real Soberanía, pueda ser más a propósito, y conducente a la mejor Administración de la Justicia, y a la satisfacción, y consuelo de los Naturales de este Reyno de Aragón, y de el de Valencia». Lo cierto es que a través de la nueva Real Cédula el monarca Borbón abrió un interesante cauce de actuación a las chancillerías de Zaragoza y de Valencia, con el objeto de que le informaran sobre todo aquello que mereciera ser conservado referido al gobierno de sus territorios, «en qué cosas y en qué casos así en lo civil como en lo criminal, y según la calidad de cada Reino», pero siempre que ello no produjera un choque con el ejercicio de su autoridad absoluta: «y todos los demás puntos que se creyeren dignos de atención y que en nada se opongan en la substancia ni en el nombre al uso y ejercicio de mi suprema potestad y regalía».

El Reino de Aragón, a diferencia del de Valencia que guardó silencio, ofreció una razonable respuesta a la solicitud real manifestada en dicha Cédula de 2 de febrero. Esa respuesta fue elaborada por el entonces abogado en los Reales Consejos Diego Franco de Villalba. En su cuidada memoria mostraba gran preocupación por la situación legal existente en Aragón, que muy oportunamente calificaba de «crisis», abogando por la conveniencia de que los Fueros y libertades aragonesas fueran mantenidos y difundidos, e incidiendo en la posibilidad de lograr una conciliación efectiva entre las principales normas, procedimientos e instituciones aragonesas y la autoridad soberana de Felipe V.

El tratado presenta como fecha de conclusión el 16 de febrero de 1710, y fue elaborado de forma concisa, aunque no por ello deja de estar bien documentado. El método discursivo empleado, su clara intencionalidad e incluso la misma brevedad del texto le acercan a mi juicio a la consideración de una obra de circunstancias, que aparece profundamente salpicada por las aguas emanadas de las fuentes de un conflicto bélico demoledor. En mi opinión se trata de una obra en la que el componente político tiene tanta importancia como el jurídico. Las angustias y zozobras del momento se perciben entre líneas a lo largo y ancho de todo el memorial, en el que se puntualizan de forma breve y moderada toda una serie de presupuestos básicos, dirigidos al rey y a sus principales

¹⁰¹ Archivo Histórico Nacional (AHN), Consejos, leg. 6806 A, núm. 10.

consejeros, que posteriormente Franco de Villalba desarrollará, ya en el campo del Derecho positivo, en su citado *Fororum ac Observantiarum Regni Aragonum Codex*, el tratado más importante de Derecho civil aragonés elaborado a lo largo de todo el siglo XVIII.

Crisis legal tiene como principal objetivo el de intentar arrancar de la concepción que pudieran tener el monarca, Amelot, Macanaz y el resto de consejeros las consideraciones políticas negativas asociadas a los fueros, instituciones y libertades del viejo Reino de Aragón. Y para satisfacer dicha finalidad no parece imprudente presentar un texto ligero y de fácil lectura. Posiblemente por ello el texto principal está escrito en castellano, lo que prueba a mi juicio que las intenciones de Franco de Villalba estaban muy alejadas de presentar un trabajo erudito con destino al foro. No obstante, el aparato de citas que le acompaña, considerablemente extenso, está redactado en su mayor parte en latín. El manifiesto aparece dividido en tres capítulos, que se encuentran precedidos por una enérgica introducción: *Conveniente noticia que propusimos de los Fueros, y Leyes de Aragón, y de sus modos judiciales de proceder* (páginas 7-19); *Apacible concordia de los Fueros de Aragón con la Suprema Potestad de sus Príncipes* (páginas 19-29); *Discrepancia remediable en los abusos que se advierten* (páginas 30-46).

En la mencionada introducción Franco de Villalba justifica la redacción de su tratado, como respuesta a la invitación ya comentada que acababa de ofrecer el monarca Borbón en la *Real Cédula de 2 de febrero de 1710*. El jurista de Belmonte entiende «que sin incurrir en nota alguna, pueda cualquier Natural de este Reyno, y de el de Valencia, ayudar con sus noticias a el deseo que su Magestad manifiesta en el mismo Real Decreto»¹⁰². El contenido de dicha Real Cédula había sido recibido con contenida satisfacción por el aragonés, y muy particularmente la promesa del rey de atemperar las abusivas reformas emprendidas en el verano de 1707. Por todo ello se manifiesta celebrando «tan estimable Honor y deseado Beneficio, con las mayores demostraciones de gozo, y de reconocimiento»¹⁰³.

Diego Franco de Villalba procede también en la introducción a denunciar la falta de adecuación de las instituciones y procedimientos castellanos para satisfacer las verdaderas necesidades de los aragoneses, tomando para ello como ejemplo revelador una práctica de prueba tan controvertida y oscura como era la del tormento: «y hasta la cuestión de Tormento frecuentemente aplicada, se observa ineficaz; pues es notorio, que no ha producido hasta ahora otro efecto, que el ser en estos Naturales prueba de el Valor, mas no de el Delito»¹⁰⁴. Y siguiendo la

¹⁰² FRANCO DE VILLALBA, Diego, *Crisis legal...*, op. cit., pp. 3 y 4.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 1.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 5.

línea marcada en agosto de 1707 por los valencianos Josep Vicent Ortí y Pere Lluís Blanquer en su *Memorial*¹⁰⁵, el jurista aragonés subraya también los problemas que llevaba aparejada la aplicación de las leyes castellanas sobre el territorio aragonés, pues «el alimento de las nuevas Leyes, que se le quiso dar por alivio, aunque no sea sino por nuevo, es más pesado»¹⁰⁶. Franco de Villalba considera a los reinos de Aragón y de Valencia presos de una «enfermedad Política»¹⁰⁷, para cuya cura se «necesita verdaderamente de respirar con los aires nativos, para que con su influjo, y el alimento de las Leyes con que se crió, templándolo la cordura con la moderación correspondiente, pueda curar el desesperado recobro de tan sensible dolencia»¹⁰⁸.

El jurista de Belmonte inicia la primera parte de su trabajo, titulado *Conveniente noticia que propusimos de los Fueros, y Leyes de Aragón, y de sus modos judiciales de proceder*, con la propuesta de conservación de los cuatro procesos forales especiales aragoneses, que son presentados como meras variantes de fórmulas romanas o castellanas, asunto al que volverá en la tercera parte de su tratado. También dedica una especial atención a la defensa del viejo modelo político aragonés, síntesis a su juicio de las tres principales formas de gobierno: el modelo monárquico, el aristocrático y el democrático: «Tienen, pues, los Originales Fueros, y Leyes escritas de Aragón, para reconocerse saludables, y aun excelentes, mucha porción de las tres Cualidades, y modos conocidos de Gobierno, y verdaderamente lo mejor de cada uno»¹⁰⁹. Tras proceder a la evaluación de dichos sistemas de gobierno, el de Belmonte elige «el Monárquico, que sin duda es el mejor, pues se conforma con el Gobierno Celestial»¹¹⁰. Sin embargo la elección del sistema monárquico no conlleva a juicio de Franco de Villalba arbitrariedad alguna por parte del monarca, pues advierte de que en la historia del viejo Reino de Aragón los mandatos de los reyes siempre estuvieron controlados «con la justificada templanza; y cordura, que prevenían las Leyes; pues tenía en ellas un Espejo con que moderar sus acciones, y la regla, y pauta que había de seguir para ser Justo »¹¹¹.

¹⁰⁵ ORTÍ I MAJOR, Josep Vicent, *Memorial* {s.n.}, Valencia, 1707. El memorial aparece reproducido en: ESCARTÍ, Vicent Josep, *El Diario (1700-1705) de Josep Vicent Ortí i Major*, Bancaixa, Valencia, 2007, pp. 366-381. También se encuentra recogido en: PESET, Mariano, «Notas sobre la abolición de los fueros de Valencia», *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 42, 1972, pp. 657-715, el manifiesto en pp. 694-713.

¹⁰⁶ FRANCO DE VILLALBA, Diego, *Crisis legal...*, op. cit., p. 4.

¹⁰⁷ *Ibídem*.

¹⁰⁸ *Ibídem*, p. 6.

¹⁰⁹ *Ibídem*, p. 7.

¹¹⁰ *Ibídem*, p. 9.

¹¹¹ *Ibídem*, pp. 9 y 10.

Una vez expuestos los tres principales sistemas de gobierno, el jurista aragonés destaca la originalidad de la forma de gobierno adoptada por los aragoneses a partir de los sucesos producidos en «aquel Sagrado Noble Primitivo Congreso de San Juan de la Peña»¹¹². Significativa resulta sin duda la presencia de los míticos Fueros de Sobrarbe en los orígenes del sistema político-jurídico aragonés. No obstante, y utilizando los valiosos testimonios tanto del cronista Jerónimo de Blancas como del cardenal de Luca o del que fuera Justicia de Aragón Luis Ejea y Talayero, Franco de Villalba se encuentra en disposición de anunciar un origen todavía más antiguo, entroncando los Fueros de Aragón con el Breviario del rey goda Alarico: «los Fueros de Aragón, y sus justificados Establecimientos, aún tienen más alto origen; pues se derivaron de el Código antiguo Gótico, que por noble emulación de el de Justiniano, compuso, y mandó publicar en España, y en las Galias, el Rey Alarico»¹¹³. El jurista aragonés conecta de este modo la gestación del ordenamiento jurídico aragonés con el de la misma monarquía goda. Tal conexión no parece casual, pues la sociedad visigoda contaba con dos elementos que limitaban considerablemente el poder de sus reyes: un código de leyes bien articulado y unas asambleas políticas poderosas. Ambos elementos habían resultado claves en la historia político-jurídica de Aragón, modelando la peculiar fisonomía de la Constitución histórica aragonesa.

Tras manifestar la importancia de la conservación de los Fueros aragoneses, Franco de Villalba disminuye su importancia real en la vida diaria del foro, ofreciendo una perspectiva poco ajustada a la realidad de la vida judicial en el viejo Reino. La tesis principal de Franco de Villalba gira en torno a la idea de que «todas las regulaciones sustantivas de los Fueros de Aragón encuentran su paralelo en el derecho romano-canónico y que no son, por tanto, sustancialmente distintas de las castellanas»¹¹⁴. El jurista de Belmonte señala que en realidad pocos Fueros pueden considerarse decisivos «y que es elemental principio, recurrir para resolver las causas, primero a la equidad natural, y después al Derecho Canónico, y Civil, por cuyas Reglas, y venerables Sanciones se determinan los Pleitos»¹¹⁵. El aragonés, que presenta un orden de prelación de fuentes más que discutible, equipara la equidad con el Derecho romano, cuyo peso así tiende a sobrevalorar siguiendo el *Tyrocinium iurisprudentiae forensis* de Gil Custodio de Lissa.

¹¹² Ibídem, p. 11.

¹¹³ Ibídem.

¹¹⁴ MORALES ARRIZABALAGA, Jesús, «Uso y carta como título de derechos en el área de expansión de la foralidad jacetana», en: DE DIOS, Salustiano (y otros), *Historia de la propiedad. Costumbre y prescripción*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, Madrid, 2006, pp. 139-180, la cita en p. 142, nota 1.

¹¹⁵ FRANCO DE VILLALBA, Diego, *Crisis legal...*, op. cit., p. 12.

Poco procedente parece conceder semejante importancia a la presencia del Derecho común en la vida judicial del viejo Reino, salvo como estrategia para intentar el mantenimiento de las normas más representativas de ese Derecho aragonés que, una lectura superficial, creería que estaba traicionando. Tal vez en la vía pacificadora en la que camina todo su escrito, el recurso al Derecho común es el instrumento más apropiado para conciliar la soberanía real con las peculiaridades sustantivas y procesales del Derecho aragonés. Resulta indiscutible a mi juicio que Franco de Villalba presenta una interesada defensa del influjo del Derecho común sobre el aragonés, con el propósito de construir un puente que permitiera el acercamiento entre los derechos aragonés y castellano, labor en la que proseguirá años más tarde en su varias veces señalado *Fororum ac Observantiarum Regni Aragonum Codex*, empleando una sistemática y utilizando unos conceptos jurídicos propios ya del Derecho común.

Por todo lo anterior no debería causar extrañeza que el jurista de Belmonte ofrezca de nuevo una taimada interpretación, en la que los característicos procesos aragoneses son presentados como simples variantes de sus correspondientes romanos o castellanos. Como bien señala Jesús Morales es «la primera ocasión conocida en que un jurista aragonés de prestigio asimila los juicios forales a procesos o recursos de ius commune o castellano»¹¹⁶. No obstante, lo cierto es que al conceptuarse dichos procesos aragoneses como simples variantes de los castellanos, su mantenimiento no socavaría la soberanía real. Así, el proceso de Firma aparece asimilado a simple remedio legal de fuerzas. En cuanto al proceso de Apreensión, éste recibe su constitutivo de los Legales Interdictos. El proceso de Inventario lo entronca a su vez con el de Saneamiento castellano. En lo que hace referencia al proceso aragonés más destacado, el de Manifestación, éste «no es otro, que el Edicto de Libero Homine exhibendo, establecido en el Derecho Común, y en la Ley Si vindicari, bajo el título de Poenis, en el Código»¹¹⁷.

La *apacible concordia de los Fueros de Aragón con la Suprema Potestad de sus Príncipes* es el significativo título de la segunda parte del tratado. En ella prosigue su estrategia de ensalzar una presunta soberanía absoluta del rey en detrimento del histórico modelo pactista aragonés. Para ello continúa con su intento de reducir la importancia de las *cosas políticas aragonesas* con el propósito de salvar las más valiosas. Así se presentan las Cortes de Aragón como un simple órgano de consulta real, como una institución que más que elaborar leyes solemnizaba lo ya legislado por los monarcas: «los Acuerdos, y resoluciones de la Corte General, y de sus Congresos: no eran más que unas formalísimas súplicas, o

¹¹⁶ MORALES ARRIZABALAGA, Jesús, «Procedimientos para el ejercicio gubernativo y contencioso de la jurisdicción de la Real Audiencia de Aragón en el siglo XVIII», *Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo LX, 1990, pp. 509-550, la cita en p. 526.

¹¹⁷ FRANCO DE VILLALBA, Diego, *Crisis legal...*, op. cit., p. 16.

Consultas, que se representaban, y proponían, para que el Rey nuestro Señor, por su Real Soberanía, solamente las diese autoridad de Ley, si examinadas la mereciesen. Cuyo medio de establecer, es tan Legal, que el mismo Derecho Común lo dispone así»¹¹⁸. El Derecho común se conceptúa como instancia legitimadora de una realidad que aparece falseada, minorando de forma inaceptable el peso real de las Cortes aragonesas a lo largo de la historia del viejo Reino: «siendo el Placet de su Magestad... quien establece los Fueros, y Leyes de Aragón: no puede considerarse en ningún modo limitada la Real Autoridad; pues el Derecho, la razón, y nuestros mismos Fueros manifiestan, que por este medio se atribuye, y reconoce toda la Potestad en solo el Príncipe, para hacer, y decretar las Leyes»¹¹⁹.

No obstante, ya a partir de los pasajes siguientes el manifiesto de Franco de Villalba adopta un tono completamente distinto, que en mi opinión sirve para entender las controvertidas páginas anteriores. Tras reducir la importancia en Aragón de los Fueros y de las Cortes, el jurista de Belmonte solicita directamente a Felipe V el indulto de ambos, ya que «la Soberanía, y Potestad Suprema (que en todo caso preserva el Real Decreto) en nada reparable se limita, porque se continúe el modo de establecer, y moderar las Leyes de este Reyno, celebrando Cortes»¹²⁰. La estrategia de Franco de Villalba resulta clara, pues si las leyes emanadas de las Cortes aragonesas fueron refrendadas por los reyes, su mantenimiento no debería suponer merma alguna en la soberanía del monarca Borbón: «en las Leyes de este Reyno concurre el particularísimo, y recomendable motivo de su Origen, y el de que los efectos, que infaliblemente han producido hasta ahora, son un Noble, antiquísimo, y continuado testimonio de Fidelidad, de amor, de ejemplo, y de respeto a sus Príncipes»¹²¹.

Diego Franco de Villalba titula a la tercera parte de su tratado *Discrepancia remediable en los Abusos que se advierten*. En estas últimas páginas denuncia el mal funcionamiento en Aragón de los tribunales de justicia, exculpando de ello al propio Derecho aragonés. El jurista de Belmonte señala a los propios magistrados, fiscales y abogados que intervenían diariamente en el foro como los verdaderos causantes de desviar e incluso de pervertir las antiguas prácticas procesales del viejo Reino: «los estorbos en la puntual Administración de la Justicia, con que se quiere infamar a nuestros Fueros... solo nacen de algunas reprehensibles Prácticas, que ha introducido el tiempo, la cavilación, y la malicia;... sin que los Fueros sean delincuentes, sino tal vez los mismos Magistrados, y Curiales»¹²².

¹¹⁸ Ibídem, p. 20.

¹¹⁹ Ibídem, pp. 21 y 22.

¹²⁰ Ibídem, pp. 25 y 26.

¹²¹ Ibídem, p. 24.

¹²² Ibídem, pp. 30 y 31.

En estas últimas páginas de su tratado dedica una especial atención a los cuatro procesos aragoneses de aprehensión, inventario, manifestación y firma, manteniendo su identificación como meras variantes de procesos ya vigentes en el Derecho común. Fue posiblemente esta atención preferente la que posibilitó que la obra de Franco de Villalba fuera publicada, varias décadas después, precediendo a la *Brebe noticia sobre los juicios privilegiados del Reino de Aragón* de Francisco Carrasco de la Torre. Ambos tratados conformaron un único volumen que sintió el calor de la imprenta con el título de *Crisis legal, y brebe noticia de los Fueros privilegiados de Aragón*¹²³. Si Franco de Villalba incidía en la importancia de la conservación de los procesos civiles forales aragoneses, de su sustanciación en el foro daba cuenta Carrasco de la Torre¹²⁴.

En las últimas páginas de su tratado Franco de Villalba procede a una decidida defensa a favor del Justicia de Aragón, la institución más original y carismática del viejo Reino. Figura de hondo calado popular, su mantenimiento no interferiría a juicio del de Belmonte en la potestad soberana del monarca «porque el Tribunal del Justicia de Aragón no inhibe con sus Decretos a los del Príncipe (que esto aún más que limitación, sería injuria de la Soberanía)»¹²⁵. Su conservación sería la de un celoso guardián preocupado por la correcta aplicación de las leyes: «el Justicia de Aragón es solamente un vigilante Centinela, a quien confía el Soberano, la advertida custodia de los Reales Decretos, y establecidas providencias en el gobierno de sus Provincias, para que si los órdenes expedidos, después no conformaren con sus Reales Prevenciones; se suspendan como sospechosas, y aun contrarias a la Real intención»¹²⁶.

En conclusión, *Crisis legal* muestra a un Franco de Villalba contenido, erudito y perfecto conocedor del funcionamiento del foro. Su pluma es también la de un ardiente defensor del mantenimiento del Derecho foral aragonés y de sus principales instituciones políticas, en especial de las Cortes y del Justicia. Desde una perspectiva metodológica, ensaya una aproximación al Derecho común como medio para intentar conciliar la soberanía absoluta del monarca Borbón con las especialidades forales aragonesas, esforzándose por eliminar todo componente político negativo que pudiera asociarse desde la corte madrileña a los Fueros y a las instituciones políticas aragonesas más representativas. Y pese a que el tono empleado en su escrito no puede resultar más conciliador, el jurista aragonés no deja de advertir sobre la enorme imprudencia de una ruptura tan

¹²³ *Crisis legal, y brebe noticia de los Fueros privilegiados de Aragón*, Imprenta de Joseph de Orga, Valencia, s/f (entre 1747 y 1750).

¹²⁴ Ver, sobre el particular, VICENTE Y GUERRERO, Guillermo, «Sobre la cobertura doctrinal que posibilitó la revisión de la Nueva Planta en Aragón. La *crisis legal* de Franco de Villalba», estudio preliminar a la reedición facsímil de la obra FRANCO DE VILLALBA, Diego, *Crisis legal...*, op. cit.

¹²⁵ FRANCO DE VILLALBA, Diego, *Crisis legal...*, op. cit., pp. 42 y 43.

¹²⁶ *Ibídem*, pp. 43 y 44.

abrupta como la que los decretos de 1707 habían ordenado, constatando con evidente intención los fuertes lazos psicológicos del Derecho aragonés con los naturales del viejo Reino, y subrayando la «irreprehensible ambición de mantener las favorecidas memorias, con que la Clemencia de sus Reyes acreditaron los servicios de este Reyno, y de sus Naturales»¹²⁷. Elemento identitario y distintivo del pueblo aragonés seguía siendo su propio Derecho.

Muy posiblemente la *Crisis legal* de Diego Franco de Villalba facilitó el basamento doctrinal necesario para que, desde la corte de Madrid, el monarca y sus principales consejeros revisaran parcialmente la supresión del ordenamiento jurídico aragonés, liquidación que los decretos de conquista del verano de 1707 habían impuesto, tras la decisiva batalla de Almansa, de forma tan manifiestamente arbitraria como injusta. Lo cierto es que unos meses más tarde de la impresión de *Crisis legal*, Felipe V concedió, mediante el *Decreto de 3 de abril de 1711*, el restablecimiento del ordenamiento jurídico aragonés en lo referente al Derecho privado entre particulares, es decir en los casos en los que no entraran en juego los intereses del rey, en cuyos supuestos se aplicaría el Derecho castellano: «la Sala Civil ha de juzgar los Pleitos civiles, que ocurrieren, según las Leyes Municipales de este Reyno, de Aragón, pues para todo lo que sea entre particular y particular es mi Voluntad se mantengan, guarden y observen las referidas Leyes Municipales»¹²⁸.

IV. EPÍLOGO

Los acontecimientos que se sucedieron alrededor de 1707 no dejan de causar todavía una cierta perplejidad¹²⁹. Aún más teniendo en cuenta que, como si de un bello canto de cisne se tratara, fue a finales de la centuria anterior cuando se dejaron escuchar con fuerza en Aragón las voces de un renovado forismo. Esta tendencia se extendió de modo notable entre los juristas aragoneses, y su desarrollo se manifestó tanto a través de una literatura jurídica de primer nivel como mediante el desarrollo de una doble actividad, de carácter legislativo en las Cortes y judicial en el foro, de especial consideración. Todos estos factores uni-

¹²⁷ Ibídem, p. 24.

¹²⁸ En este trabajo se sigue la edición de 1762 de la Nueva Recopilación de Leyes de Castilla, Libro III, tít. II, auto X. En el Archivo Histórico Provincial de Zaragoza se conserva una copia impresa de dicho decreto: *Libro de Acuerdos de la Real Audiencia de Aragón*, 1711, folios 1 y 2.

¹²⁹ Una insustituible crónica de los mismos, desde una perspectiva aragonesa, es la de: LÓPEZ DE MENDOZA Y PONS, Agustín, conde de Robres, *Historia de las guerras civiles de España...*, op. cit.

dos hacen que el abrupto proceso sufrido en 1707 resulte todavía si cabe más doloroso.

La Nueva Planta Borbónica patrocinó la imposición de un proceso que aunó la liquidación de los derechos, libertades e instituciones históricas aragonesas y valencianas con el fomento de una imparable e implacable castellanización de los territorios de la vieja Corona aragonesa. Resulta indudable que, como ya señaló John Lynch, Castilla pasó a constituir el núcleo central para la monarquía de Felipe V¹³⁰. Decía Francisco Tomás y Valiente que lo que más molestó de la abolición del Derecho valenciano fue precisamente lo que tuvo de castellanización. Jesús Morales subraya con intención que «a final del siglo XVIII todo ha cambiado; lo español ha desaparecido, confundido con lo castellano; lo castellano también, ahora etiquetado de español»¹³¹.

Aragón fue conquistado militarmente en 1707, y con él su Derecho. Víctor Fairén enfatizaba con tono airado cómo «los Jueces encargados de aplicar el Derecho en Aragón quedaban sometidos de modo humillante al Comandante General del Reyno. El Derecho aragonés pasaba a estar “ocupado militarmente” y no sólo en cuanto al fondo, sino aun en cuanto al procedimiento»¹³². Cuando el 3 de abril de 1711 se indultó una parte de nuestro Derecho privado, la situación continuó siendo ciertamente preocupante, por la falta de renovación y por el previsible anquilosamiento del ordenamiento aragonés superviviente frente al vigoroso Derecho común. Con el transcurso de los años nuestro antaño orgulloso forismo se fue diluyendo, necesariamente, en un foralismo simplemente tolerado por los poderes centrales. Y en ese desdichado proceso volveremos a escuchar un nuevo canto de cisne, más desgarrador si cabe, que aparecerá en los formidables tratados jurídicos de Diego Franco de Villalba y de Juan Francisco La Ripa, los dos últimos grandes foristas aragoneses.

Las consecuencias materiales de todo este proceso de imposición normativa marcado por la implantación de la Nueva Planta ya son sobradamente conocidas. Como señala acertadamente Ricardo García Cárcel, los Decretos de Nueva Planta tuvieron como efecto más destacado el paso de una España horizontal a una «España vertical»¹³³. Y podría añadirse que, como muy bien destaca un prestigioso hispanista nada sospechoso de aragonesismo como el británico Henry

¹³⁰ LYNCH, John, *El siglo XVIII*, Crítica, Barcelona, 1991, p. 38.

¹³¹ MORALES ARRIZABALAGA, Jesús, «La Nueva Planta del reino de Aragón: la recuperación de la *iurisdictio* regia», op. cit., p. 123.

¹³² FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, «El Derecho aragonés desde el Decreto de Nueva Planta hasta el Código Civil», op. cit., p. 360.

¹³³ GARCÍA CÁRCEL, Ricardo, *Felipe V y los españoles: una visión periférica del problema de España*, Plaza y Janés, Barcelona, 2002, p. 114.

Kamen, «la destrucción de la autonomía aragonesa no acercó el día en que España pudiera convertirse en una unidad tanto moral como física»¹³⁴.

Es posible defender que la propia dinámica de los siglos demandara la centralización política e incluso la unificación legal, pero en mi opinión ambas tenían que haberse producido partiendo de unos presupuestos completamente distintos que igualaran en el punto de partida a los diversos territorios peninsulares, sin privilegios ni discriminaciones. Y a mi juicio dicho proceso de imposición normativa, generador de una cultura legal chata y profundamente castellanizada y castellanizante, no es precisamente cuestión baladí a la hora de explicar, en pleno siglo XXI, la compleja articulación política y sentimental de los distintos territorios en el común del Estado nacional español.

V. BIBLIOGRAFÍA

I. FUENTES PRIMARIAS

AMOR DE SORIA, Juan, *Adiciones y notas históricas*, manuscrito, 1736, conservado en Madrid en la Real Academia de la Historia.

— *Enfermedad crónica, y peligrosa de los Reinos de España y de Indias: sus causas naturales y sus remedios*, manuscrito, 1741, conservado en Madrid en la Real Academia de la Historia. Publicado en: *Aragonesismo austracista (1734-1742). Escritos del conde Juan Amor de Soria*, Biblioteca Ernest Lluch de Economistas Aragoneses, núm. 4, Institución «Fernando el Católico», Zaragoza, 2010, pp. 173-372.

BACALLAR Y SANNA, Vicente, marqués de San Felipe, *Comentarios de la guerra de España e historia de su rey Felipe V el animoso, desde el principio de su reinado hasta el año de 1725*, Matheo Garvizza, Génova, 1725. Reedición de Carlos Seco Serrano, Biblioteca de Autores Españoles, tomo LXXIX, Atlas, Madrid, 1957.

BLANCAS, Jerónimo de, *Modo de proceder en Cortes de Aragón*, A costa de Pedro y Tomás Alfoy, mercaderes de libros, Zaragoza, 1641.

CRESPI DE VALLDAURA Y BRIZUELA, Cristóbal, *Observationes illustratae decisionibus Sacri Supremi Regii Aragonum Consilii*, Ex typographia Hugonis Denovally, Lyon, 1677.

Crisis política de un papel bien recibido, pero mal examinado. Desengaño del desengañador más engañado, por un criado del Veguer y Justicia, que obtiene las licencias a docenas para desengaños semejantes, Zaragoza, 1704.

FRANCO DE VILLALBA, Diego, *Crisis legal, que manifiesta la conveniente noticia de los fueros y modos judiciales de proceder usados en Aragón; la apacible concordia de sus establecimientos con la suprema potestad de los príncipes; y la remediable discrepancia en el abuso, y cavilación de*

¹³⁴ KAMEN, Henry, *La Guerra de Sucesión en España (1700-1715)*, Grijalbo, Barcelona, 1974, p. 421.

- algunas prácticas* [s.n.], Zaragoza, 1710. Reedición facsímil de Guillermo Vicente y Guerrero, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2016.
- *Fororum ac Observantiarum Regni Aragonum Codex, sive ennodata methodica Compilatio Iure Civili et Canonico fulcita, legibus Castellae conciliata*, Petrum Ximenez, CaesarAugustae, Anno MDCCXXVII.
- *Fororum atque Observantiarum Aragonia Codex, sive ennodata methodica Compilatio, Iure Civili, ac Canonico fulcita, legibus Castellae conciliata, et omnigena eruditione contexta. Editio secunda... ingens opus, in duos tomos distributum*, In Typographia Haeredum Joannis Malo, Caesar-Augustae, MDCCXLIII.
- y CARRASCO DE LA TORRE, Francisco, *Crisis legal, y brebe noticia de los Fueros privilegiados de Aragón*, Imprenta de Joseph de Orga, Valencia [s.l.] (alrededor de 1747).
- FRANKENAU, Gerardo Ernesto de, *Sacra Themidis Hispanae Arcana, jurium legumque ortus, progressus, varietates & observantiam, cum praecipuis glossarum, commentariorumque, quibus illustrantur, auctoribus & Fori Hispani Praxi hodierna publicae luci exponit D...*, Hannoverae, Apud Nicolaum Foersterum, Anno MDCCIII. Edición bilingüe de María Ángeles Durán Ramas, *Sagrados Misterios de la Justicia Hispana (Sacra Themidis Hispanae Arcana)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- GRACIÁN, Baltasar, *El político D. Fernando el Católico*, Diego Dormer, Zaragoza, 1640, Reedición facsímil: Institución «Fernando el Católico», Zaragoza, 1985.
- GUEVARA Y RADA, Francisco de, *Real epicedio de la austriaca mesa en las fúnebres exequias que celebró el Real Convento del Seráfico Padre San Francisco de Zaragoza, por la muerte de su Rey y Señor Carlos Segundo*, Domingo Gascón, Zaragoza, 1701.
- HERRERA, Alejandro de, *Alegación jurídica en que por las verdades más sólidas de la jurisprudencia se muestra el infalible derecho con que los Reinos y Señoríos de España pertenecen por muerte del Rey Carlos II al Serenísimo Señor Archiduque de Austria, Carlos III, verdadero y legítimo Rey de España*, Valentín de Acosta Deslandes, Lisboa, 1704.
- LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm, *Manifiesto en defensa de los derechos de Carlos III*, en: SALAS ORTUETA, Jaime de (ed. lit.), *Escritos de filosofía jurídica y política de Leibniz*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2001, pp. 291-323.
- LISSA Y GUEVARA, Gil Custodio de, *Tyrocinium iurisprudentiae forensis, seu animadversiones theorico practicae iuxta foros aragonum, in IV libros Institutionum Iuris Imperatoris Justiniani*, apud Emmanuelem Oman, Caesar-Augustae, 1703. Existe una segunda edición, a cuyo título original sigue: *Nova aeditio cum aliquibus annotationibus tam ipsius auctoris, quam aliorum Iurisconsultorum adiectis, et iuxta Ordinem Titulorum et paragraphorum ad calam Operis appositis*, Medardo de Heras, Zaragoza, 1788.
- LÓPEZ DE MENDOZA Y PONS, Agustín, conde de Robres, *Historia de las guerras civiles de España*, Diputación provincial, Zaragoza, 1882. Reedición de José María Inurrategui, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.
- LÓPEZ DE ONTANAR, Josef Antonio, *Sermón y acción de gracias a la indivisa Trinidad por los felices sucesos de las católicas cristianísimas armas de el Rey Nuestro Señor Don Felipe Quinto el animoso (que Dios guarde) en los reynos de Valencia y de Aragón*, Diego de Larumbe, Zaragoza, 1707.
- LÓPEZ MARTÍNEZ, Juan Luis, *De origine Iustitiae sive Iudicis Medii Aragonum exercitatio. Cum annotatis* [s.n.], Madrid, 1678.

- MATEU SANZ, LORENZO, *Tratado de la celebración de Cortes Generales del Reino de Valencia*, Julián de Paredes, Madrid, 1677. Existen dos reediciones: Librerías París-Valencia, Valencia, 1982; Ayuntamiento de Valencia, Valencia, 2002.
- MONREAL, MIGUEL, *Teatro augusto de el amor y el dolor en las reales exequias, que celebró al Rey Nuestro Señor don Carlos Segundo la siempre augusta ciudad de Zaragoza*, Francisco Revilla, Zaragoza, 1701.
- ORTÍ I MAJOR, JOSEP VICENT, *Memorial* [s.n.], Valencia, 1707. El memorial aparece reproducido en: ESCARTÍ, VICENT JOSEP, *El Diario (1700-1705) de Josep Vicent Ortí i Major*, Bancaixa, Valencia, 2007, pp. 366-381. También se encuentra recogido en: PESET, MARIANO, «Notas sobre la abolición de los fueros de Valencia», *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 42, 1972, pp. 657-715, el manifiesto en pp. 694-713.
- PANDO FERNÁNDEZ DE PINEDA, MANUEL, marqués de Miraflores, *Juicio imparcial de la cuestión de sucesión a la Corona de España suscitada por la Inglaterra y la Francia*, Imprenta de la viuda de Calero, Madrid, 1847.
- POMAR, JOSEPH DE, *Acción de gracias a María Santísima, descubierto el Santísimo Sacramento, por las victorias de nuestro católico monarca Felipe Quinto, y nacimiento de el Serenísimo príncipe de Asturias, hecha en a real Villa de Épila por el Rvdo. Fr...*, Vicario Provincial de Aragón de la Orden de San Agustín, Manuel Román, Zaragoza, 1707.
- PORTOCARRERO Y GUZMÁN, PEDRO DE, *Theatro Monarchico de España, que contiene las más puras, como católicas máximas de Estado, por las cuales así los príncipes como las repúblicas aumentan y mantienen sus dominios, y las causas que motivan su ruina*, Juan García Infançon, impresor de la Santa Cruzada, Madrid, 1700. Reedición de Carmen Sanz Ayán, Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
- PUGA Y ROJAS, TOMÁS DE, *Crisol de la española lealtad, por la religión, por el rey, por la ley y por la patria*, Imprenta Real de Francisco de Ochoa, Granada, 1708.
- RAMÍREZ, PEDRO CALIXTO, *Analyticus tractatus de lege regia, qua in princeps suprema et absoluta potestas translata fuit: cum quadam corporis politici ad instar phisici, capitis et membrorum connexione*, Ioannem Lanaja & Quartanet, Caesaraugustae, 1616.
- RUBIO, JOSEPH, *Oración fúnebre en las reales exequias que celebró al Rey Nuestro Señor Don Carlos II, de gloriosa memoria, la augusta imperial ciudad de Zaragoza, a 5 y 6 de diciembre de 1700, en la S. I. M. en su santo templo de San Salvador*, Francisco Revilla, Zaragoza, 1701.
- SAVALLOS, FRAY IGNACIO VICENTE, *Triunfos de la luz contra las oscuras tinieblas de la herejía y negras sombras de la infidelidad*, Acisclo Cortés de Ribera, Córdoba, 1707.
- SUELVE Y ESPAÑOL, JUAN CRISTÓFORO DE, *Consiliorum decissivorum centuria prima*, ex officina Petri Verges, Caesaraugustae, 1641.
- *Consiliorum decissivorum, post primam centuriam semicenturia*, apud Petrum Verges, Caesaraugustae, 1642.
- *Consiliorum decissivorum semicenturia secunda*, apud Petrum Lanaja & Lamarca, Caesaraugustae, 1646.
- VARGAS MANCHUCA, JUAN CRISÓSTOMO DE, *Decisiones utriusque Supremi Tribunalis Regni Aragoniae placitis, et setentiis supremorum tribunalium Regni Neapolis*, Neapoli, typis & expensis Aegidii Longo, 1676.

Via Fora els adormits y resposta del Sr. Broak, secretari que fou del Sieur Milford Crow, al Sr. Vallés, son corresponent de Barcelona, sobre les materies polítiques presents, Herederos de Rafael Figueró, Barcelona, 1734. Reeditado por: LLUCH, Ernest (ed.), *Escrips polítics del segle XVIII*, vol. III, *Via Fora els adormits*, Eumo Editorial, Vic, 2005.

VILOSA, Rafael, *Tractatus de fugitivis ad explicationem Claudi Tryphonimi*, Nouvelle de Bonis, Nápoles, 1674.

2. FUENTES SECUNDARIAS

AGUILERA BARCHET, Bruno, «La creación legislativa en Aragón durante el reinado de Carlos II: Las Cortes frente a la crisis», en: GONZÁLEZ DE SAN SEGUNDO, Miguel Ángel (coord.), *Un jurista aragonés y su tiempo. El doctor Juan Luis López, primer marqués del Risco (1644-1703)*, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2007, pp. 23-63.

ALBAREDA SALVADÓ, Joaquim, *La Guerra de Sucesión de España*, Crítica, Barcelona, 2012.

ÁLVAREZ-OSSORIO ALVARIÑO, Antonio, «Fueros, Cortes y clientelas: el mito de Sobrarbe, Juan José de Austria y el Reino paccionado de Aragón (1669-1678)», *Pedralbes*, núm. 12, 1992, pp. 239-291.

ARMILLAS VICENTE, José Antonio, y SESMA MUÑOZ, José Antonio, *La Diputación de Aragón. El gobierno aragonés, del reino a la Corona de Aragón*, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1991.

ARRIETA ALBERDI, Jon, «El tiempo de Juan Luis López: Entre dos guerras, entre dos continentes», en: GONZÁLEZ DE SAN SEGUNDO, Miguel Ángel (coord.), *Un jurista aragonés y su tiempo. El doctor Juan Luis López, primer marqués del Risco (1644-1703)*, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2007, pp. 65-85.

BALTAR RODRÍGUEZ, Juan Francisco, *Los Ministros de la Real Audiencia de Aragón (1711-1808)*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2007.

BELLIDO DIEGO-MADRAZO, Daniel, «La colección de alegaciones en derecho del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza. El Dr. Aramburu de la Cruz y sus alegaciones», *Revista de Derecho Civil Aragonés*, año VI, núm. 2, 2002.

BORRÁS GUALIS, Gonzalo M., *La Guerra de Sucesión en Zaragoza*, Institución «Fernando el Católico», Zaragoza, 1973.

CLEMENTE GARCÍA, Enriqueta, *Las Cortes de Aragón en el siglo XVII. Estructuras y actividad parlamentaria*, Cortes de Aragón, Zaragoza, 1997.

COLÁS LATORRE, Gregorio, y SALAS AUSENS, José Antonio, *Aragón bajo los Austrias*, Librería General, Zaragoza, 1977.

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, *El Derecho aragonés. Aportación jurídica a una conciencia regional*, Alcrudo editor, Zaragoza, 1977.

DOMÍNGUEZ ORTIZ, Antonio, *La sociedad española en el siglo XVII*, 2 vols., Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1963 y 1970.

— *Crisis y decadencia en la España de los Austrias*, Ariel, Barcelona, 1969.

ESCUDERO, José Antonio, *Los Secretarios de Estado y del Despacho*, 4 vols., Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1969.

- «Tríptico escandinavo (en recuerdo de Gunnar Tilander)», *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 70, 2000, pp. 425-447.
- (coord.), *Génesis territorial de España*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2007.
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, «El Derecho aragonés desde el Decreto de Nueva Planta hasta el Código Civil», *Revista de Derecho Privado*, Año XXIX, número 339, junio de 1945, pp. 358-369.
- FAYARD, Janine, *Los miembros del Consejo de Castilla (1621-1746)*, Siglo XXI, Madrid, 1982.
- FERNÁNDEZ ALBALADEJO, Pablo, «Dinastía y comunidad política: el momento de la patria», en: FERNÁNDEZ ALBALADEJO, Pablo (ed.), *Los Borbones. Dinastía y memoria de nación en la España del siglo XVIII*, Marcial Pons y Casa de Velázquez, Madrid, 2001, pp. 485-532.
- *La crisis de la Monarquía*, en FONTANA, Josep, y VILLARES, Ramón, *Historia de España*, vol. 4, Crítica y Marcial Pons, Barcelona, 2009.
- GARCÍA CÁRCCEL, Ricardo, *Felipe V y los españoles: una visión periférica del problema de España*, Plaza y Janés, Barcelona, 2002.
- GASCÓN PÉREZ, Jesús, *Bibliografía crítica para el estudio de la rebelión aragonesa de 1591*, Institución «Fernando el Católico» y Centro de Documentación Bibliográfica Aragonesa, Zaragoza, 1995.
- GIBERT Y SÁNCHEZ DE LA VEGA, Rafael, *Ciencia jurídica española* {s.n.}, Granada, 1983.
- GIL PUJOL, Xavier, «La Corona de Aragón a finales del siglo XVII: a vueltas con el neoforalismo», en: FERNÁNDEZ ALBALADEJO, Pablo (ed.), *Los Borbones. Dinastía y memoria de nación en la España del siglo XVIII*, Marcial Pons y Casa de Velázquez, Madrid, 2001, pp. 97-115.
- GIL PUJOL, Xavier, «Constitucionalismo aragonés y gobierno Habsburgo: los cambiantes significados de la libertad», en: KAGAN, Richard L., y PARKER, Geoffrey (eds.), *España, Europa y el mundo Atlántico*, Junta de Castilla y León, Madrid, 2001, pp. 217-249.
- GIMÉNEZ LÓPEZ, Enrique, *Gobernar con una misma ley. Sobre la Nueva Planta Borbónica en Valencia*, Universidad de Alicante, Alicante, 1999.
- GONZÁLEZ ANTÓN, Luis, *Las Cortes de Aragón*, Librería General, Zaragoza, 1978.
- GONZÁLEZ CRUZ, David, *Guerra de religión entre príncipes católicos: el discurso del cambio dinástico en España y América (1700-1714)*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2002.
- GONZÁLEZ DE SAN SEGUNDO, Miguel Ángel, «Vida y familia del doctor Juan Luis López», en: GONZÁLEZ DE SAN SEGUNDO, Miguel Ángel (coord.), *Un jurista aragonés y su tiempo. El doctor Juan Luis López, primer marqués del Risco (1644-1703)*, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2007, pp. 239-314.
- INURRITIGUI RODRÍGUEZ, José María, «1707: la fidelidad y los derechos», en: FERNÁNDEZ ALBALADEJO, Pablo (ed.), *Los Borbones. Dinastía y memoria de nación en la España del siglo XVIII*, Marcial Pons y Casa de Velázquez, Madrid, 2001, pp. 245-302.
- *Gobernar la ocasión. Preludio político de la Nueva Planta de 1707*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.
- KAMEN, Henry, *La Guerra de Sucesión en España (1700-1715)*, Grijalbo, Barcelona, 1974.
- LALINDE ABADÍA, Jesús, *Los Fueros de Aragón*, Librería General, Zaragoza, 1976.

- «El derecho y las instituciones político-administrativas del Reino de Aragón hasta el siglo XVIII (Situación actual de los estudios)», en: *Actas de las I Jornadas sobre el estado actual de los estudios sobre Aragón*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1979, vol. II, pp. 599-624.
- LEÓN SANZ, Virginia, «Una concepción austracista del Estado a mediados del siglo XVIII», en: *Coloquio Internacional Carlos III y su siglo*, vol. 2: *Poder y sociedad en la época de Carlos III*, Universidad Complutense, Madrid, 1990, pp. 213-224.
- *Entre Austrias y Borbones. El Archiduque Carlos y la monarquía de España (1700-1714)*, Sigilo, Madrid, 1993.
- LLUCH, Ernest, *Las Españas vencidas del siglo XVIII. Claroscuros de la Ilustración*, Crítica, Barcelona, 1999.
- LYNCH, John, *El siglo XVIII*, Crítica, Barcelona, 1991.
- MAISO GONZÁLEZ, Jesús, *La peste aragonesa de 1648 a 1654*, Departamento de Historia Moderna de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1982.
- MASFERRER, Aniceto, «El Derecho y su aplicación en la Valencia del siglo XVIII. Derecho real y Derecho foral tras los Decretos de Nueva Planta», en: ESCUDERO, José Antonio (coord.), *Génesis territorial de España*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2007, pp. 425-460.
- MAURA GAMAZO, Gabriel, duque de Maura, *Vida y reinado de Carlos II*, Espasa Calpe, Madrid, 1942.
- MORALES ARRIZABALAGA, Jesús, *La derogación de los Fueros de Aragón (1707-1711)*, Instituto de Estudios Altoaragoneses, Huesca, 1986.
- «Procedimientos para el ejercicio gubernativo y contencioso de la jurisdicción de la Real Audiencia de Aragón en el siglo XVIII», *Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo LX, 1990, pp. 509-550.
- «Los Fueros de Sobrarbe como discurso político. Consideraciones de método y documentos para su interpretación», *Huarte de San Juan. Revista de la Facultad de Ciencias Humanas y Sociales. Derecho*, núm. 1, 1994, pp. 161-188.
- «Uso y carta como título de derechos en el área de expansión de la foralidad jacetana», en: DE DIOS, Salustiano (y otros), *Historia de la propiedad. Costumbre y prescripción*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, Madrid, 2006, pp. 139-180.
- *Fueros y libertades del Reino de Aragón. De su formación medieval a la crisis preconstitucional (1076-1800)*, Rolde de Estudios Aragoneses, Zaragoza, 2007.
- «La Nueva Planta del reino de Aragón: la recuperación de la *iurisdictio regia*», en: ESCUDERO, José Antonio (coord.), *Génesis territorial de España*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2007, pp. 91-148.
- PALACIO ATARD, Vicente, *Derrota, agotamiento y decadencia en la España del siglo XVII*, Rialp, Madrid, 1949.
- PÉREZ ÁLVAREZ, María Berta, *Aragón durante la Guerra de Sucesión*, Institución «Fernando el Católico», Zaragoza, 2010.
- REDONDO VEINTEMILLAS, Guillermo, «Las Cortes de Aragón en la modernidad», en: *Aragón. Historia y Cortes de un Reino*, Ayuntamiento de Zaragoza y Cortes de Aragón, Zaragoza, 1991, pp. 107-113.

- REGLÀ, Joan, «La Corona de Aragón dentro de la Monarquía hispánica de los Habsburgo», en *VIII Congreso de Historia de la Corona de Aragón*, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Valencia, Valencia 1973, pp. 131-165.
- SOLANO CAMÓN, Enrique, y SANZ CAMAÑES, Porfirio, «Aragón y la Corona durante el gobierno de los Austrias. Relaciones políticas e institucionales», *Ius Fvgit*, núm. 3-4, 1996, pp. 203-246.
- SOLÍS, José, «La historia del Derecho aragonés en la obra del doctor Juan Luis López», en: GONZÁLEZ DE SAN SEGUNDO, Miguel Ángel (coord.), *Un jurista aragonés y su tiempo. El doctor Juan Luis López, primer marqués del Risco (1644-1703)*, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2007, pp. 677-704.
- TORMO CAMALLONGA, Carlos, «El Derecho en las alegaciones jurídicas del siglo XVIII», *Saitabi*, núm. 50, 2000, pp. 277-317.
- «El abogado en el proceso y la argumentación en los informes jurídicos del XVIII», *Ius Fvgit*, núm. 10-11, 2001-2003, pp. 887-939.
- VICENT LÓPEZ, Ignacio, «La cultura política castellana durante la guerra de sucesión. El discurso de la fidelidad», en: FERNÁNDEZ ALBALADEJO, Pablo (ed.), *Los Borbones. Dinastía y memoria de nación en la España del siglo XVIII*, Marcial Pons y Casa de Velázquez, Madrid, 2001, pp. 217-243.
- VICENTE DE CUÉLLAR, Benito, *La Audiencia Real de Aragón (1493-1707)*, Instituto Aragonés de Investigaciones Historiográficas, Zaragoza, 1989.
- VICENTE Y GUERRERO, Guillermo, «El jurista D. Diego Franco de Villalba», *Anuario de Ciencias Historiográficas de Aragón*, tomo IX, 1996, pp. 27-59.
- *Del orgulloso forismo al foralismo tolerado. Atmósfera política, fundamentación jurídica y contenido normativo de la Nueva Planta. La reacción de la historiografía jurídica aragonesa*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2014.
- «Franco de Villalba, Diego», en PELÁEZ, Manuel (ed.), *Diccionario crítico de juristas españoles, portugueses y latinoamericanos*, tomo V, Universidad de Málaga, Zaragoza y Barcelona, 2016.
- «Sobre la cobertura doctrinal que posibilitó la revisión de la Nueva Planta en Aragón. La crisis legal de Franco de Villalba», estudio preliminar a la reedición facsímil de la obra FRANCO DE VILLALBA, Diego, *Crisis legal*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2016.
- «Fundamentación jurídica de los decretos de conquista de 1707. La reacción de los juristas aragoneses: Diego Franco de Villalba y su *Crisis legal*», *Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo LXXXVI, 2016, pp. 351-383.

«EL TESTAMENTO DEL REY CATÓLICO Y LA LEGÍTIMA ARAGONESA»

THE WILL OF THE CATHOLIC MONARCH AND THE ARAGONESE LEGITIMA

Alberto SÁENZ DE SANTA MARÍA VIERNA
Notario

*«El Testamento
es un género literario»*

[Eduardo ARROYO, pintor]

RESUMEN

Fernando II de Aragón se dirigía a Andalucía a la búsqueda de un clima templado; pero sintiéndose verdaderamente mal, hubo de parar en el pequeño pueblo de Madrigalejo (Cáceres), donde falleció finalmente el día 23 de Enero de 1516.

Lo importante, sin embargo, fue que la víspera de morir y ante el Protonotario de Aragón Miguel Velázquez Clemente, otorgó en Madrigalejo un nuevo testamento que revocó el anterior que había otorgado en 1515. Este testamento resultó ser crucial para la evolución posterior de los Reinos de Aragón y de Castilla, al evitar disputas entre hermanos (Carlos y Fernando), luchas entre nobles, e incluso –quizás– posibles guerras dinásticas.

El artículo trata de analizar si este testamento último de Fernando respetó la legítima aragonesa de sus tres hijas (Juana, María y Catalina) y el derecho de viudedad de su segunda esposa (Germana de Foix).

Ambas figuras (legítima aragonesa y derecho de viudedad) son dos de las instituciones más características del Derecho civil de Aragón.

Palabras clave: Testamento “in itinere”. Testamento de personas longevas. Testamento en inminente peligro de muerte. Testamento cerrado. Legítima aragonesa de los descendientes. Aventajas forales y usufructo de viudedad del cónyuge sobreviviente.

ABSTRACT

Ferdinand II of Aragon was going to Andalusia in search of a warm climate; but as he was feeling really poorly, he had to stop in the small village of Madrigalejo (Caceres), where he finally passed away on 23 January 1516.

The important thing, however, was that the evening before he died and before the Protonotary of Aragon, Miguel Velazquez Clemente, in Madrigalejo, he executed a new will that revoked the previous one that he had executed in 1515. This will was crucial for the subsequent evolution of the Kingdoms of Aragon and of Castile, as it prevented disputes between brothers (Charles and Ferdinand), fights between nobles, and even –perhaps– possible dynastic wars.

The article attempts to analyse if this last will of Ferdinand respected the Aragonese legitima (part of the inheritance not freely available after death) of his three daughters (Juana, Maria and Catherine), and the right of widowhood of his second wife (Germana de Foix).

Both figures (Aragonese legitima and right of widowhood) are two of the most characteristic institutions of Civil Law of Aragon..

Key words: Will “in itinere”. Will of long-lived people. Will in imminent danger of death. Closed will. Aragonese legitima of the descendents. Regional advantages and usufruct of widowhood of the surviving spouse.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LOS TESTAMENTOS DEL REY FERNANDO II DE ARAGÓN. III. EL TESTAMENTO DE MADRIGALEJO: CARACTERES Y CONTENIDO. A) EXAMEN DE ALGUNAS DE SUS CARACTERÍSTICAS. B) LAS LEGÍTIMAS EN EL TESTAMENTO DEL REY. IV. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

El día 23 de Enero de 1516¹ moría en Madrigalejo (Cáceres) el Rey Fernando II de Aragón, al que la Historia conoce abrumadoramente como «Fernando el Católico». Iba camino de Andalucía, en busca de un clima más benigno que el de las duras tierras de Castilla y de Aragón.

¹ El presente trabajo sirvió de base para la Conferencia que impartí dentro de las Jornadas «Fernando el Católico, el Rey» que tuvieron lugar en Extremadura en enero de 2016, dirigidas por D. Antonio Miguel Bernal (Catedrático y Premio Nacional de Historia).

Pero si importante es el dato de la muerte, mucho más importante resulta ser –a mi juicio– otro dato: la víspera de morir decidió cambiar el testamento que tenía otorgado con anterioridad, imprimiendo un curso nuevo y diferente a su Reino de Aragón, al de Castilla y, en general, a todo lo que hoy llamamos España.

Una advertencia. En este trabajo vamos a pasar constantemente de la realidad jurídica y testamentaria de 1516 a la de 2016. Será por tanto, un viaje permanente del siglo XVI al XXI y nuevamente del siglo XXI al XVI. Estaremos (al menos jurídicamente) en un constante viaje de ida y vuelta, 500 años por medio. Espero que, al final, los lectores no queden mareados o con sensación de «jet-lag».

II. LOS TESTAMENTOS DEL REY FERNANDO II DE ARAGÓN

Fernando otorgó muchos testamentos a lo largo de su vida. Según ARGENSO-LA («Anales de Aragón»), llegó a otorgar nada menos que cuarenta y cuatro.

Si ese dato fuera cierto, podríamos afirmar que fue en verdad un Rey testador como no ha habido otro, revelador de lo mucho que pensaba y pensaba sobre las cuestiones políticas, geopolíticas y sucesorias que podían afectar a la Monarquía que él encarnaba.

Desde nuestro punto de vista actual, podríamos afirmar rotundamente que Fernando de Aragón habría sido un excelente cliente de un Despacho notarial.

De todos estos testamentos, nos interesan solamente los tres últimos, los más cercanos a su muerte, que son:

- 1º) El de Burgos de 2 de mayo de 1512, ante el Protonotario Felipe Clemente y en la Casa del Cordón (Palacio de los Condestables de Castilla)².
- 2º) El de Aranda de Duero de 26 de abril de 1515, ante el Protonotario Miguel Velázquez Clemente (hijo del anterior) y en la Casa de Juan de Acuña.
- 3º) El de Madrigalejo de 22 de enero de 1516, ante el mismo Miguel Velázquez Clemente, en la Casa de Santa María de Madrigalejo (de los frailes del Monasterio de Guadalupe), en la provincia de Cáceres.

Es decir: en menos de cuatro años, de sus últimos cuatro años de vida, otorgó tres testamentos. Me reitero en la pensión a testar del Rey Fernando.

² Sobre este importante edificio histórico burgalés, véase IBÁÑEZ PÉREZ, Alberto C.: «Historia de la Casa del Cordón de Burgos», Caja de Ahorros Municipal de Burgos, Burgos, 1987. De estilo diferente, puede consultarse también «Casa del Cordón. Palacio de los Condestables de Castilla», Caja de Burgos, 1987.

Como es sabido de todos, cada testamento (ayer y hoy) revoca y deja sin efecto al anterior, por lo que el de Burgos fue revocado por el de Aranda y éste –a su vez– por el de Madrigalejo. Correspondiendo a éste la gloria de ser el definitivo acto de última voluntad del Rey, el que rigió definitivamente su herencia y sucesión (y el que motiva mi intervención en estas Jornadas).

De los testamentos de Burgos y de Aranda hay un dato común que nos importa destacar. Y es que en ambos el Rey instituye heredera y, por tanto, Reina de Aragón a su hija Juana (Juana «la Loca»). Pero por su estado mental, encarga a su nieto Carlos (luego Carlos V) que gobierne los Reinos «por la Reina su madre».

Pero como el Príncipe Carlos había nacido en Gante y allí vivía (ni siquiera había pisado hasta entonces la península ibérica), hasta que él llegare sería su hermano menor Fernando (también nieto del Rey, pero que había nacido en España y que llevaba su nombre) el que ejerciese el gobierno de Aragón.

Este era el punto crucial que debía estar atormentando interiormente al Rey Fernando. Carlos era «el nieto extranjero», que nunca había vivido en España; sin embargo, Fernando era «el nieto hispánico», nacido en Castilla y que era cariñosamente apreciado y muy querido por el Rey Fernando.

Pero esa inclinación a Fernando (aunque fuera tan sólo temporalmente, hasta que Carlos llegara) rompía el orden sucesorio basado en el Principio de primogenitura. Y tenía un gran inconveniente: Fernando sería enseguida rodeado por unas u otras facciones de los nobles de Aragón y sobre todo de Castilla, muy divididos, y surgirían enseguida disputas encarnizadas entre los dos hermanos y entre Castilla y Aragón, lo que daría lugar a reyertas sin fin, posibles odios fraticidas e inestabilidad para la Corona y los Reinos. No debe olvidarse que «todo hijo de Rey nace con la ambición y codicia de ser Rey» (aunque ello vaya en contra del orden sucesorio establecido).

Esta situación –que el Rey tuvo en cuenta sin duda– hubo de tenerle mentalmente muy preocupado ya desde que otorgara el testamento de Burgos cuatro años antes (en 1512). El conflicto interior entre el afecto a uno de los nietos y el respeto a la primogenitura del otro (y el orden sucesorio de Las Partidas) debió atormentarle intensamente durante estos últimos cuatro años de su vida.

Hasta que finalmente, cuando de verdad vio la cara a la muerte en Madrigalejo, debió inclinarse por no crear un factor de disputa e inestabilidad en la Monarquía y en los Reinos de Castilla y de Aragón. Decidiendo «in extremis» apartar a Fernando de todo nombramiento como Gobernador y hacer recaer todo en la persona de Carlos, tanto Castilla como Aragón, y siempre en nombre de su hija Juana la Loca (también sucesora natural por razón de primogenitura).

Esta importante alteración respecto al testamento anterior explica que califiquemos de «crucial» el testamento otorgado por Fernando en la villa extremeña

de Madrigalejo. Sin este crucial testamento, la sucesión de Fernando el Católico habría sido otra y otra también la evolución posterior de Castilla y de Aragón. En general, el futuro habría sido otro.

III. EL TESTAMENTO DE MADRIGALEJO. CARACTERES Y CONTENIDO

Este testamento extremeño del Rey es un documento muy interesante desde el punto de vista de la política nacional (tanto para Aragón como para Castilla), de la geopolítica y diplomacia internacional (Nápoles y Sicilia) y también familiar y dinásticamente³.

Pero no menos crucial lo es desde el punto de vista jurídico. En este sentido podemos decir lo siguiente.

A) EXAMEN DE ALGUNAS DE SUS CARACTERÍSTICAS

1) *Es un testamento «in itinere»*

En efecto, Fernando se encontraba camino de Guadalupe, donde proyectaba asistir a un capítulo de la Orden Militar de Calatrava. Había estado primero en Plasencia, visitó luego la Casa-Palacio del Duque de Alba en Abadía. Estuvo unos días en Trujillo, de donde salió el 6 de enero. También pernoctó unos días en el pequeño pueblo de La Abertura, hasta que –sintiéndose verdaderamente mal– se alojó en la Casa de Santa María de los Frailes de Guadalupe, en la pequeña villa de Madrigalejo.

Por tanto, claramente no es un Testamento palaciego (como fue el de la Reina Isabel en Medina del Campo) sino que es un testamento otorgado hallándose en viaje, no previsto ni programado en principio. Inesperado y decidido apresuradamente a mitad de camino.

Madrigalejo es un pequeño pueblo, que ni entonces ni hoy tiene Notario (tal y como hoy entendemos esta profesión). Pero el Rey llevaba consigo a una parte de su Corte y también a miembros de la Cancillería aragonesa, encargada de la formación y cuidado de los documentos de la Corona.

³ Como base para este trabajo, manejamos siempre la edición del Testamento realizada en el año 2013 por la editorial Testimonio, que cuenta con un facsímil del testamento, de notable calidad.

«TESTAMENTO DEL REY FERNANDO EL CATÓLICO. 22 DE ENERO DE 1516», Original conservado en la Fundación Casa de Alba, Proemio de la Duquesa de Alba, Estudio y transcripción de José Manuel Calderón, Testimonio Compañía editorial, Madrid, 2013.

Al frente de esta Cancillería se encontraba el «Protonotario de Aragón» Miguel Velázquez Clemente⁴, quien era también –además– «Notario en todos sus reynos y señorios». Él formaba parte del «círculo» o de la «corte» más inmediata al Rey y, precisamente por eso, acompañaba al Monarca cuando decidió en 1515 desplazarse a Andalucía para pasar mejor invierno a mejores climas que la dura Castilla o Aragón.

Y por eso estaba con el Rey cuando se puso enfermo y hubo de detener su camino en Madrigalejo en la Casa de los Frailes de Guadalupe. Y por eso autorizó su testamento.

Pero debe quedar claro: Miguel Velázquez Clemente estaba en Madrigalejo el día 22 de enero de 1516 porque era el Protonotario de Aragón, pero autorizó su testamento porque era Notario y como Notario.

De todas formas, del carácter «in itinere» del testamento no se deriva ninguna circunstancia jurídicamente relevante.

2) *Es el testamento de un hombre de edad avanzada, pero no es el «testamento de un longevo»*⁵

Fernando tenía en el momento de testar 63 años. No era un hombre mayor desde el punto de vista de nuestra época en que la esperanza de vida media es muy superior, pero sí para el siglo XVI.

La mayor peculiaridad jurídica, los mayores riesgos que presentan estos testamentos es el posible deterioro mental de los testadores (que les prive de la imprescindible capacidad para testar) y la posible existencia de una «presión coactiva» de su entorno.⁶

⁴ Sobre la figura del Protonotario, véase en particular BALTAR RODRÍGUEZ, Juan Francisco: «El Protonotario de Aragón 1472-1707 (La Cancillería aragonesa en la Edad Moderna)», El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2001. Del mismo autor: «Los Clemente, protonotarios del Rey», *Ius fugit, Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos*, número 10-11, 2001-2003, págs. 543-553.

⁵ Define el Diccionario de la RAEL longevo como «persona que alcanza una edad muy avanzada». Sobre este correctísimo significado puramente gramatical, llamamos en el mundo notarial «testamentos de longevo» a aquellos que, a este factor del puro transcurso del tiempo, añaden otros factores que agravan las circunstancias del acto de testar.

El mérito de acuñar la expresión corresponde al gran Notario que es Pablo GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI: Véase su libro «Un patinete de lujo», Ingrasa-Unicaja, Cádiz, 2003 (especialmente, el artículo del libro «El Testamento del longevo», págs. 303-334).

⁶ Me he ocupado de alguna de estas cuestiones en mi pequeño trabajo «Testamento de personas mayores», en la revista *Fundamentos de Derecho, Revista del Colegio de Abogados de Cáceres*, número 52, Abril, 2009, páginas 48-52.

A) *¿Deterioro mental de Fernando de Aragón?*

Está claro que este no era el caso, pues se encontró en perfectas y cabales condiciones mentales hasta el momento final de su vida. Y expresamente lo afirma él al comienzo de su testamento cuando dispone:

«... ahunque stamos con mucha indisposición de salud de nuestra persona, pero bendictio nuestro Señor, con la firmeza de memoria y sin ningún turbamiento del seso, entendimiento y voz clara que nuestro señor nos ha dado ...»

[folio 1 del testamento]

Lo corrobora el hecho de que estando ya en Madrigalejo tuvo una reunión con el embajador de su nieto Carlos (Adriano de Utrech, Deán de Lovaina) y que se reunió largo y tendido con miembros de su Consejo, de toda confianza (Lorenzo Galíndez de Carvajal, el doctor Vargas y el Licenciado Zapata) para escuchar su consejo antes de decidir sobre el contenido del testamento.

Lo suyo eran problemas físicos; Era recurrente la hidropesía; además, tenía algún problema cardíaco. Y siempre se ha hablado de unas «yerbas» que había tomado para aumentar su potencia sexual, pues había deseado con mucha intensidad tener un hijo con su segunda esposa Germana de Foix para poder tener un heredero específico para Aragón.

Por tanto, Fernando era un hombre mayor, pero el suyo no fue el «testamento de un longevo» sino el de un testador con un cuerpo físicamente cansado, consumido y agotado, pero con mente lúcida y plena capacidad.

B) *¿Presión coactiva del entorno?*

Por razón de oficio y vida profesional, los Notarios sabemos que muchas veces las personas mayores caen en una dependencia emocional y anímica respecto a las personas que forman su entorno de cuidados y necesidades más domésticas. Por ello, estas personas se ven inmersas en un proceso de debilitamiento de su voluntad que, sin ser visible exteriormente, sí coarta de hecho y de verdad su libertad a la hora de testar.

Por eso, muchas veces exigimos quedarnos a solas con este tipo de testadores mayores para que ellos puedan hablarnos con más libertad, en ausencia de los que les coartan anímicamente y con mayor relajación de su voluntad.

En cuanto se refiere a esta «presión coactiva del entorno», podemos afirmar también rotundamente que éste no fue tampoco el caso del Rey de Aragón, pues es sabido que hasta el fin de sus días fue un Monarca absoluto, al frente de su Corte y Cancillería, con dominio de la situación y al mando de su Reyno. Los problemas que acabaron con él fueron estrictamente físicos,

sin sufrir ningún tipo de proceso degenerativo debilitador de su voluntad ni padecer ninguna limitación o coacción de ella por ningún tipo de grupúsculo o camarilla.

3) *No es un testamento en «inminente peligro de muerte»*

El Código civil y el Derecho moderno regulan un tipo especial de testamento «en inminente peligro de muerte». Se trata de una forma especial en la que se dispensan ciertos requisitos, en consideración a la extrema situación que vive el testador que se halla en riesgo de muerte inminente.

Está claro que Fernando II de Aragón otorgó testamento muy cerca del momento de su propia muerte.

No sabemos exactamente la hora en que lo hizo, porque las Leyes de entonces (a diferencia de lo que exige hoy nuestro Código civil) no exigían que en el testamento constara la hora de su otorgamiento. Solo mes, día y año, pero no la hora⁷.

Si nos atenemos a los testimonios de la época, parece claro que el testamento se firmó finalmente un 22 de Enero (martes), pero hace 500 años. Es decir: el 22 de Enero de 1516. A media tarde, o avanzada la tarde. Y según esos mismos testimonios, Fernando falleció a las 2 ó 3 de la madrugada del día 23 (o entre las 3 y 4, como dice la placa colocada en la Casa de Madrigalejo).

Por tanto, no debieron pasar ni doce horas entre el acto de testar y el fallecimiento. Es de los casos en que esa doble relevancia del testamento (para el testador y para los demás) tiene un menor recorrido.

Aun así, el testamento de Fernando de Aragón es un testamento común y con todos los requisitos generales de las Leyes en vigor. Y no, de ninguna manera, un testamento en inminente peligro de muerte. [Fíjense por ejemplo, que nuestro Código civil dispensa a esta forma testamentaria de la intervención de Notario; e incluso permite que no se redacte por escrito].⁸

4) *Es un testamento real, es el testamento de un Rey*

Fernando era Rey; pero un Rey de muchos Reinos. Basta con reproducir sus datos personales de identidad en el mismo testamento:

⁷ A diferencia de la hora (que no consta en el testamento), el Notario autorizante sí recoge el día de la semana, que resultó ser martes.

⁸ Dice el Código civil vigente: «Si el testador se hallare en peligro inminente de muerte, puede otorgarse el testamento ante cinco testigos idóneos, sin necesidad de Notario» (artículo 700). Y añade: «En los casos de los dos artículos anteriores, se escribirá el testamento, siendo posible; no siéndolo, el testamento valdrá aunque los testigos no sepan escribir» (artículo 702).

«Nos, Don Fernando por la gracia de Dios Rey de Aragón, de Navarra, de las Dos Sicilias, de Hierusalém, de Valentia, de Mallorca, de Cerdeña y de Córcega, conde de Barcelona, duque de Athenas y de Neopatria, Conde de Rosellón y de Cerdaña, marqués de Oristán y de Goceano».

[Folios 1 y 14 del testamento]

Teniendo presente que estamos a comienzos del siglo XVI y que acaba de terminar la Edad Media (la Edad Moderna acaba simplemente de empezar), resulta que un Rey podía disponer de sus Reinos en favor de quien quisiera.

No existe nada que guarde relación –ni siquiera lejana– con la soberanía popular, porque los Reinos «son propiedad del Rey», del mismo modo que lo son sus Palacios, sus ropas, sus riquezas.

Como Monarca absoluto y titular exclusivo de la soberanía que es, un Rey del siglo XVI podía disponer de su Reino como tuviere por conveniente. Porque la condición de Rey es tan transmisible entonces como hoy lo pueden ser cualesquiera bienes muebles o inmuebles. Y ello lo puede hacer tanto «inter vivos» como «mortis causa», en este último caso, a través de su testamento.

Y si el Rey lo es de varios Reinos (como es el caso de Fernando), puede disponer de éstos en favor de diferentes sucesores. Así, si quiere dejar sus Reinos a una persona o varias, lo puede hacer disponiendo uno o varios legados en favor de esa persona o personas. Y los Reinos que no hayan sido legados específicamente, «pasarán a propiedad del heredero universal», pues la cláusula de institución de heredero tiene tal fuerza expansiva que comprende y abarca todo aquello que no haya sido específicamente legado.

En suma: así como nosotros disponemos hoy por testamento de nuestra vivienda, de la casa de vacaciones, de nuestras cuentas y activos bancarios y de acciones y participaciones en distintas Sociedades, un Rey del siglo XVI dispone de todos sus bienes materiales y además –conjunta o separadamente– de sus Reinos, lo que puede hacer tanto a título de legado como de heredero. Y tanto a favor de una sola persona o de varias (un Reino para cada una). Y este es el caso de Fernando de Aragón.

5) *Es un testamento cerrado:*

Esta sí es una característica importante.

Desde el Derecho Romano y hasta el día de hoy se distinguen dos grandes tipos de testamentos: el abierto y el cerrado.

La diferencia fundamental entre ambas clases radica en que el contenido del testamento sea conocido o, por el contrario, sea secreto para el Notario que lo autorice (y para los testigos).

- a) En el abierto, el testador expone su contenido al Notario en el momento de otorgarlo y, por tanto, éste conoce perfectamente su voluntad.⁹
- b) En el cerrado, en el momento de otorgarlo, el testador no expone su voluntad ni al Notario que lo autoriza ni a los testigos que lo presencian (que, por tanto, ignoran su contenido). Sólo el testador conoce su contenido y, sólo si ha querido hacerlo a través de otra persona en lugar de escribirlo él manualmente, conocerá esa persona el contenido, también.¹⁰

En el siglo XVI, al testamento abierto se le llamaba «nuncupativo» (de «nuncupare», hablar, expresarse) y al testamento cerrado como «hecho en poridad» (en secreto).

El testamento abierto tenía que otorgarse ante Notario y 3 testigos vecinos; o sin Notario y ante 5 testigos vecinos.

Y el testamento cerrado debía otorgarse precisamente ante Notario y 7 testigos.

Pues bien, el testamento otorgado por el Rey Fernando de Aragón en Madrigalejo –tal día como hoy hace 500 años– es del tipo cerrado («en poridad»): se otorgó ante el Notario Miguel Velázquez Clemente y siete testigos.

Los testigos no llegaron a conocer la voluntad del Rey hasta que éste murió y se leyó su contenido.

Sin embargo, Miguel Velázquez Clemente (el Notario autorizante) sí que conoció su contenido, ya que fue él quien redactó material y manualmente la voluntad del Rey testador en las catorce hojas de pergamino de que consta.

Lo dice el tenor literal del mismo testamento:

«De la qual otorgamos, fazemos y firmamos sta dicha presente nuestra carta de testamento y postrimera voluntad, en la forma ya dicha por ante Miguel Velázquez Clemente, nuestro prothonotario y notario público por todos nuestros reynos y señoríos, al qual mandamos que presentes los testigos de iuso nombrados, para sto llamados y rogados, lo testifique, y que los dichos testigos vean como Nos lo firmamos de nuestra propia mano. Al qual dicho nuestro protho-notario mandamos que no publique ni lea delante de los dichos testigos ni en otra parte el dicho testamento, fasta que nuestro Señor hubiere dispuesto de Nos y que entonces lo abra y publique en presencia de nuestros testamentarios que se fallaren presentes».

⁹ Dice el Código civil vigente: «Es abierto el testamento siempre que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone» (artículo 679).

¹⁰ Dice el Código civil vigente: «El testamento es cerrado cuando el testador, sin revelar su última voluntad, declara que ésta se halla contenida en el pliego que presenta a las personas que han de autorizar el acto» (artículo 680).

[Folio 13 vuelto del testamento]

Es curioso destacar cómo nuestros Reyes han tenido preferencia notable por la forma cerrada del testamento.

Cerrados fueron los testamentos de los Reyes Católicos, el de Isabel en Medina del Campo (1.504) y el de Fernando en Madrigalejo (1.516). Cerrados fueron los testamentos otorgados por los Austrias (Carlos I, Felipe II, Felipe III, Carlos II y Felipe IV). Y cerrados han sido otros muchos testamentos regios. Quizás buscando precisamente esa nota que destaca en él: su carácter secreto para todos, incluso para los testigos.

Más curioso todavía es el contraste con la situación en el Derecho moderno. En efecto hoy, en el siglo XXI, el dominio del testamento abierto sobre el cerrado es literalmente avasallador. El testamento cerrado es una figura en franco retroceso, casi inexistente en la realidad vivida, en el Derecho vivo.

Diré como experiencia personal que yo, que soy Notario hace más de 30 años, no he firmado nunca ni un solo testamento cerrado; y sin embargo, han sido miles los testamentos abiertos que he autorizado.

Pongamos un dato estadístico sobre la mesa: En España se firman cada año unos seiscientos mil testamentos (sí, 600.000). La estadística de la DGRN del Ministerio de Justicia no distingue entre ambos tipos, pero creo que no equivocarme si afirmo que no se firmarán en toda España más de 5, 10 ó 20 testamentos cerrados (si llegan a esa cifra siquiera).

Ya hemos dicho por qué es cerrado el testamento de Fernando de Aragón. Pero aún podría añadirse que es cerrado por otro motivo más, ya que una vez firmado por el testador y los testigos y signado por el Notario, éste lo conservó en su Archivo.

Para ello, Miguel Velázquez Clemente tomó las dieciséis hojas (las catorce y dos de cubiertas) de pergamino español en cuaderno de que consta el testamento y las dobló por la mitad. Acto seguido, hizo unas perforaciones en el borde exterior abierto y las atravesó con hilo de seda (que anudaría de alguna forma), para dejarlo reducido a la mitad de su tamaño y facilitar así su cuidado y conservación.

Conservación que efectúa en el «Cajón 7, número 45», datos que escribe en la cubierta. Y finalmente, en la contracubierta, escribe el número «261», que equivaldría al que hoy utilizamos los Notarios como número de Protocolo. E identifica el contenido total del documento con estas palabras «Testamento del Rey D. Fernando el Católico».

Por eso digo que el Testamento de Fernando de Aragón es doblemente cerrado.

B) Las legítimas en el Testamento del Rey

Es sabido que la legítima es esa porción de bienes de que el testador no puede disponer, por haberla reservado la Ley a determinadas personas, llamadas por eso legitimarios.

El análisis de las legítimas de cualquier testador (ayer y hoy) exige arrancar de sus circunstancias personales y familiares, que son las que las determinan.

Fernando, de 63 años en el momento de testar, era un hombre casado en segundas nupcias con Germana de Foix (sobrina del Rey Luis XII de Francia), con quien llegó a tener un hijo, que se llamó Juan y que falleció a las pocas horas. Es decir, que no tuvo descendencia de su segundo matrimonio.

En primeras nupcias estuvo casado –como es sabido– con Isabel, Reina de Castilla. Y de este primer matrimonio nacieron 5 hijos: Isabel, Juan, Juana, María y Catalina.

- La primera, Isabel, tuvo a su vez un hijo con el Rey de Portugal, que se llamó Miguel, pero que falleció antes del testamento de Fernando (como también su madre).
- El primer varón, el Príncipe Juan (llamado a ser Rey y educado para ello) falleció a los 19 años de edad sin dejar descendientes.
- La tercera hija es Juana («Juana la Loca»), que en 1516 había tenido ya seis hijos con Felipe el Hermoso. De estos seis hijos, el primero varón era Carlos (luego Carlos I), de 16 años de edad al testar el Rey de Aragón; y hubo otro varón que nació tres años después, llamado Fernando (nacido en Alcalá de Henares y muy querido del Rey Católico).
- La cuarta es María, Reina de Portugal, que contrajo matrimonio con el Rey de Portugal (una vez que enviudó de su hermana Isabel).
- La quinta y última hija se llamó Catalina y por razón de matrimonio pasaría a ser Reina de Inglaterra.

En suma: de los cinco descendientes de Fernando, dos –los dos mayores– premurieron sin dejar descendencia, con lo que estas dos stirpes quedaron «amortizadas». Y sobrevivieron otras tres stirpes, todas encabezadas por mujeres, la mayor de las cuales era la que todos conocemos como «Juana la Loca».

Por tanto, el posible círculo de legitimarios de Fernando II de Aragón se reduce a las tres hijas que le sobreviven (Juana, María y Catalina) y a su segunda esposa

(Germana de Foix). Y estas son las legítimas que debemos examinar, para comprobar si fueron respetadas por el Rey, conforme al Derecho vigente en 1516.

A) *Legítima de la hija mayor, Juana:*

A ella la instituye heredera y sucesora universal de todos sus reinos, por lo que no cabe duda de que su legítima está cubierta. Y con creces. Y al máximo título jurídico: el de heredera universal.

Los términos literales del testamento son los siguientes:

«Item, fazemos y instituyamos heredera y sucessora nuestra universal en todos los dichos nuestros reynos de ... a la dicha serenísima reyna doña Juana, nuestra muy cara y muy amada hija primogénita, y en los dichos nuestros reynos, principado, ducados y marquesado, condado, tierras y señoríos nuestros, reyna y señora, a la qual en aquellos modo y forma que mejor, más sana, ancha, bastante y provechosamente fazer podemos y devemos y nos pertenesce y pertenecer puede y debe y a sus fijos, nietos, viznietos, másculos, fembras y descendientes dellos y dellas por drecha linea in perpetuum legítimos y de legítimo matrimonio procreados, es a saber, el primogénito y después uno en pués de otro, según el orden del nacimiento, ynsituyamos y fazemos como dicho es, nuestros herederos y sucesores en los reynos, dominios, tierras y acciones susodichas, prefiriendo siempre el mayor al menor y el masculino al femenino, empero no sea clérigo en sacros órdenes constituido, ni religioso o religiosa professos ...»

[Folio 9 del testamento]

B) *Legítima de las dos hijas no herederas*

(María y Catalina):

A María (casada con el Rey de Portugal) y a Catalina (casada con el Rey de Inglaterra) nada les dejó, sino que –por el contrario– las excluyó de la herencia. ¿Cómo?

Lo indica en una de las cláusulas de su testamento al disponer expresamente que ambas hijas

«... fueron muy bien dotadas y renunciaron al tiempo de sus casamientos a qualquier derecho, parte y legítima que les pudiesse venir, pertenecer y cupiesen en nuestros bienes en cualquier manera, queremos y ordenamos que se hayan de tener por contentas las dichas nuestras fijas con los dichos sus dotes que se les dieron, los quales por el presente nuestro testamento les dexamos por parte y legítima herençia y otro cualquier derecho que en nuestros bienes pretendiessen tener, e assi que no puedan pedir, haver ni alcanzar otra parte ni derecho alguno en nuestros bienes en alguna manera».

[Folio 6 vuelto del testamento]

¿Es eso posible en 1516?

Sí. Hay que tener en cuenta que Fernando era Rey de Aragón y, por tanto, el primero de los aragoneses. Y por ello sometido al Derecho civil particular de Aragón (no al de Castilla)¹¹.

Y el Derecho aragonés, desde el siglo XIV tenía ya –igual que hoy– un sistema de legítima global, colectiva y no individual.

Así se estableció ya en el año 1307 en el Fuero «De testamentis Nobilium»¹², por el que los nobles podían instituir heredero a uno de sus hijos –el que quisieren– dejando a los otros lo que bien les pareciere. Y cuatro años después, el Fuero «De testamentis Civium»¹³ de 1311 extendió este mismo régimen a todas las clases sociales.¹⁴

Por lo que la legítima material es sólo colectiva, ya que el testador goza de absoluta libertad de distribución entre sus legitimarios y el único derecho individual de cada legitimario es el de ser mencionado en el testamento que los excluya.

Por tanto, en su testamento de Madrigalejo Fernando respetó las legítimas de sus dos hijas no herederas (María y Catalina), al mencionarlas simplemente, aunque fuera sin dejarles nada y haciendo uso de la figura conocida en Derecho como imputación a la herencia de donaciones hechas en vida.

C) Legítima de su viuda, Germana de Foix:

Los derechos legitimarios de la viuda en Aragón, a comienzos del siglo XVI, son dos: las aventajas forales y el usufructo de viudedad¹⁵.

¹¹ Sobre la legítima aragonesa, véanse los importantes trabajos de LACRUZ: «Las legítimas en la Compilación», RCDI, número 465, marzo-abril 1968, págs. 505-540; «Preterición e injusta desheredación en el Derecho aragonés vigente», ADC, 1968, págs. 513-549; «La defensa de la legítima material en la Compilación aragonesa», Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor Castán Tobeñas, volumen II, págs. 275-302.

¹² El nombre completo del Fuero es «De testamentis Nobilium, Militum & Infantionum & haeredibus forum instituendis». Y los términos literales de este Fuero de 1307 son: «*possint unum ex filiis, quem voluerint, haeredem facere; aliis filiis de bonis suis, quantum eis placuerit dimitiendo*».

¹³ El nombre completo del Fuero es «De testamentis Civium & aliorum hominum Aragonum». Y los términos literales de este Fuero de 1311 son: «*possint in suis testamentis unum ex filiis, quem voluerint, haeredem facere; aliis filiis de bonis suis, quantum eis placuerit relinquendo*» (que, por cierto, exceptúa «in fine» a los hombres de Teruel y Albarracín, que tienen sus propios Fueros).

¹⁴ Puede verse el texto original de ambos en la obra «Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón», edición facsimilar de la de Pascual Savall y Dronda y Santiago Penén y Debesa, El Justicia de Aragón-Ibercaja, Zaragoza, 1991, 3 volúmenes (con estudio preliminar de Jesús Delgado Echevarría). Concretamente, los dos Fueros de 1307 y 1311 aparecen recogidos en el apartado «VIII-Fororum Regni Aragonum», libro VI, página 242.

¹⁵ Sobre la legítima del cónyuge viudo en Aragón en este siglo XVI y en la actualidad, debe verse:

– VALLET de GOYTISOLO, Juan: «Las Legítimas», Limitaciones de Derecho Sucesorio a la facultad de disponer, dentro del «Tratado Práctico y Crítico de Derecho Civil» dirigido por

- A) Las ventajas forales son una figura de menor importancia, a nuestros efectos. Consiste en que la viuda tiene derecho a predetraer de la masa de los bienes comunes una serie de cosas («sus ropas de uso y llevar, sus instrumentos de trabajo y ajuar de casa en consonancia con el tenor de vida del matrimonio»).
- B) El usufructo de viudedad, sin embargo, es una figura de mucha mayor importancia, hasta el punto de decirse de ella que es «la institución más mimada por la Legislación de este antiguo Reino».

Este usufructo foral aragonés atribuye al cónyuge supérstite el usufructo universal sobre todos los bienes del cónyuge premuerto.

Desde las Cortes de Monzón de 1390, este usufructo –que se estableció inicialmente sólo en favor de las viudas– se extendió también a los hombres viudos; por contra, de afectar a todos los bienes (muebles e inmuebles), pasó a abarcar sólo a los inmuebles («inmuebles como sitios»).

Y hay una norma especial para el caso de viudo/a que tuviere descendencia de anteriores nupcias (como es el caso de Fernando). Es ésta que el usufructo de viudedad no puede extenderse a bienes, porción o cuota de ellos cuyo valor exceda de la mitad del caudal hereditario. En este caso, la viudedad ya no es universal sobre todos los inmuebles como sitios, sino sólo sobre el 50% de ellos.

Pues bien: ¿Qué le dejó Fernando a Germana de Foix en su testamento?

La verdad es que poco más que buenas palabras. Sobre todo, teniendo en cuenta que Germana era muy joven comparada con él, pues tenía tan sólo 28 años de edad.

En efecto, hace varias elogiosas menciones a ella como «*muy cara y muy amada mujer*» «*a la que havemos amado y amamos*» y «*ella nos ha amado y ama*», que «*ha puesto pacifficación y sossiego en todos los Reynos*». Y por todo ello, la nombra como uno de sus ocho albaceas (cargo que, por supuesto, nunca ejerció ni era procedente ni conveniente que lo hiciera).

D. Federico De Castro y Bravo, dos tomos, INEJ, Madrid, 1974. En concreto tomo I, páginas 165-168 y tomo II, páginas 888-892.

- CASTÁN TOBEÑAS, José: «Derecho civil español, común y foral», Derecho de Sucesiones, Séptima edición, tomo sexto, volumen segundo, Reus, S.A., Madrid, 1973. En concreto, páginas 514-516 y 612-618.
- RIVAS MARTÍNEZ, Juan José: «Derecho de Sucesiones, común y foral», dos tomos, Dykinson, Madrid, 1987. En concreto tomo II, páginas 246-252 y 229-236.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ruperto Isidoro: «Tratado de Derecho de Sucesiones (*ab ovo usque ad mala*)», Tratados LA LEY, Madrid, 2.013. En concreto, páginas 1088-1104 y 1133-1144.

Y si prescindimos de las ventajas forales (que seguro que percibió, pero que ya hemos dicho que son asunto menor a nuestros efectos), en su favor dispuso dos cláusulas:

1ª) Como complemento a los 30.000 florines de oro a que Germana tenía derecho por razón de los capítulos matrimoniales que firmó al tiempo de casarse con Fernando, éste le dejó –además– «**5.000 ducados de oro en cada año, teniendo viudedad**». Esto no debe entenderse como ningún tipo de derecho de uso y disfrute, sino como un legado de renta periódica, de carácter temporal y mientras permaneciere viuda.

2ª) Dispuso además que pudiera Germana vivir en cualquier sitio de Aragón. Con estas palabras:

«...en qualquiere parte de los dichos nuestros reynos de Aragón, que ella quisiera star o assentar, ... sea muy acatada y servida».

[folio 12 vuelto del testamento]

¿Cumple con estas disposiciones Fernando con el usufructo de viudedad que ordena el Derecho de Aragón?

El usufructo de viudedad de Germana de Foix consistiría en el derecho de vivir, usar y disfrutar simultáneamente todos los palacios, casas, tierras, propiedades y señoríos de la Casa de Aragón (inmuebles como sitios).

Y con el tope del 50%, ya que la Reina viuda Germana de Foix concurría en la herencia con las tres hijas del primer matrimonio de Fernando.

Pero esto en ningún momento le fue atribuido.

Lejos de eso, lo que dispuso a favor de Germana es algo tan limitado como que pudiera su viuda vivir donde quisiera en Aragón (cosa que afecta simplemente a su libertad de movimientos y domicilio) y que en todo caso, allí donde decidiera vivir, sea respetada como mujer que fue del Rey de Aragón (cosa que afecta a su «status social»).

Pero aún hay algo todavía mucho más importante: cuando permite a Germana vivir donde quiera vivir en Aragón, hay que tener presente que no lo hace a través de una disposición testamentaria imperativa, obligatoria para todos los sucesores y mandato para los albaceas. Que es como deben ordenarse las legítimas, como cuestión imperativa, de carácter forzoso.

No.

Lo hace a través de un simple ruego al que luego será el Rey Carlos I (el Emperador), pues expresamente a él va dirigida la cláusula antes transcrita y que ahora reproducimos entera:

«Encomendamos muy caramente al dicho illustríssimo príncipe don Carlos, nuestro nieto, la sereníssima reyna doña Germana, nuestra muy cara y muy amada mujer, que quedará por nuestra muerte viuda y con mucha tristeza, asflicción y soledad por el mucho y entero amor que en ella havemos conocido tenernos y que mire mucho por ella y por todas las cosas que le cumplan, tractándola en todo como mujer nuestra que ha seydo, a quien havemos mucho querido, y persona dotada de toda virtud, honestad y bondad y stando fuera de su naturaleza, tendrá neçesidad de buen tratamiento.

Y assí le encargamos con toda voluntad en qualquiere parte de los dichos nuestros reynos de Aragón que ella quisiera star o assentar, faga y proveha sea muy acatada y servida. Y en las pagas de sus consignaciones le de todo favor y endreça, mirando mucho por ella».

[Folio 12 vuelto del testamento]

En suma: En su testamento, Fernando II no respetó la más genuina y mimada institución del Derecho aragonés, que es el usufructo de viudedad.

Lo dispuesto en favor de Germana de Foix, en concepto de legítima viudal, no tiene el alcance del usufructo viudal aragonés en toda su dimensión y amplitud, y claramente no cubre sus derechos sucesorios como cónyuge viudo.

D) *¿Otros legitimarios de Fernando?:*

Es sabido que Fernando tuvo varios hijos fuera de matrimonio mientras estuvo casado con la Reina Isabel.

Al menos, cuatro:

- Alonso y Juana, con Aldonza Ruiz de Ivorra (noble catalana de Cervera);
 - María, con Toda de Larrea; y
 - María Esperanza, con Juana Pereira (noble portuguesa).
- a) Al primero, Alonso de Aragón, le mencionada repetidamente en su testamento. Fue hombre importante, ya que fue Arzobispo de Zaragoza y Fernando le nombró para después de su muerte Administrador del Reino de Aragón hasta que llegara a España el príncipe Carlos.
 - b) Su hermana Juana casó con un descendiente de los Condestables de Castilla.
 - c) Y las dos últimas (María y Esperanza) fueron abadesas en Madrigal (Ávila).

Pues bien: aparte de esas menciones a Alonso de Aragón, nada dejó Fernando en su testamento a sus cuatro hijos extramatrimoniales, ni siquiera la mención mínima que exige el Derecho aragonés.

Lo que hay que entender dentro de la mentalidad de la época, que con toda naturalidad sólo atribuía derechos hereditarios a los hijos habidos dentro de «legítimo matrimonio».

Cosa totalmente distinta pasaría hoy en pleno siglo XXI, en que como es sabido, los hijos extramatrimoniales tienen los mismos derechos que los matrimoniales en la herencia de sus respectivos padre o madre. Aquí sí que ha habido importantes cambios en 500 años de evolución jurídica.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Llegados a este punto sería conveniente hacer alguna consideración final sobre el testamento de Madrigalejo. A mí se me ocurren dos: una, respecto al testador; y otra respecto al testamento.

En cuanto a Fernando, creo que el testamento último que firmó en Madrigalejo constituye su último acierto como Rey. Pudo haber creado un problema importante si hubiera puesto escollos que impidieran o dificultaran la unión de las dos soberanías de Castilla y de Aragón, la fusión total entre ambos Reinos.

Y eso habría pasado si su último testamento hubiera sido el de Aranda de Duero, pues podría haber creado una disputa entre hermanos, una pelea dinástica o, incluso, una guerra entre nobles. Y no lo hizo gracias a que su testamento de Madrigalejo provocó –dicho en términos de Derecho Mercantil– una Fusión total entre las dos soberanías reales: la de Castilla y la de Aragón, ambas fusionadas a partir de entonces en la persona de Juana y, por representación de ella y a través de ella, en la persona de Carlos.

Nuevamente podría decir algo que ya escribí en otra ocasión: «Quien acierta en testar, no le queda en qué acertar».

En cuanto al testamento, creo que el firmado en Madrigalejo tiene doble interés desde el punto de vista del Derecho:

- en lo privado, tiene un interés notablemente superior al de cualquier otro testador (incluso de cualquier otro Rey);
- en lo público, tiene un interés manifiestamente crucial para la Historia de España.

Por ello, puedo afirmar –sin exageración– que por su influencia en el devenir histórico de España, el testamento de Fernando en Madrigalejo es el documento jurídico más importante que se ha firmado nunca en Extremadura.

**NOTAS
Y
CUESTIONES PRÁCTICAS***

***NOTES
Y
PRACTICAL ISSUES****

* Esta sección está abierta a los distintos profesionales del Derecho (notarios, registradores, abogados, procuradores, letrados, asesores jurídicos, jueces y magistrados, secretarios judiciales, profesores, becarios, y cualesquiera otros) para que formulen, de forma breve y sin notas, los problemas, casos, cuestiones, etc., que se les presenten en su ejercicio profesional y guarden alguna relación con el Derecho civil aragonés.

¿QUIÉN SE QUEDA CON EL PERRO?¹

WHO WILL OWN THE DOG?

Fernando FÉLEZ COSTA

*Estudiante de Máster Universitario en Abogacía de la Universidad de Zaragoza
Graduado en Derecho. Universidad de Zaragoza*

I. INTRODUCCIÓN

Cuando el matrimonio llega a su fin, se debe proceder al reparto de los bienes que formaban el patrimonio conyugal. Aunque es preferible que este reparto se realice de común acuerdo entre los ex cónyuges, la experiencia nos demuestra que no siempre es posible un entendimiento entre las partes, siendo aquí cuando surgen los problemas de quién se lleva qué.

De entre todos esos bienes que forman el patrimonio común, no es extraño encontrar un animal de compañía. Las mascotas, aun siendo consideradas como bienes muebles por nuestro Derecho, consiguen producir un efecto sobre el que, según parece, nuestro ordenamiento no ha previsto: los miembros de la unidad familiar, incluso los no propietarios, crean unos lazos afectivos hacia estos seres que, en muchas ocasiones, son considerados como un miembro más de la familia.

Por este motivo, ya no es extraño que ante una ruptura matrimonial el ex cónyuge no propietario acuda a los tribunales para solicitar una suerte de régimen de visitas sobre el animal, con el objetivo de poder seguir disfrutando de su compañía.

¹ Este pequeño ensayo surge a raíz de la defensa de mi Trabajo Fin de Grado titulado «La situación jurídica de los animales de compañía en Aragón», dirigido por la Dra. Carmen BAYOD LÓPEZ y expuesto el 23 de junio de 2015, obteniendo una calificación de sobresaliente y Matrícula de Honor.

Así que, en base a esta realidad, resulta interesante determinar el régimen de propiedad de las mascotas familiares tras una ruptura matrimonial en Aragón, haciendo para ello uso de diversa doctrina jurisprudencial que, aunque escasa y relativa, en su mayoría, a parejas de hecho, nos ayuda a comprender cuál es el camino tomado por los tribunales para determinar, a la postre, quién de los cónyuges se queda con el perro.

II. LA PROPIEDAD DE LA MASCOTA EN LOS RÉGIMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES ARAGONESES

Lo primero que hay que determinar es la ley aplicable al matrimonio que se pretende disolver. Si el consorcio se rige por la ley aragonesa, el régimen económico matrimonial será, en primer lugar, el que hayan elegido los cónyuges en capítulos matrimoniales (art. 193.1 Código de Derecho Foral Aragonés, en adelante CDFA), que bien podría ser el régimen de separación de bienes (arts. 203 y ss. CDFA), o, a falta de acuerdo o determinación, el régimen legal de consorciales (art. 210 y ss. CDFA).

A) SEPARACIÓN DE BIENES

En el régimen económico matrimonial de separación de bienes, corresponden a cada cónyuge los bienes sobre los que ya era propietario antes del enlace, así como aquellos que adquiriera por cualquier título constante el matrimonio (art. 205.1 CDFA). En este régimen no existen bienes comunes consorciales. Los bienes pueden ser exclusivamente de cada uno de los cónyuges (art. 205.1 CDFA), o pueden ser de ambos en régimen de comunidad ordinaria (art. 206.2 CDFA), en cuyo caso cada uno de los cónyuges serán los propietarios del animal por mitades indivisas, independientemente de si la mascota fue adquirida a título oneroso o lucrativo.

Es decir, si constante el matrimonio los cónyuges se apropian de un animal, y no se puede determinar a quién de los dos pertenece, se considerará que los dos son propietarios por mitad (proindiviso ordinario). De modo que en estos casos, cuando se proceda a la disolución del consorcio, el animal se deberá adjudicar a uno de los dueños, con deber de indemnizar al otro (art. 404 Cc.) o establecer un disfrute compartido (art. 394 Cc.)².

² A este respecto se puede citar la Sentencia núm. 200/2010 del Juzgado de Primera Instancia de Badajoz núm. 2, de 7 de octubre de 2010, que, aunque trata sobre una pareja de hecho, lo que allí

B) RÉGIMEN DE CONSORCIALES

En el régimen económico legal aragonés los bienes que pertenecen a los cónyuges pueden clasificarse en comunes (art. 210 CDFA) o privativos (art. 211 CDFA), y estos últimos pueden, como ocurría en el régimen de separación de bienes, pertenecer a uno sólo de los cónyuges o a ambos en proindiviso ordinario.

A diferencia de lo que ocurre con el régimen de separación de bienes, en el régimen de consorciales es muy relevante la forma en la que se adquieren los bienes o, para el caso que nos ocupa, la mascota.

Por regla general, los bienes que se adquieren durante el matrimonio a título oneroso se presumen comunes (art. 217.2 CDFA), por lo que si una mascota se adquiere a través de un contrato de compraventa constante el matrimonio, ésta pertenecerá presumiblemente a ambos cónyuges, a no ser que se demuestre que la mascota se compró con dinero privativo.

No obstante, hay que tener en cuenta que una mascota no siempre se adquiere a título oneroso. Actualmente es habitual que los animales también puedan adquirirse originariamente por ocupación (art. 610 Cc.), a través de la llamada “adopción animal”o, incluso, *mortis causa*.

Respecto a la ocupación, puede considerarse al animal así adquirido como un bien común, si entendemos que el acto de ocupar realizado por un cónyuge está incluido en el término «actividad»³ del art. 210.2.d CDFA, interpretándolo como toda aquella actuación de uno de los cónyuges que reporte un beneficio al consorcio (en este caso, la integración de un nuevo bien, el animal)⁴.

En lo relativo a la adopción animal, en mi opinión la mascota adquirida a través de este negocio jurídico, que viene siendo en realidad una donación, debería considerarse un bien privativo, ya que no existe ninguna contraprestación en el momento de su adquisición.⁵

se expone resulta aplicable a aquellos bienes sometidos a un proindiviso ordinario bajo el régimen de separación de bienes.

³ BAYOD LÓPEZ, Carmen, «Bienes comunes y privativos en el Consorcio conyugal aragonés (Ley 2/2003 de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad)», en *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferrid*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 286-287, nota al pie décima.

⁴ No obstante, en mi opinión también encuentro factible defender que la adquisición vía ocupación deriva a que el animal se considere un bien privativo, en base al art. 211.c. CDFA, si se entiende que el término «actividad» del art. 210.2.d CDFA hace referencia a una actividad de tipo laboral o remuneratoria. De todas formas, hay que tener presente la presunción del art. 217.1 CDFA, en donde se establece que se presumen comunes todos aquellos bienes que no puedan justificarse como privativos.

⁵ Si bien es cierto que en ocasiones hay que pagar para adoptar a un animal, no siempre se puede considerar este pago prueba suficiente como para afirmar que nos encontramos ante una adquisición a título oneroso. Por ejemplo, para poder adoptar a un animal a través del Centro Municipal de

Y sobre la adquisición *mortis causa*, el animal será un bien privativo (art. 211.c CDFA), a no ser que el causante disponga otra cosa (art. 210.2.a CDFA).

Obviamente, habrá que tener presente en todo momento la voluntad de los cónyuges, ya que éstos pueden acordar que un bien privativo tenga el carácter de consorcial (art. 210.2.b CDFA) y viceversa (art. 211.a CDFA).

Es necesario recordar que la adquisición por ambos cónyuges de un animal a título lucrativo, concretamente a través de una donación o *mortis causa*, tiene una solución jurídica completamente diferente en la legislación del Código Civil. Mientras que la adquisición de un animal a título lucrativo en régimen consorcial determina el carácter privativo de la mascota adquirida, en el Código Civil el animal será un bien ganancial (art. 1.353 Cc.). Es decir, la conclusión jurídica de estos dos ordenamientos es la opuesta para el mismo supuesto de hecho: si un matrimonio ganancial adopta un perro éste será un bien ganancial, mientras que si es adoptado por un matrimonio consorcial será un bien privativo por lo expuesto anteriormente.

Como se puede observar, en el régimen económico matrimonial del consorcio conyugal sí es relevante la forma de adquirir del animal, pues de ello depende que se considere un bien común o un bien privativo.

III. LA IMPORTANCIA DE LOS CAPÍTULO MATRIMONIALES Y DEL PACTO DE RELACIONES FAMILIARES

Uno de los principios que informan la regulación matrimonial en el ordenamiento aragonés es la libertad de pacto. Los cónyuges pueden, antes o después del matrimonio, establecer todo aquello que consideren oportuno sobre el régimen familiar en capítulos matrimoniales (art. 195.1 CDFA), sin más límite que el principio *standum est chartae* (art. 3 CDFA). Asimismo, ante la ruptura de la convivencia, los cónyuges pueden elaborar un pacto de relaciones familiares (art. 77 CDFA), cuyo límite es también el respeto a lo establecido en las leyes.

En los matrimonios en los que existe una mascota familiar, es habitual que los cónyuges otorguen determinados aspectos relativos a la tenencia del animal en caso de divorcio o separación. El contenido puede ser variado: desde establecer a quién le corresponderá la propiedad del animal, acompañado de un régi-

Protección Animal de Zaragoza es necesario pagar un determinado importe dependiendo del animal al que se quiera adoptar (50€ si se quiere adoptar un perro y 20€ si es un gato, según se establece en el art. 5.B de la Ordenanza fiscal nº 24.16 –BOPZ nº 287 de 16 de diciembre de 2013–, aprobada por el Pleno del Ayuntamiento de Zaragoza), importe de carácter fiscal y no de contraprestación.

men de visitas (Auto núm. 78/2006, de 5 de abril, de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12ª) o de la pensión de manutención del perro (Sentencia núm. 142/2010, de 26 de marzo, de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 7ª), hasta la tenencia compartida de la mascota.

Resulta obvio que si los cónyuges redactaron unos capítulos matrimoniales habrá que atender a lo dispuesto en ellos preferentemente (art. 204 y 229.1 CDFA), de igual manera que con los pactos de relaciones familiares. Sin embargo, parece que la jurisprudencia se muestra reticente a reconocer fuerza vinculante a semejantes acuerdos. Así, el Auto núm. 78/2006, de 5 de abril, de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12ª, citado anteriormente, establece que: «[...] el pacto por el que se establece que el esposo podrá visitar (inespecíficamente, cuando desee, y sin decir en qué lugar), al perro propiedad de la ex esposa, previo acuerdo de ésta con él, no implica derecho alguno susceptible de ser ejecutado. Entre otras cosas, vendría a ser una obligación sujeta a la condición de la exclusiva voluntad de quien hubiera de cumplirla y, por consiguiente, nula, e ineficaz, de conformidad con lo que establecer, los artículos 1.115 y 1.256 del Código Civil [...]».

En el mismo sentido también podemos citar la Sentencia 430/2011, de 25 de noviembre, de la Audiencia Provincial de León, sección 1ª, en donde se dice que «[...]Los pactos relativos a mascotas pueden ser obviamente incluidos en un convenio regulador pero lo razonable jurídicamente es que tales acuerdos, igual que los alcanzados en este supuesto en el momento del juicio, tengan trascendencia entre las partes pero sin la cualidad de ejecutables en el proceso de familia. Considerando que estamos ante la ratificación de un acuerdo sobre visitas del perro que no implica derecho alguno que pueda ser ejecutado y en consecuencia no se incluirá en la sentencia que se dicte, sin perjuicio de la validez que tiene entre los propietarios [...]».

Considerando la conclusión a la que han llegado los tribunales a este respecto, es necesario aclarar si los acuerdos establecidos en los capítulos familiares y pactos de relaciones familiares tienen fuerza ejecutiva o no⁶. Según DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, si el convenio regulador y su contenido son legítimos hay que reconocer la fuerza ejecutiva de las medidas adoptadas en él, ya que éstas «podrán hacerse efectivas por la vía de apremio».⁷

Pues bien, como se ha expuesto al principio de este epígrafe, en Aragón uno de los principios que rigen la regulación matrimonial es la libertad de pacto, con

⁶ Véase el artículo de DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, Gema, «Convenios reguladores y animales domésticos», en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 2007, pp. 1685-1692, en donde también se trata esta cuestión desde la perspectiva del Código Civil.

⁷ DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, Gema, «Convenios reguladores y animales domésticos»... *op. cit.* p. 1691.

el único límite del respeto a la ley. De modo que el único motivo para denegar fuerza ejecutiva al acuerdo es que éste infrinja una disposición legal.

En nuestro ordenamiento jurídico no existe ningún impedimento para que un acuerdo de estas características se pueda llegar a ejecutar. Nos encontramos ante una obligación de hacer de carácter no patrimonial (visitar al perro o turnarse su posesión), que ha sido acordada por los cónyuges haciendo uso de su facultad de poder contratar, y que, por cierto, el juez debe aprobar (art. 77.5 CDFA).

Es decir, no existen razones para concluir que el acuerdo al que hayan llegado los cónyuges en capítulos matrimoniales o en pactos de relaciones familiares no sea ejecutable. De modo que si los cónyuges pactaron previamente el destino de la mascota familiar en caso de disolución del matrimonio, tanto en capítulos matrimoniales como en un pacto de relaciones familiares, habrá que atender a lo que allí se disponga, otorgándole fuerza ejecutiva al acuerdo.

IV. LA ADJUDICACIÓN DEL ANIMAL A UNO DE LOS CÓNYUGES. EL DERECHO DE VISITAS Y CUSTODIA

Una vez determinado el carácter privativo o común del animal, y después de comprobar si los cónyuges acordaron alguna pretensión con respecto a la mascota familiar en caso de disolución matrimonial, podemos prever cuál será el destino del animal.

Si el animal se considera un bien privativo, ya sea en régimen de separación de bienes o consorciales, y pertenece a uno sólo de los cónyuges, la mascota será adjudicada en exclusiva a su propietario (art. 205.1 y 211 CDFA para el régimen de separación de bienes y consorciales, respectivamente).

Un ejemplo de esto puede ser la Sentencia 51/2013, de 12 de marzo, del Juzgado de Primera Instancia de Madrid núm. 40, así como la Sentencia 455/2012, de 29 de octubre, de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, sección 5^a.

En la primera sentencia se dirime la supuesta copropiedad de un perro tras la ruptura de una pareja de hecho. Debido a que el perro en cuestión fue donado por la tía de uno de los miembros de la pareja a éste, la mascota sólo le pertenecía a él. Sin embargo, como se puede apreciar en la sentencia, esto no fue impedimento para que la pareja no propietaria acudiera a los tribunales para solicitar la tenencia compartida de la mascota; en la segunda sentencia, uno de los miembros de la pareja de hecho había adoptado a un perro, que tras la ruptura sentimental se lo quedó el otro miembro de la pareja. A falta de pruebas, el

tribunal concluye que tras el fin de la convivencia hubo una transmisión de propiedad del animal del miembro adoptante al otro miembro de la pareja, imposibilitando cualquier obligación de entrega.

Por otro lado, si la mascota pertenece a los dos cónyuges, ya sea porque es un bien privativo en régimen de proindiviso ordinario, porque es un bien común o porque así se dispone en capítulos matrimoniales o en el pacto de relaciones familiares, podemos encontrarnos con varias soluciones, que vienen reflejadas en la conclusión a la que llegó el Juzgado de Primera Instancia de Badajoz, con la Sentencia 200/2010, de 7 de octubre:

«[...] siendo entonces doña Catalina y don Eduardo copropietarios del perro enlitigio, la solución propugnada de la tenencia compartida es correcta. Estamos ante un bien, el perro, indudable y esencialmente indivisible (artículo 401 del Código Civil). Las opciones entonces serían la adjudicación del perro a uno de los dueños, con deber de indemnizar al otro (artículo 404 del Código Civil), o el disfrute compartido (artículo 394 del Código Civil). Como quiera que aquí no se ha instado por ninguno de los condueños del perro la primera posibilidad, es decir, la extinción de la comunidad mediante la entrega del animal a uno de ellos y la consiguiente compensación al otro, sólo cabe la alternativa de regular el disfrute del animal.

Pues bien, como ese disfrute, por razones obvias, no puede ser conjunto, lo procedente es establecer una tenencia temporal del perro. Períodos de tiempo que han de ser iguales para doña Catalina y don Eduardo. De forma ponderada, se acuerda entonces fijar que el perro esté cada seis meses en poder de cada uno, comenzándose el primer plazo de disfrute por doña Catalina habida cuenta de que es quien se ha visto últimamente privada de la tenencia [...]».

La conclusión a la que habría que llegar en Aragón ante la disolución de un matrimonio es la misma. Tanto si la mascota es común (art. 210.2.c en relación con el art. 217.2 CDFA, en adquisiciones a título oneroso) como si es privativa en proindiviso ordinario (art. 206.2 CDFA para el régimen de separación de bienes y art. 211.c CDFA para las mascotas adquiridas a título lucrativo en régimen de consorciales), el animal pertenece a los dos cónyuges.

De este modo, las posibles soluciones pasan por mantener esa comunidad pro indiviso sobre la mascota, adjudicarla a uno de los copropietarios indemnizando al otro o, siendo la opción más llamativa, establecer una tenencia compartida o régimen de visitas sobre el animal.

Sin embargo, el concepto de régimen de visitas aplicado a los animales no se muestra pacífico. En contraposición con la sentencia antes mencionada del Juzgado de Primera Instancia de Badajoz, encontramos la Sentencia 465/2014, de 10 de julio, de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12ª, en la que se afirma, refiriéndose a la tenencia compartida de un perro, que:

«[...] La aplicación analógica de lo preceptuado en cuanto al régimen de visitas de los progenitores no custodios, respecto a los hijos menores de edad, resulta improcedente, pues no tiene base o razón de ser en una relación paterno-filial, por lo que no es de apreciar la identidad de razón para servirse de la aplicación analógica a la que se refiere el artículo 4.1 del Código Civil [...]».

Así pues, la conclusión a la que llega la doctrina jurisprudencial no es unánime, por lo que no se puede asegurar la constitución de una suerte de “régimen de visitas” sobre un animal de compañía si así lo pide un ex cónyuge tras una disolución matrimonial.

Además, al hilo de este hecho, podemos observar que en la práctica existe una tendencia a utilizar términos que se refieren a instituciones que son exclusivamente de aplicación a los humanos, como puede ser la adopción o, en este caso, el régimen de visitas y la custodia compartida, a otros seres como los animales de compañía.

Jurídicamente, hay que admitir que su utilización en este ámbito no es del todo precisa, ya que los animales, entendidos como cosas en nuestro Derecho, carecen de personalidad para ser adoptadas o custodiadas como si fueran un menor de edad. En realidad, lo que se llama adopción animal, término utilizado incluso por la Administración, es una donación, y el régimen de visitas sobre un animal es, en definitiva, un disfrute compartido de un bien, la mascota (art. 394 Cc.).

No obstante, hay que tener en cuenta que si se utilizan estos términos es para acercar a los animales al concepto de persona, intentando así protegerlos de una forma más efectiva, puesto que además de que los animales no son considerados hoy en día meros objetos, apenas existe normativa que regule el fenómeno animal en aspectos como los que se acaban de observar.

V. LA PROPIEDAD DE LA MASCOTA FAMILIAR COMO PRETENSIÓN DE CARÁCTER MATRIMONIAL

Por último, otra cuestión que resulta jurídicamente interesante es determinar si la pretensión relativa a la propiedad de la mascota familiar, o el establecimiento de una tenencia compartida, tras la ruptura del matrimonio se puede dilucidar en el mismo proceso de disolución del consorcio o, por el contrario, es necesario incoar un nuevo procedimiento judicial.

Según la escasa doctrina judicial, las pretensiones para otorgar valor a los pactos relativos a mascotas, aun pudiéndose incluir en los convenios reguladores, no se puede dirimir en un proceso de separación matrimonial. En este sen-

tido se puede citar la Sentencia 430/2011, de 25 de noviembre, de la Audiencia Provincial de León, sección 1ª, en donde se establece que:

«[...] En definitiva, coincidiendo con el criterio de la Juez de Instancia, consideramos inapropiada su adopción en un proceso de separación matrimonial tal como se propone en línea similar a las medidas relativas previstas en la ley para con los hijos comunes, por ello entendemos las razones expuestas por la Juzgadora de instancia para su no aprobación, las cuales mantenemos en esta resolución [...]».

Asimismo, la Sentencia 465/2014, de 10 de julio, de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12ª afirma que:

«[...] Los animales domésticos no se encuentran en la categoría de los enseres personales, ni en la naturaleza propia del ajuar doméstico, pues su inclusión en una de esas categorías supondría una interpretación forzada de los preceptos sustantivos que regulan la materia.

Las mascotas domésticas son pues seres vivos, que en concepto de bienes muebles se encuentran en el domicilio familiar, susceptibles de ser reclamados en propiedad, y en el supuesto de titularidad dominical conjunta, proceder al ejercicio de acciones en proceso declarativo, tendentes a obtener la división del bien común, o el uso compartido, sin detrimento de la utilización por el otro partícipe en la propiedad, que constituye derecho inherente al régimen de la comunidad de bienes».

La sentencia concluye que

«En base a las consideraciones jurisdiccionales dichas, es factible deducir la pretensión del recurrente sobre la mascota familiar, en proceso distinto al presente de carácter matrimonial, y en concreto en juicio declarativo, tal como hemos expresado [...]».

No obstante, respecto a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, encontramos un voto particular en donde se expone que «(...) su tenencia [la del animal] merece tutela judicial, [habiendo] base suficiente en nuestro derecho para no excluir ese pronunciamiento del presente pleito y no remitir a las partes a otro proceso declarativo (...)». En el voto particular se defiende que si bien a un animal no se le puede aplicar un régimen paterno-filial, entiende que los animales de compañía, en tanto y cuando crean lazos afectivos con los miembros de la familia, deben entenderse dentro del concepto de «ajuar doméstico o enseres personales de los miembros de la familia».

Con nuestro actual Derecho positivo, la posibilidad de aplicar a una mascota el régimen previsto para los hijos menores de edad en lo relativo a las crisis matrimoniales es prácticamente inexistente. Como se señala en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona «La aplicación analógica de lo preceptuado en cuanto al régimen de visitas de los progenitores no custodios, respecto a los

hijos menores de edad, resulta improcedente, pues no tiene base o razón de ser en una relación paterno-filial, por lo que no es de apreciar la identidad de razón para servirse de la aplicación analógica a la que se refiere el artículo 4.1 del Código Civil».

Sin embargo, esto no significa que la tenencia de la mascota familiar no se pueda dilucidar en un proceso matrimonial. Como se ha visto antes, los cónyuges pueden llegar a un acuerdo en el pacto de relaciones matrimoniales o convenio regulador, según el caso, obteniendo dicho acuerdo fuerza ejecutiva. Es decir, en el proceso de una crisis matrimonial los cónyuges pueden traer a colación todas aquellas pretensiones que tengan relación con el matrimonio, como es sin duda el patrimonio que han compartido, recogiendo el acuerdo que crean oportuno en esos pactos o convenios.

En mi opinión, si en Aragón se planteara un supuesto en donde los cónyuges elaboraron un pacto de relaciones familiares que preveía algún acuerdo relativo a la mascota familiar, ello se debería dilucidar en un proceso de carácter matrimonial, pues, aunque en la normativa aragonesa tampoco se recoge expresamente la cuestión de los animales domésticos entre las medidas de separación, divorcio o nulidad matrimonial, sí prevé que los cónyuges puedan llegar a acuerdos sobre extremos diferentes a los recogidos en el art. 77.2 CDFA, ya que este precepto recoge el contenido mínimo de los capítulos matrimoniales y no un contenido único.

Por lo tanto, si el acuerdo de la tenencia de una mascota familiar puede regularse en los pactos de relaciones matrimoniales, que sin duda son objeto en un proceso de disolución matrimonial, se debe concluir que este tipo de pretensiones se pueden resolver en este tipo de procesos, sin necesidad de acudir a un procedimiento declarativo.

VI. CONCLUSIÓN

Tal vez nos resulta extraño observar cómo los cónyuges acuden a los tribunales para disputarse la propiedad o posesión de la mascota familiar. Puede que debido a la estrecha relación entre los humanos y sus mascotas los cónyuges decidan que, cuando se produce la disolución matrimonial, se incluya en los pactos de relaciones familiares alguna previsión sobre su tenencia. O puede que se introduzca esta pretensión en el juicio por alguno de los cónyuges para intentar fastidiar a la otra parte, intentando privarle de la compañía del animal.

Sea como fuere, los tribunales ya han tenido que conocer sobre estas cuestiones en el seno de un proceso matrimonial. Por lo tanto, es necesario determinar

a quién le corresponde el derecho de seguir disfrutando, o no, de la compañía de la mascota familiar.

En Aragón hay que tener muy presente, en primer lugar, lo que los cónyuges dispongan en el pacto de relaciones familiares. En estos pactos no sólo debe aparecer el contenido mínimo que establece la ley, sino que también pueden aparecer otras pretensiones a las que lleguen de común acuerdo los cónyuges y que se deriven de la ruptura de la convivencia, como puede ser el establecimiento de una tenencia compartida de un animal de compañía.

En el caso en que no exista pacto o los cónyuges no se pongan de acuerdo, la forma en la que se adquirió el animal es también muy relevante, especialmente si la adquisición se produjo constante el matrimonio y se produjo a través de alguna entidad de adopción animal, pues de ello depende que se considere un bien privativo o común.

Así las cosas, sabiendo que en los pactos o convenios reguladores ya se recogen previsiones sobre las mascotas, la próxima vez que tengamos conocimiento de un proceso de divorcio no está de más preguntarse quién se quedará con el perro.

**LA FISCALIDAD DE LA FIDUCIA SUCESORIA ARAGONESA A
LA VISTA DE LA ÚLTIMA JURISPRUDENCIA. COMENTARIO
DE LA CONSULTA VINCULANTE DE LA DIRECCIÓN
GENERAL DE TRIBUTOS V0397-16**

***THE TAXATION OF THE ARAGONESE SUCCESSION TRUST
IN VIEW OF THE LATEST JURISPRUDENCE. COMMENT
ON THE BINDING CONSULTATION OF THE DIRECTORATE
GENERAL OF TAXES V0397-16***

Francisco de Borja QUERO CHAMORRO

SUMARIO

CONCEPTO Y ORIGEN DE LA FIDUCIA SUCESORIA. REGULACIÓN LEGAL. PROBLEMÁTICA FISCAL. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 31 DE MARZO DE 2004. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE ENERO DE 2012. CONSULTA VINCULANTE DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS DE 1 DE FEBRERO DE 2016. CONCLUSIONES.

CONCEPTO Y ORIGEN DE LA FIDUCIA ARAGONESA

Con la legislación vigente, puede definirse la fiducia aragonesa como la institución sucesoria por la cual un aragonés (fiduciante o comitente) dispone a favor de una o varias personas (fiduciario) la facultad de ordenar su sucesión dentro de los límites legales y los establecidos por el propio fiduciante.

La fiducia es una figura jurídica de origen consuetudinario, que proviene del Alto Aragón, habiendo indicios de su existencia ya en el siglo XII y que venía a cumplir una doble función:

En primer lugar, nace unida a la idea de la conservación del patrimonio, especialmente de la casa, procurándose siempre mantenerlo unido mediante su adjudicación a uno sólo de los hijos. La institución por medio de un encargo fiduciario permitía conservar este patrimonio hasta el fallecimiento del último de los cónyuges, pudiendo decidir hasta ese momento quién de los hijos era el heredero más adecuado, bien porque fuera a permanecer en la tierra, bien por sus cualidades personales o bien, simplemente, porque hubiera sobrevivido a los demás.

Por otro lado, esta fiducia guarda una íntima relación con la protección que el Derecho Aragonés concede al cónyuge viudo, pues además del usufructo viudal, el nombrado fiduciario goza de la facultad de decidir a quién irán a parar no sólo sus bienes, sino los del difunto comitente, lo cual suponía una garantía adicional de que quien quisiera aspirar a ellos asumiera su cuidado hasta el fin de sus días.

REGULACIÓN LEGAL

Como figura eminentemente tradicional, la fiducia sucesoria no gozó de una regulación formal hasta la Compilación de 1967, admitiéndose anteriormente en virtud de la libertad del pacto y del agradecido *standum est chartae*.

La Compilación le dio rango de norma escrita en los artículos 10 a 13, regulando a continuación una figura conexa como es la de la fiducia colectiva.

Posteriormente, la Ley 1/1999 de 24 de febrero de Sucesiones por causa de muerte la trató con una regulación mucho más prolija en los artículos 124 a 148, añadiendo una mayor flexibilidad a su constitución y su ejecución. Así, se posibilitaba nombrar como fiduciario no ya exclusivamente al cónyuge, como sucedía antes, sino a cualquier persona mayor de edad con capacidad de obrar y permitía facultar al fiduciario para que dispusiera de bienes a favor de personas distintas de los descendientes del fiduciante.

El Código Derecho Foral de Aragón de (Real Decreto Legislativo 1/2011 de 11 de marzo) trasladaría esta regulación a los vigentes artículos 459 a 463 sin mayores cambios.

PROBLEMÁTICA FISCAL

Como sucede con otras instituciones, el efecto puramente civil tiene mal encaje en la práctica tributaria. En este caso concreto, el efecto de retrasar la

asignación de la herencia provoca una situación de incertidumbre que choca con la inmediatez de la carga fiscal.

El artículo 448 del Código de Derecho Foral encierra en sí mismo el punto de conflicto entre el efecto civil de la fiducia y su trato fiscal.

Dice este artículo en cuanto a la delación de la herencia sujeta a fiducia que:

- 1. 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.*
- 2. Mientras no se defiera la herencia, se considerará en situación de herencia yacente, y su administración y representación se regirá por lo establecido en el capítulo siguiente.*

Antes de nada, cabe achacar al legislador cierta confusión en los términos al colocar a la herencia pendiente de fiducia en situación de herencia yacente. Es cierto que en sentido amplio puede considerarse como yacente a la herencia desde que se abre la sucesión hasta que se acepta o repudia, pero en puridad, para que la herencia esté yacente ha tenido que producirse un llamamiento a un heredero, aunque sea a un heredero desconocido o futuro (nasciturus), pero en todo caso cierto.

Si quería el legislador referirse a una concepción más general de la herencia yacente, quizás no debería haber colocado esta expresión junto a otros supuestos tan concretos como el de la delación o el de deferir. Si el propio Código declara que hasta la ejecución de la fiducia no hay delación, esto es, si no hay ofrecimiento de la herencia a un heredero para su aceptación o renuncia, no se puede hablar de herencia yacente. No estamos aquí ante un heredero desconocido, futuro o que no haya aceptado. Estamos ante un supuesto en que el heredero no ha sido siquiera designado.

Más preciso resulta el término de herencia “pendiente de asignación” con el que el Código titula el Capítulo II a partir del artículo 449. Éste determina la figura de representación y administración de la herencia hasta que se ejecute la fiducia, encomendando las mismas al cónyuge viudo mientras administre la comunidad conyugal y en su defecto al fiduciario o fiduciarios, alejándose, ahora sí, del régimen de la verdadera herencia yacente que el Código regula en el artículo 324, en el que a falta de administrador designado por el causante nombra administradores de la misma a los llamado como herederos, que en el caso de la fiducia no existen todavía.

El efecto civil resulta entonces muy claro. Al fallecimiento del fiduciante la herencia queda en una situación latente, sin que se produzca ninguna transmisión ni llamamiento a la misma hasta que se ejecute el encargo fiduciario.

A la pregunta de cómo abordar esta situación de latencia desde la óptica tributaria iba a responder el artículo 54.8 del Real Decreto 1629/1991, de 8 de

noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, que en su redacción original rezaba:

8. En la fiducia aragonesa, sin perjuicio de la liquidación que se gire a cargo del cónyuge sobreviviente, en cuanto al resto del caudal, se girarán otras, con carácter provisional, a cargo de todos los herederos, con arreglo a sus condiciones de patrimonio y parentesco con el causante y sobre la base que resulte de dividir por partes iguales entre todos la masa hereditaria. Al formalizarse la institución por el comisario se girarán las liquidaciones complementarias si hubiere lugar, pero si por consecuencia de la institución formalizada las liquidaciones exigibles fueren de menor cuantía que las satisfechas provisionalmente, podrá solicitarse la devolución correspondiente.

A este razonamiento vino a sumarse el artículo 1 de la Ley 13/2000, de 27 de diciembre, de Medidas Tributarias y Administrativas de Aragón.

Es decir que fallecido el fiduciante se obliga a practicar una liquidación provisional a cargo de todos los herederos, que no se sabe realmente cuáles son. La problemática es clara, pues se obliga a pagar el Impuesto a unas personas que no reciben ni un solo bien de la herencia y que ni siquiera saben si lo van a recibir. No es una situación asimilable a una condición suspensiva ni resolutoria ni a una institución a plazo. Es que el causante ha establecido que sus bienes van a ir a quien escoja otra persona en el momento en que esa persona lo escoja o cuando esa otra persona fallezca. Ni siquiera se sabe si los bienes en administración por el fiduciario existirán como tales en el momento de la ejecución del encargo o si habrá más de los que había. Lo que hace la Ley es obligar a pagar por una simple expectativa de herencia. Llevado al extremo, esta liquidación provisional sería algo así como si a toda persona al alcanzar la mayoría de edad se le obligara a tributar por el Impuesto de sucesiones de los bienes de sus padres por si acaso recibe alguno y si luego recibe de menos ya se rectificará esa liquidación.

Vemos como además la disposición reglamentaria habla de “todos los herederos”, sin especificar siquiera a quiénes se refiere. Se intuye que son los herederos legales, pero podría darse la circunstancia de que por voluntad del fiduciante su herencia pudiera distribuirse únicamente entre dos de sus tres hijos. ¿Habría de pagar también este hijo excluido que se sabe que no puede recibir los bienes por vía de la fiducia? Antes de responder piénsese en que sí que podría llegar a recibir parte de los bienes como heredero legal si el fiduciario muriera sin ejecutar el encargo y nada se hubiere previsto para este caso.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 31 DE MARZO DE 2004

La evidente fricción ente la conceptualización civil de la fiducia y la práctica liquidadora no tardó en llegar al Alto Tribunal.

En este primer pronunciamiento, el Tribunal Supremo tuvo que hacer frente a la petición de anulación del punto 8º del artículo 54 del Reglamento del Impuesto de Sucesiones por falta de rango legal y contradicción con los principios que rigen el ordenamiento tributario.

Con respecto a la falta de rango legal el Supremo considera que no se vulnera la reserva de Ley en materia tributaria, que es un artículo heredero del artículo 35.9 del Decreto 1028/1967, de carácter legal (es un Texto Reformado), reiteración del artículo 33.9 del Decreto 176/1959, que ha estado vigente, sin solución de continuidad, hasta la entrada en vigor, del Real Decreto 1629/1991 y que ha quedado ratificado por una disposición con rango legal como es la Ley 13/2000, de 27 de las Cortes de Aragón.

En el aspecto Civil el Tribunal salva el escollo centrándose en el momento de la producción del hecho imponible, entendiendo que civilmente los efectos de la aceptación se retrotraen a la fecha del fallecimiento del causante y que aceptar el retraso del impuesto daría lugar a problemas de prescripción y de fraude fiscal, pasando de soslayo por el hecho de que en realidad el momento del devengo podría hacerse coincidir con el momento de la delación.

La situación se mantuvo de esta forma hasta el cambio de criterio del Tribunal en el siguiente pronunciamiento sobre el tema.

Con posterioridad a esta Sentencia se dictaría el Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de septiembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de tributos cedidos, en cuyo artículo 132 precisaba en esta línea el procedimiento para la liquidación de la herencia sujeta a fiducia sucesoria:

2. Cuando en el plazo de presentación de la declaración del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones o, en su caso, en el plazo de presentación y pago de la correspondiente autoliquidación, no se hubiere ejecutado totalmente el encargo fiduciario, el cumplimiento de las obligaciones tributarias derivadas del fallecimiento corresponderá, respecto de la parte de herencia no asignada, a quien tuviera la condición legal de heredero conforme a lo previsto en el Título VII de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte, con arreglo a sus condiciones de patrimonio y parentesco con el causante.

En el artículo 133.5, a), el Decreto determinaba en cuanto al modo de practicar la autoliquidación la necesidad de realizar una *liquidación provisional*, dato a tener en cuenta, pues posteriormente se modificará este término con la finalidad de evitar el siguiente pronunciamiento del Supremo.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE ENERO DE 2012

Se plantea de nuevo la ilegalidad del artículo 54.8 del Reglamento del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, con base, fundamentalmente en su oposición al artículo 31 de la Constitución, por entender que el precepto reglamentario estaría gravando una riqueza inexistente al no producirse transmisión alguna hasta que tiene lugar la ejecución del encargo fiduciario.

Esta vez, en un ejercicio de reflexión según sus propias palabras, el Supremo decide cambiar radicalmente de criterio, admitiendo que los posibles riesgos de prescripción o fraude no pueden prevalecer sobre la realidad material, afirmando en el Fundamento Quinto que es una realidad incontestable que no existe institución hereditaria hasta que no se ejecuta la fiducia.

Efectivamente, si con la Sentencia del año 2004 el Supremo alteraba la óptica del problema, negando la realidad de la institución a favor de la gestión de las mismas, con esta nueva Sentencia, en síntesis, el Alto Tribunal viene a dar prevalencia a las consecuencias civiles de la fiducia frente a la gestión tributaria. Consecuencia de este razonamiento, el Supremo declara nulo el precepto cuestionado, pues sujetar al tributo a personas que no tienen la condición de heredero y que puede que nunca la tengan se opone al precepto constitucional alegado.

Mucho se ha escrito ya sobre esta Sentencia. Sin embargo no debe pasarnos desapercibida la sugerencia que realiza al Supremo en el penúltimo párrafo de este Fundamento Quinto y que se funda en esa disquisición terminológica a la que me refería en el análisis de los preceptos del Código Foral. Dice el Supremo que al señalarse en este cuerpo legal que mientras que no cumpla el encargo fiduciario la sucesión se encuentra en un estado de herencia yacente podría haberse hecho tributar el total de la herencia en la persona del administrador de la misma por aplicación del artículo 35.4 de Ley General Tributaria. No parece descabellado aventurar que ésta puede ser la solución que se adopte en un futuro, especialmente a tenor de la resolución de la Consulta Vinculante con la que terminaré mi análisis.

Este nuevo criterio fue repetidamente confirmado por el propio Tribunal Supremo en las Sentencias de 26 de marzo y 2 de abril de 2012.

Pero pronto se advirtió que a pesar de la anulación del artículo 54.8 del Reglamento la normativa autonómica aragonesa todavía exigía la liquidación provisional al heredero legal. Anticipándose al ataque que iba a sufrir esta regulación, el legislador aragonés aprovechó la Ley 10/2012, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón para introducir una sutil modificación con la que amparar en contra de la Sentencia del Supremo la exigencia del pago por anticipado a los herederos legales, como

fue cambiar en el Texto Refundido de tributos cedidos toda referencia a *liquidación provisional* por una *liquidación a cuenta*.

A pesar de que las consecuencias prácticas seguían siendo las mismas, el cambio afectó a la Resolución del Tribunal Económico Central de 10 de Octubre de 2013, que venía a pronunciarse sobre esta cuestión. De este modo el TEAC confirmaba la Resolución del TEAR de Aragón por la que con base en la Sentencia del Supremo anulaba una liquidación, entonces “provisional”, a cargo de un heredero legal en una herencia sujeta a fiducia. En la misma venía a analizar la normativa aragonesa para concluir que con la anulación del artículo 54.8 del Reglamento la normativa aragonesa había quedado desprovista de fundamento normativo que permita su aplicación, pero especificando que no se pronuncia sobre la nueva redacción dada a ese artículo en la que se introduce el concepto de liquidación a cuenta.

En la práctica el criterio de la DGA ha sido el de continuar exigiendo la liquidación a los herederos legales con fundamento en la norma autonómica, forzando al contribuyente a recurrir la liquidación en vía económico-administrativa aun conociendo que con toda posibilidad la liquidación sea anulada.

CONSULTA VINCULANTE DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS DE 1 DE FEBRERO DE 2016

Llegamos así a la novedad más reciente en esta materia. La Dirección General de Tributos, en consulta resuelta a quien suscribe, adopta un nuevo criterio que podía considerarse como intermedio y que no termina de ser enteramente claro.

Con respecto al supuesto de hecho se trata de una herencia sujeta a fiducia por disposición de testamento mancomunado otorgador por ambos cónyuges en las que ambos se instituyen recíprocamente fiduciarios para disponer de los bienes del premuerto entre sus descendientes. Se da particularidad de que por años de residencia, la Administración competente para la gestión y percepción del impuesto es la Comunidad Autónoma de Cataluña, con lo cual no cabe duda de que la aplicación del artículo 132 del Texto Refundido de tributos cedidos de Aragón queda excluida.

De este modo se plantea directamente cómo liquidar la herencia sujeta a fiducia tras el vacío creado por la anulación del artículo 54.8 del Reglamento del Impuesto de Sucesiones y Donaciones sin que haya ninguna otra legislación que pueda justificar, ni siquiera forzosamente, la liquidación a favor de los herederos legales.

En la resolución de la Consulta, la Dirección General de Tributos acude entonces a los principios generales de regulación de instituciones especiales,

concretamente al artículo 26 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones reguladora de la tributación del usufructo. Así, concluye el centro directivo que habrá que estudiar el negocio jurídico de la fiducia en cada caso concreto en los siguientes términos:

Segunda: Conforme a dicho precepto, si el fiduciario tiene derecho a disfrutar de todo o parte de los bienes de la herencia, temporal o vitaliciamente, se considerará, a efectos del ISD, como un usufructo de tales bienes y se valorará y tributará como tal. Si, además, tiene la facultad de disponer de los bienes, se liquidará el impuesto en pleno dominio, sin perjuicio de la devolución que, en su caso, proceda por la parte correspondiente a la nuda propiedad de los bienes que finalmente entregue a los herederos. Lógicamente, el sujeto pasivo será el fiduciario, que es quien tendrá el derecho a disfrutar de los bienes y, en su caso, a disponer de ellos.

Analicemos esta solución: Con respecto al derecho a disfrutar de los bienes, en el caso concreto que motiva la consulta concurre en el fiduciario la circunstancia de usufructuario viudal de todos los bienes, así que no hay discusión. ¿Pero qué pasaría si se encargara la ejecución de la fiducia a persona distinta del cónyuge superviviente? Hemos visto como con la legislación actual es enteramente posible. Según los artículos 449 y 452 del Código de Derecho Foral, el fiduciario tiene la administración de los bienes sujetos a fiducia, pero tiene el disfrute de los mismos. Los frutos de estos bienes vendrían a formar parte de la herencia pendiente de asignación sin pertenecer al fiduciario. En este caso, si existiera un viudo distinto del fiduciario con derecho de usufructo sobre estos bienes sería éste el que debería tributar por este derecho. Si no existiera, la herencia en su conjunto estaría pendiente de la delación, sin descomposición de nuda propiedad y usufructo. En este último caso e interpretando en sentido contrario las conclusiones de la Dirección General, si el fiduciario no tiene derecho a disfrutar de los bienes no estaría obligado a liquidar como usufructuario.

Con respecto a la libre disposición de los bienes para que la solución de la Dirección General sea correcta debe interpretarse esta facultad en sus propios términos. Es decir no puede considerarse que el fiduciario, por el hecho de poder decidir a quién se van a atribuir los bienes del comitente, tiene la libre disposición de los mismos. Ni siquiera en el supuesto del artículo 453 del Código de Derecho Foral, que autoriza a que el comitente pueda conceder al fiduciario la facultad de disponer de los bienes a título oneroso para fines concretos, puede considerarse que el fiduciario tenga la libre disposición de los bienes de la herencia, pues esa disposición produce un efecto de subrogación real que indica que el fiduciario no tiene el pleno dominio de los bienes.

Volvemos además de esta forma a encontrarnos con una posible liquidación provisional sujeta a una posterior rectificación.

La realidad es que la letra d) del artículo 26 está pensada para otro tipo de instituciones, como el fideicomiso de residuo o el usufructo poderoso del Valle

de Ayala, en las que realmente existe una libertad total de disposición de bienes equivalente al pleno dominio sin serlo propiamente.

Se observa como la Dirección General se contradice a sí misma cuando en la misma consulta, a la hora de resolver cómo liquidar el Impuesto por el Incremento Valor Terrenos de Naturaleza Urbana opta en la Conclusión Tercera por una solución distinta, cual es la de decir que el sujeto pasivo del impuesto es la herencia yacente por entender que del juego entre los artículos 106.1.a) y 109.1.a) del Texto Refundido del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales con el artículo 35.4 de la Ley General Tributaria se produce una transmisión del causante a la herencia yacente, añadiendo que cuando se transmitan los bienes a los herederos como consecuencia de la ejecución del encargo fiduciario no habrá una nueva sujeción a este impuesto.

Resulta muy discutible tanto que se produzca una transmisión a la herencia yacente como que la herencia pendiente de ejecución fiduciaria sea verdaderamente una herencia yacente por lo ya expuesto.

CONCLUSIONES

La Dirección General aboga por una aplicación a cada caso en función de las facultades del fiduciario pero sin entrar a decir expresamente qué sucede si el fiduciario no tiene ni el disfrute ni la libre disposición de los bienes, si bien, de su razonamiento, se desprende que no habría que practicar ninguna liquidación hasta que la fiducia se ejecutara.

Como consideraciones particulares, la solución en el caso de un fiduciario con ambas facultades de disfrute y disposición sería análoga a la que establece el artículo 54.7 del Reglamento del Impuesto de Sucesiones y Donaciones para el fideicomiso propio del Derecho foral catalán.

Con respecto a la solución que adopta la Dirección General de Tributos para la liquidación de la plusvalía de hacer liquidar a la herencia yacente, es la misma que la insinuada como solución legislativa por el Tribunal Supremo para el Impuesto de Sucesiones en su Sentencia de 30 de enero de 2012. Es posible que veamos un cambio legislativo en Aragón hacia esa vía ante la imposibilidad de mantener mucho más tiempo el criterio de liquidación provisional, ni aun llamándola «a cuenta». Sin embargo hacer liquidar a la herencia yacente tampoco termina de ser respetuoso con los efectos civiles de la fiducia, pues ya hemos dicho que no existe delación y nada se transmite a la herencia yacente. Hasta que no se ejecuta la fiducia no hay transmisión alguna y si no hay transmisión, ni

siquiera posibilidad de aceptar o repudiar, no hay hecho imponible. Esa es la única solución que es armónica con la realidad civil de la institución.

Se ha luchado mucho desde las instituciones legislativas y ejecutivas aragonesas por el respeto a las figuras propias de nuestro derecho foral, pero estas mismas instituciones hacen un flaco favor a estas figuras cuando mantienen una regulación fiscal que por su sola aplicación niega el pleno reconocimiento de sus efectos en todos los ámbitos.

COMENTARIOS DE SENTENCIAS

COMMENTS SENTENCES

* Esta sección está abierta a los distintos profesionales del Derecho (notarios, registradores, abogados, procuradores, letrados, asesores jurídicos, jueces y magistrados, secretarios judiciales, profesores, becarios, y cualesquiera otros) para que formulen, de forma breve y sin notas, los problemas, casos, cuestiones, etc., que se les presenten en su ejercicio profesional y guarden alguna relación con el Derecho civil aragonés.

**REFLEXIONES SOBRE LA STSJA 12/2013 DE 26 DE FEBRERO
Y EL ART. 1438 CC***

***REFLECTIONS ON STSJA 12/2013 OF 26TH OF FEBRUARY
AND THE ARTICLE 1438 OF THE CC.***

CARMEN BAYOD LÓPEZ
*Acr. Catedrática de Derecho civil
Universidad de Zaragoza*

SUMARIO

I. CUESTIONES PRELIMINARES. II. EL ART. 1438 CC. SU (IN)APLICACIÓN EN ARAGÓN: LA STSJA NÚM. 12/2013, DE 26 DE FEBRERO. 1. Los fundamentos del TSJA para aplicar el art. 1438 CC. al caso. 2. EL ART. 1438 CC. Y SU APLICACIÓN O NO EN ARAGÓN.- 2.1. *¿Por qué lo aplica el TSJA en este caso?* 2.2. *Los fundamentos de la inaplicación en Aragón del art. 1438 Cc.* 2.2.1 *En la actualidad.* 2.2.2. *La compensación por trabajo doméstico cuando resulta aplicable la Compilación aragonesa (DT 8ª CDFa). Inaplicación supletoria del art. 1438 Cc.* A. *Los argumentos más relevantes de entonces revisados ahora.* a) *Los fines a los que responde la supletoriedad.* b) *El concepto jurídico de laguna* c) *¿Existe una laguna en Compilación al no regular detalladamente el régimen de separación de bienes?* d) *Razones para no aplicar el art. 1438 Cc. supletoriamente en Aragón.* e) *Conclusiones.* B. *Algún argumento más: la vigente regulación.* III. REFLEXIONES SOBRE LA COMPENSACIÓN POR TRABAJO DOMÉSTICO A LA LUZ DE LAS ÚLTIMAS SENTEN-

* Trabajo realizado en el marco del Grupo de Investigación consolidado S-29 de la DGA, denominado “Investigación y Desarrollo del Derecho aragonés” (IDDA), que cuenta con financiación de la Unión Europea (fondos FEDER) y cuyo investigador principal es el prof. Dr. Jesús DELGADO ECHEVERRÍA.

CIAS DEL TS (136/2015, 135/2015, 16/2014 Y 534/2011). 1. La compensación por trabajo doméstico en la actual doctrina del TS. A. *La doctrina jurisprudencial fijada por el TS en la Sentencia 534/2011, de 14 de abril*. B. *Las cuestiones a las que responde el TS (S.534/2011) para fijar la doctrina jurisprudencial en torno al art. 1438 Cc.* 2. El fundamento de las críticas doctrinales: el requisito del exceso de aportación. A. *Las críticas; su razón*. B. *La interpretación que debería ser, a juicio de la doctrina científica*. 3. Reflexiones finales: el ámbito de lo doméstico en el siglo XXI. A. *El contexto del art. 1438 en el siglo XX: un elemento para la desigualdad entre los cónyuges*. B. *El valor del trabajo para la casa en el siglo XXI*. C. *La interpretación exegética del TS y el principio de autonomía de la voluntad*. D. *El art. 1438 Cc. y el Derecho civil aragonés: «Standum est chartae»*.

I. CUESTIONES PRELIMINARES

No cabe duda que en el Derecho civil aragonés vigente el trabajo para la casa no es un «título» previsto por la ley que permita al cónyuge que lo desarrolla, sea cual sea el régimen económico matrimonial que rijan sus relaciones conyugales, obtener una compensación económica a la disolución del matrimonio.

En Aragón, y con un excelente criterio, el trabajo doméstico no es otra cosa que un mecanismo de contribución en especie a la obligación que tienen ambos cónyuges de sufragar las necesidades familiares, tal y como establece el art. 187 CDFA, aplicable a todos los matrimonios cuyos efectos estén sujetos al Derecho civil aragonés (arts. 16 y 9-2 Cc.)

En razón de ello, los arts. 203 a 209 del CDFA, que regulan el régimen paccionado de separación de bienes, no contienen una norma semejante a la prevista en los arts. 1438 Cc.; 232-5 del Cc. Cat. y 13 de la Ley 10/2007, de 20 de marzo de Régimen Económico Matrimonial valenciano (en adelante Lremvl.)¹; ordenamientos civiles españoles, estos dos últimos, en los que el régimen de separación de bienes se contempla como régimen legal supletorio de la voluntad de los esposos expresada en capítulos matrimoniales (arts. 231-10 Cc.Cat. y art. 6 Lremvl.).

Con todo, la S. 13/2013, de 26 de febrero del TSJA [Ponente Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch, (RDCA-XIX, marginal 13)] ha aplicado el art. 1438 Cc. a un matrimonio sujeto al Derecho civil aragonés por entender que en los capítulos antenupciales otorgados el 26 de septiembre de 2002, en los que pactaron el régimen de separación de bienes, debe aplicarse de forma supletoria el Código civil, al no estar regulado en la Compilación aragonesa entonces vigente

¹ Ley declarada inconstitucional por STC de 6 de mayo de 2016.

el régimen de separación de bienes; las razones para tal aplicación, las ofrece la Sala en los Fundamentos Sexto y Séptimo de la referida sentencia, que serán objeto de análisis.

Por otro lado, no ha faltado tampoco alguna voz que reclama actualmente para Aragón una norma semejante al art. 1438 Cc. En este sentido, el Colegio de Abogados de Zaragoza, en la respuesta ofrecida a la Comisión de Seguimiento del Derecho foral (Proposición no de Ley núm. 192/12, sobre la creación de una ponencia especial de seguimiento del Derecho Foral)² manifiesta lo siguiente:

«Entre otras propuestas concretas dentro del ámbito del Derecho de familia, se llama la atención sobre la necesidad de contemplar en el art. 83 CDFA relativo a la **asignación compensatoria**, la posibilidad de indemnización por el trabajo para la casa como ocurre en la regulación del Código civil (prevista en el art. 1438 para el régimen de separación de bienes).

En la indemnización por el trabajo para la casa (basada en el art. 1438 Cc) no resulta trascendente la dedicación futura a la familia ni la existencia de desequilibrio económico, sino la previa contribución en especie al levantamiento de las cargas familiares. En el Derecho común ambos derechos –compensatoria e indemnización– son compatibles (AP Valladolid 7-11-11, AP Asturias 21-6-11) mientras que en el CDFA no cabe la segunda. (...)».

El resto de operadores jurídicos consultados (Fiscalía, Colegio de Notarios y Justicia de Aragón)³ no se han hecho eco de esta sugerencia, si bien el Tribunal Superior de Justicia, en contestación a la misma petición de la Comisión de Seguimiento de las Cortes de Aragón incluye bajo la voz «asignación compensatoria» la sentencia 12/2013 objeto de este comentario.

En atención a estos planteamientos, y en razón de haber reflexionado en otros lugares tanto sobre la aplicación supletoria del Código civil en lo que atañe al régimen económico matrimonial en Aragón⁴ así como sobre el régimen de separación de bienes⁵, me he sentido inclinada a manifestar mi opinión en relación con estas cuestiones, e invitar también a la comunidad jurídica aragonesa a reflexionar sobre las mismas, en lo que atañe a las relaciones entre cónyuges en

² Publicada en la *RDCA-XIX*, 2013, págs. 196 a 198.

³ Se pueden consultar estos informes, además de en la página web de las Cortes de Aragón, en la *RDCA-XXII*-2015-2016, en la sección de Materiales.

⁴ BAYOD LÓPEZ, Carmen (1999): «La aplicación supletoria del Código civil al régimen económico matrimonial aragonés», en *Actas de los Octavos Encuentros de Foro de Derecho aragonés*, ed. Justicia de Aragón, Zaragoza, págs. 39-130.

⁵ BAYOD LÓPEZ, Carmen (2012): «Régimen de separación de bienes» en *Manual de Derecho civil aragonés. Conforme al Código del Derecho Foral de Aragón*, 4ª ed. Editado por El Justicia de Aragón, Zaragoza, págs. 329 a 334. (= en la 1ª ed. del Manual en 2006).

este siglo XXI, teniendo en cuenta también cómo se valora el trabajo doméstico en otros países de nuestro entorno (Francia, Italia y Alemania, por ejemplo, en los que el trabajo doméstico es sólo un medio de contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio).

En la exposición que sigue abordaré, por un lado, si el art. 1438 Cc. es aplicable supletoriamente en Aragón y, por otro, la conveniencia o no, a mi juicio, y con pleno respeto a otras opiniones, de considerar el trabajo para la casa como un título previsto por la ley para conseguir una compensación económica dentro de matrimonio.

II. EL ART. 1438 CC. SU (IN)APLICACIÓN EN ARAGÓN: LA STSJA NÚM. 12/2013, DE 26 DE FEBRERO.

1. LOS FUNDAMENTOS DEL TSJA PARA APLICAR EL ART. 1438 CC. AL CASO

El TSJA, en su sentencia de 26 de febrero de 2013, declara haber lugar al recurso de casación presentado por la mujer (D^a Adriana) contra la sentencia de la APZ, de 10 de julio de 2012, reclamando frente a su marido (D^a Guillermo) la compensación por el trabajo doméstico (350.000 euros) por los ocho años escasos que duró su matrimonio con base en el art. 1438 Cc.; pretensión que le fue denegada en las anteriores instancias.

Sí se le reconoció en Primera Instancia, y se mantuvo en Apelación, por lo que no recurre en casación, la asignación compensatoria (art. 83.2 CDFA) estimada en 750 euros mensuales durante cinco años (se rebaja en Apelación, ya que en Instancia se le habían asignado 1.100 euros al mes y durante el mismo período de tiempo); el uso del domicilio familiar hasta que la hija menor cumpla 16 años y, desde luego, la contribución del padre a los gastos de crianza y educación (arts. 65 y 82 CDFA) a favor de las hijas menores del matrimonio (7 y 9 años de edad) fijada en 2.300 euros mensuales, cantidad que se confirma en Apelación. La custodia de las menores se atribuye a la madre demandante del divorcio, sin oposición por parte del padre.

La esposa funda su recurso de casación en la *infracción del art. 1438 Cc. del Código civil, aplicable en Aragón en virtud del apartado 2 del art. 1 de la Compilación del Derecho civil de Aragón, con desconocimiento de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la materia, contenida, específicamente, en la sentencia de 14 de julio de 2011*. (Antecedente de Hecho Quinto)

El TSJA considera que, efectivamente, dicha norma debe ser aplicada de forma supletoria en Aragón por las siguientes razones:

- 1º El Derecho aplicable al caso es la Compilación aragonesa, al otorgarse los capítulos matrimoniales, previos a la celebración del matrimonio, en el año 2002.

Ahora bien, la Compilación no regulaba, como ahora lo hace el CDFA, el régimen económico matrimonial de separación de bienes.

En razón de ello, afirma la Sala, los capítulos deben ser interpretados teniendo en cuenta el art. 23.2 Comp.: «En defecto de tales capitulaciones y pactos o para completarlos, en tanto lo permita su respectiva naturaleza, se estará a lo dispuesto en el capítulo III de este título»; capítulo III, que en sus arts. 36 a 59 Comp., regula el régimen matrimonial legal de comunidad.

Por ello, afirma el ponente que en la Compilación:

«Se observa así una regulación totalmente respetuosa con la libertad de pacto que inspira toda la regulación aragonesa, y la intención legal de *que las posibles omisiones o lagunas que pueda presentar el acuerdo tomado sean integradas por las normas de la propia Compilación. Estas prevenciones legales obligan, por tanto, en cada caso, al estudio del contenido concreto de las capitulaciones* de que se trate, para determinar su alcance, y *también si la naturaleza de lo acordado permite integrar los vacíos de lo pactado mediante la aplicación de la normativa aragonesa*, orientada en todo caso hacia el régimen de comunidad». (FD Quinto)

- 2º En razón de lo anterior, deben interpretarse los capítulos matrimoniales, en particular, el «capítulo» Primero que establece:

«El matrimonio se regirá por el sistema económico de separación de bienes.- En consecuencia cuantos bienes aporten a su matrimonio los esposos, así como los demás que sin aportarlos, al tiempo de casarse, sean propios de uno u otro y, también cuantos en adelante puedan adquirir el marido o la esposa por cualquier título, tanto oneroso como lucrativo, serán siempre de la propiedad exclusiva del cónyuge que los posea o adquiera y nunca tendrá el carácter de consorciales o gananciales, cualquiera que sea su origen o naturaleza.- Asimismo, cada cónyuge conservará no solo la propiedad, sino también el disfrute y la administración de los bienes que actualmente le pertenezcan y de los que adquiera en lo sucesivo.»

Dicho capítulo, que no termina de transcribir el ponente, añadía:

«Los capitulantes renuncian mutua y recíprocamente, al derecho expectante de viudedad foral aragonesa y en su consecuencia al usufructo viudal que pueda corresponderles en los bienes del otro» [Transcrito en el FD 5º de la SAPZ núm. 391/2012, de 16 de julio (JUR 2012 278289), Ponente Ilmo. Sr. D. Julián Carlos Arqué Bescós]

La Sala interpreta el «capítulo» transcrito de la siguiente manera (Fºs. D. Sexto y Séptimo):

- En primer lugar: «en este pacto los interesados no acuerdan la fijación de un régimen atípico o innominado, sino que expresamente se refieren en el primer párrafo al conocido como régimen de *separación de bienes*. Hay, por tanto, una vocación expresa de un concreto sistema económico matrimonial. Y en la fecha en que las capitulaciones se suscriben (año 2002) la definición de tal régimen no existía en la *Compilación*, sino en el *Código Civil*».
- En segundo lugar, «debe considerarse que las cláusulas concretas no difieren en su contenido de las previsiones recogidas en el *Código Civil* general, pues no hacen sino recoger de modo descriptivo la regulación del artículo 1437 de tal *Código*. La literalidad del documento no presenta, por tanto, una previsión específica, peculiar o singularizada de un especial régimen matrimonial que las partes quisieran establecer. Pues lo que realmente se observa es una clara referencia al régimen de *separación de bienes*, por cuya expresa consecuencia las líneas maestras del sistema económico serán las que pasan a describir».
- En tercer lugar: «Ante tal ausencia de establecimiento completo del régimen económico que se deseaba, debe acudir, necesariamente, no a su mero complemento, sino a su definición esencial. Las posibilidades que para tal definición ofrece la *Compilación*, a la que en primer lugar debe estarse por cumplimiento de su artículo 23.2 son realmente ineficaces. Porque la clara orientación hacia la comunidad de bienes que regulan los artículos de referencia (...) no permiten el complemento de unas capitulaciones como las que ahora se estudian, (...) dota de naturaleza totalmente diferenciada lo pactado de lo regulado en la *Compilación* (...) La dificultad expuesta de complemento mediante la *Compilación* impone, por tanto, acudir al mecanismo supletorio general que preveía la *Compilación* en su artículo 1.2 de modo que se estará a la aplicación subsidiaria del *Código Civil* en lo que define y regula de modo completo, coherente y cerrado el régimen de *separación de bienes* al que, además, y como ya se ha expuesto antes, las propias partes denominaron por el título jurídico empleado por el mismo *Código Civil*.
- Por último y en cuarto lugar: «Se concluye así, en contra de lo considerado por la sentencia recurrida, que es de plena aplicación el régimen de *separación de bienes* previsto en el Capítulo VI del Título III del Libro IV del *Código Civil*. No pactaron las partes, ni se deduce de los escritos alegatorios o prueba practicada que, dentro de tal regulación y sus consecuencias, fuera excluida en el momento de pacto o después, tácita o expresamente, la aplicación del artículo 1438 del *Código*».

Una vez determinada la aplicación al caso del Código civil procede la estimación de la pretensión de la recurrente y, siguiendo la doctrina fijada en la STS

núm. 534/2011, de 4 julio⁶, reconocer el derecho de la misma a la compensación pretendida por el trabajo doméstico.

La esposa solicitaba 350.000 euros, que calcula en atención a los posibles salarios que hubiera percibido de haber trabajado durante los ocho años que duró su matrimonio, pretensión que no asume la Sala y, actuando en este caso como órgano de instancia, afirma que:

«No es admisible valorar el posible salario que la esposa habría percibido, puesto que no existen datos que permitan estimar que la esposa no trabajó por cuenta ajena sólo por causa de dedicarse primera y principalmente a la atención de la casa, ya que es notorio que existen otras variables a considerar al tiempo de determinar si habría tenido la posibilidad de prestar trabajo remunerado la esposa. Igualmente debe rechazarse la pretensión de hacer comunes los incrementos patrimoniales obtenidos por el cónyuge como si estuviéramos ante un régimen de comunidad cuando, contrariamente a ello, lo pactado por ambos interesados fue la separación de bienes. La ausencia de otros datos o argumentos que permitan decidir cuál debe ser la concreta indemnización a percibir conduce, finalmente a fijarla en la cuantía aceptada de modo subsidiario por el recurrido, de 15.150 euros» (FD Octavo).

2. EL ART. 1438 CC. Y SU APLICACIÓN O NO EN ARAGÓN

1. ¿Por qué lo aplica el TSJA en este caso?

Por un lado porque la mujer lo pide y, por otro, porque el marido, aunque sea de forma subsidiaria, no lo niega: le ofrece 15.150 euros, que al final son los que le reconoce el Tribunal Superior de Justicia; reconocimiento del marido que quizás permita a la Sala entender que ambos cónyuges pactaron el régimen de separación de bienes regulado en el Código civil, sistema foráneo que sí contiene dicha previsión normativa.

Al margen de las especulaciones, creo que de los argumentos que ofrece el TSJA ya transcritos se deduce, y expresamente afirma la Sala en el FD Quinto, que los cónyuges quisieron pactar no un régimen *ad hoc* de separación de bienes, sino el régimen de separación de bienes que se regulaba en el Código civil: este es el régimen, a juicio del TSJA, que de forma voluntaria pactan Dña Adriana y D. Guillermo⁷.

⁶ Recurso de casación 1691/2008 (RJ 2011 5122)

⁷ En los Octavos Encuentros de Foro de Derecho aragonés, celebrados en Zaragoza en 1998, se debatió acerca de la «Aplicación del Código civil como Derecho supletorio al régimen económico matrimonial aragonés», materia de la que fui ponente junto con D. Javier Palazón (Notario) y D. Fernando Solsona (Magistrado).

En dichos Encuentros creo que se justificó sobradamente por los tres ponentes que poca era, ya entonces, la aplicación supletoria del Código civil en Aragón en materia de régimen económico matrimonial, e incluso, como luego recordaré, que no era aplicable supletoriamente en Aragón el

Pues bien, si esta es la explicación del por qué se aplica *en este caso* el art. 1438 Cc., estoy de acuerdo: *se aplica porque los cónyuges han pactado en capítulos matrimoniales el régimen de separación de bienes del Código civil*, ya que así lo ha deducido la Sala sin oposición de la parte más perjudicada: el marido.

Lo anterior me lleva a afirmar y a mantener, como ya hiciera en 1998, que el art. 1438 Cc. no se aplica en Aragón de forma supletoria, sino de forma paccionada cuando los cónyuges incorporaran a sus capítulos la regulación del régimen económico matrimonial del Código civil (art. 9.3 Cc.), o simplemente, acuerdan en los mismos la compensación por el trabajo doméstico, con independencia, incluso, de cuál sea el régimen económico matrimonial, en la forma y manera que lo hace el precepto del Código civil estatal.

Por ello, la fundamentación del recurso de casación en el art. 1.2 de la Compilación alegando la inaplicación del art. 1438 Cc. así como de la doctrina del Tribunal Supremo que lo interpreta, a pesar de su éxito y acogida por parte de la Sala, me parece un error: dicha norma no era, y no es, aplicable supletoriamente en Aragón por ser una norma desconocida en nuestro sistema foral, que contradice sus principios, presididos por la libertad de pacto consagrada en el *Standum*.

Si se aplica en Aragón el art. 1438 Cc., no es porque el Código civil sea supletorio en esta materia de la Compilación aragonesa, que no lo es ni lo fue, sino porque los cónyuges pactan el régimen de separación bienes regulado en el Código civil y dicha norma forma parte del sistema pactado por los capitulantes; éste debería haber sido el fundamento en casación: el art. 3 Comp. y su infracción, y no el 1.2 de la misma.

Por lo demás, creo que podemos seguir afirmando que no es necesario acudir al régimen de separación de bienes regulado en el Código civil para integrar unos capítulos matrimoniales aragoneses en los que se ha pactado dicho régimen económico matrimonial, estando vigente la Compilación aragonesa, pues la misma contiene

art. 1438 Cc., lo que ahora se confirma, al no haber asumido la legislación aragonesa una norma semejante en su vigente régimen de separación de bienes.

Pero en apoyo de la postura que mantiene la Sala para aplicar el art. 1438 Cc. a este caso singular, creo que puede citarse a Adolfo Calatayud Sierra en su intervención en el coloquio que manifiesta lo siguiente: «las capitulaciones matrimoniales más habituales en las que se acuerda el régimen de separación de bienes es con sujeción expresa al régimen del Código civil, es el criterio más frecuente», afirmaciones hechas por el notario Calatayud Sierra en 1998, cuando en la Compilación no había una regulación expresa del régimen de separación de bienes (Cfr. pág. 124 de las Actas publicadas en 1999). Posiblemente, sea esto lo que pasa en este caso, a juicio del TSJA, porque de no ser así, no hubiera sido aplicable el art. 1438 Cc., como así ha afirmado de forma reiterada, y con justos argumentos, la APZ, siguiendo a la doctrina aragonesa, y también como lo ha hecho el TSJA, en la que creo una correcta interpretación de la aplicación supletoria del Derecho civil estatal.

ne principios suficientes para integrar la voluntad de los cónyuges en los arts. 41, 43 y 51, tal y como dispone el art. 23.2 del texto legal aragonés desde 1967⁸.

2. Las razones jurídicas de la inaplicación en Aragón del art. 1438 Cc

2.1. En la actualidad

No hay ninguna duda de que dicho precepto no se aplica supletoriamente en Aragón.

Así se afirma en el apartado 18 del Preámbulo del CDFA: «(...)», las previsiones legales sobre el régimen de separación de bienes, contenido en el Título III, se bastan a sí mismas, cerrando el paso a la aplicación supletoria del Código civil», y todavía se añade lo siguiente: «Si el régimen de separación de determinados cónyuges (...) no prevé determinadas consecuencias mediante pactos ni pueden deducirse de los mismos, no habrán que producirse otras que las señaladas en este Título, y, en último término, las que puedan derivar, mediante la aplicación analógica, en lo que proceda, de las normas del consorcio conyugal».

Esta explicación que nos ofrece el Preámbulo del CDFA es fruto de las reflexiones de la Comisión Aragonesa de Derecho civil (en adelante CADC) que, al debatir estas cuestiones, excluyó expresamente la compensación por el trabajo doméstico de la que sería la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad (Lrem.), cuyos preceptos están refundidos en el vigente CDFA, alegando, entre otras causas, que dicha compensación favorece la desigualdad entre los cónyuges⁹.

⁸ En este sentido PALAZÓN VALENTÍN, Javier (1999): «Aplicación del Código civil como Derecho supletorio al régimen económico matrimonial aragonés», en *Actas de los Octavos Encuentros de Foro de Derecho Aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, pág. 125. En el mismo sentido, señalando los principios que informan el régimen económico matrimonial en Aragón y la aplicación supletoria del régimen de consorciales a los capítulos en los que se pacta la separación de bienes: BAYOD LÓPEZ, en la misma obra que Palazón, págs. 80 a 83.

⁹ La posibilidad o no de incluir en Aragón una norma similar a la prevista en el art. 1438 Cc. fue debatida por la CADC en sus sesiones de 17 de abril de 2002 (Acta 155) y de 24 de abril de 2002 (Acta 156) para rechazar su inclusión en Aragón. El ponente de esta materia, Jesús Martínez Cortés, argumentó su exclusión en base a las críticas que recibe el art. 1438 por parte de la doctrina del Código civil (Acta 155, fol. 6 v.) y sobre todo por encontrarnos ante un régimen paccionado, y no legal, en el que no es propio introducir compensaciones de regímenes de comunidad (Acta 156, fol. 2).

En definitiva, y tras un amplio debate, se rechaza la inclusión en Aragón de la compensación por el trabajo doméstico alegando, además de lo ya dicho por el ponente, que tal inclusión «mantiene o propicia roles o modelos sociales poco deseables. Parece preferible partir de que el matrimonio no perjudica, de entrada, a ninguno de los cónyuges y de que éstos, en su caso, tienen medios para defender sus derechos. No se entiende bien que en la actualidad se estén introduciendo normas pensadas para proteger a uno de los cónyuges. (...) no decir nada al respecto es más acorde con la

MARTÍNEZ CORTÉS, miembro de la CADC y ponente de la misma en esta materia, afirmaba en este mismo sentido lo siguiente: «A la vista de todo lo expuesto, dado el carácter atípico y extraño de una norma semejante en la configuración legal del régimen de separación de bienes, así como los graves problemas de interpretación que plantea y la incertidumbre e inseguridad económico-jurídica que produce en el marco elegido por los esposos para su matrimonio, el legislador aragonés ha optado, con buen criterio, por no incluir en su regulación del régimen de separación de bienes ese derecho a obtener compensación por el trabajo para la casa» y todavía añade en la nota al pie 86 que «el Código Civil no tiene carácter supletorio de la regulación contenida en la Ley 2/2003, cuyas normas se bastan a sí mismas. Por ello, tampoco por esta vía cabe aplicar la norma del art. 1438 del C. Civil en Aragón»¹⁰.

El trabajo para la casa es, como indica el art. 187 CDFA, una forma de contribución a las atenciones legítimas de la familia y en coherencia con ello, si al tiempo de la disolución del matrimonio o de la liquidación del régimen económico matrimonial, hubiéramos de compensárselo al cónyuge, que mediante dicha dedicación contribuyó al sostén de las mismas, resultará que éste en nada socorrió o auxilió a su familia, provocándose con ello, y por obra de la ley, una diferencia injustificada de trato entre ambos cónyuges¹¹.

El trabajo para la casa no es, ni ha sido, en Aragón, salvo pacto expreso, un título que legitime al cónyuge que lo realiza a percibir una indemnización o compensación económica por su desarrollo¹².

igualdad total y absoluta de los cónyuges, que también hay que predicar respecto de las atenciones al hogar y el cuidado de los hijos; que si pudiendo tener un régimen de comunidad, se ha pactado un régimen de separación es para respetar lo pactado» (Cfr. Acta 156, fol. 3).

¹⁰ MARTÍNEZ CORTÉS, Jesús: (2004): «El régimen económico matrimonial de separación de bienes» en *Actas de los Decimoterceros Encuentros de Foro de Derecho Aragonés*, ed. el Justicia de Aragón, Zaragoza, pág. 139. En el mismo sentido: LACRUZ MANTECÓN, Miguel (2015): «Comentario al art. 203 CDFA» en *Comentarios al Código del Derecho foral de Aragón, Doctrina y Jurisprudencia*. Dirigido por J. Delgado Echeverría y coordinado por C. Bayod López y J.A. Serrano García, ed. Dykinson, Madrid, págs. 353-354; BAYOD LÓPEZ, Carmen (2015): «Comentario al art. 187 CDFA» en *Comentarios al Código del Derecho foral de Aragón, Doctrina y Jurisprudencia*. Dirigido por J. Delgado Echeverría y coordinado por C. Bayod López y J.A. Serrano García, ed. Dykinson, Madrid, pág. 335; SERRANO GARCÍA, José Antonio (2012): «Efectos generales del matrimonio» en *Manual de Derecho civil aragonés. Conforme al Código del Derecho foral de Aragón*, dirigido por J. Delgado Echeverría y coordinado por M. A. Parra Lucán, 4ª ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, pág. 295.

¹¹ En el mismo sentido, entre otros, SANTOS MORÓN, María José (2015): «Prestación compensatoria de compensación por trabajo doméstico. ¿Dos caras de una misma moneda?», en *Indret*, Barcelona, enero-2015, http://www.indret.com/pdf/1109_es.pdf, p. 32.

¹² Así lo manifesté en la 1ª edición (2006) del *Manual de Derecho civil aragonés*, págs. 245 y ss., lo mismo se repite en las posteriores ediciones y en particular en la 4ª edición, y última hasta el momento: *Manual de Derecho civil aragonés. Conforme al Código del Derecho Foral de Aragón*, 4ª ed. (2012), Dirigido por J. Delgado Echeverría y coordinado por M. A. Parra Lucán, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012, págs. 329 y ss.

Como indicaba con gran lucidez MARTÍNEZ CORTES¹³: «La Ley pone de esta manera en un plano de igualdad y rango el trabajo, ya sea profesional y remunerado, ya sea trabajo doméstico. Ambas manifestaciones de la aptitud y capacidad de los cónyuges son medios idóneos para entender cumplida la obligación de los cónyuges de satisfacer las necesidades familiares: a través del trabajo externo, ya sea por cuenta propia, ejerciendo una actividad profesional o empresarial, ya sea por cuenta ajena, bajo una relación de dependencia y remunerado, se obtienen unos recursos económicos necesarios para subvenir y atender esas necesidades. Al lado de ello, a través del trabajo en la casa o para la casa, aparte de la atención personal y directa de los cónyuges o de uno de ellos a esas necesidades, se obtiene también un rendimiento económico por la vía del ahorro que ese trabajo doméstico produce para la economía familiar, dado que se evita de esa manera tener que encargarlo a otra persona, con la consiguiente retribución».

2.2. La compensación por trabajo doméstico cuando resulta aplicable la Compilación aragonesa (DT 8ª C DFA). Inaplicación supletoria del art. 1438 Cc.

En los Octavos Encuentros de Foro de Derecho Aragonés, celebrados en Zaragoza en noviembre de 1998, defendí junto a Javier Palazón y Fernando Solsona, creo que con buenos argumentos, que el art. 1438 Cc. no se aplicaba de forma supletoria en Aragón, demostrando ya entonces que la Compilación de 1967, modificada en 1985 por las Cortes de Aragón, no estaba tan necesitada de la aplicación supletoria del Código civil como en general se afirmaba; argumentos que fueron acogidos pacíficamente por la casi totalidad de la doctrina científica y por el TSJA casi de inmediato¹⁴.

¹³ MARTÍNEZ CORTES, Jesús: (2004): *Actas de ...*, pág. 187.

¹⁴ La STSJ de Aragón de 26 febrero de 1999 fue la primera en la que se afirma, modificando el criterio hasta entonces seguido por la Sala, que: «A la vista del art. 1 de la Comp., la mención a los arts. 1347 y 1362 del Cc. como principalmente infringidos, puesta en relación con los arts. 36 y 37 Comp. es, al menos desafortunada, pues estando previsto en estos últimos el régimen económico del matrimonio en Aragón y el concepto de patrimonio común, huelga toda referencia al Código civil, que no es en esta materia sino de aplicación supletoria [Ponente. Ilmo. Sr. D. Manuel Serrano Bonafonte (RDCA-V, 1999, núm.1, marginal 4)]; también la STSJA de 6 de octubre de 2000: «En materia de régimen económico, y por lo que respecta al activo, no es necesario acudir al Código civil como Derecho supletorio, puesto que la Compilación aragonesa regula con precisión esta materia en sus art. 37 y 38 [Ponente. Ilma. Sra. Dña. Rosa Bandrés Sánchez-Cruzat (RDCA-VI, 2000, núm. 2, marginal 4)], sentencias que cito por ser las más próximas a la Ponencia defendida en 1998. A estas sentencias, y en el mismo sentido, han seguido otras muchas, (vid. Índice de la RDCA), si bien es, a lo que creo, la STSJA de 8 de marzo de 2005, la que expresa de forma excelente el juego de la supletoriedad al afirmar que: *La aplicación supletoria del Código civil procede sólo cuando realmente sea imposible dar respuesta al caso mediante las fuentes aragonesas, incluida la utilización de la analogía, si procede, y siempre de acuerdo con los principios que informan el Derecho civil aragonés; aunque no existiera norma propia una disposición estatal no podrá aplicarse en Aragón si contraviene los principios que informan las normas aragonesas, y ello con la finalidad lógica de evitar una aplicación de los preceptos del Código que puedan tergiversar el sentido*

No es este el lugar de repetir aquellos fundamentos que sigo manteniendo, y pueden leerse en las Actas de Foro publicadas en 1999¹⁵, pero sí considero que puede ser relevante traer aquí, y revisar de presente, los principales argumentos de entonces y añadir algún otro que de forma retroactiva justifica ahora la vigente regulación aragonesa.

A. Los argumentos más relevantes de entonces revisados ahora

a) *Los fines a los que responde la supletoriedad.* Debemos recordar que la aplicación supletoria del Derecho del Estado se regula en el art. 149.3 CE y la misma sólo tiene lugar a los efectos de evitar el *horror vacui* que se puede producir en el ordenamiento jurídico español como consecuencia de la atribución de competencias legislativas en favor de las diferentes Comunidades autónomas¹⁶.

Por lo que respecta al Derecho civil, hasta la promulgación de la CE, la supletoriedad del Código civil era una herramienta de unificación del Derecho civil español, más que un método propio de integración de lagunas.

A partir de la CE, la supletoriedad del Derecho del Estado responde a dos objetivos indiscutibles: en primer lugar, evitar la falta de previsión normativa que pudiera producirse en el ordenamiento autonómico como consecuencia de la descentralización política que lleva consigo el reparto de competencias legislativas; en segundo lugar, garantizar el principio de competencia y autonomía, pues en todo caso, antes de recurrir a la supletoriedad del Derecho del Estado, ha de procederse a la previa autointegración del ordenamiento autonómico a través de los principios generales que lo informan; previa autointegración que de forma reiterada exige el TC para garantizar el principio de competencia¹⁷.

de las instituciones aragonesas. [Ponente Ilmo. Sr. D. Luis Fernández Álvarez (RDCA-XI-XII, 2005-2006, marginal 4)].

En razón de esta doctrina constante del TSJA, la aplicación del art. 1438 Cc. en la sentencia objeto de comentario sólo se explica entendiendo, como parece que afirma la Sala, que los cónyuges pactaron el régimen de separación de bienes del Código civil sin haber excluido la aplicación del art. 1438 Cc.

¹⁵ *Op. cit.* en nota al pie 3.

¹⁶ En relación a la justificación de esta afirmación, pueden consultarse los siguientes trabajos, junto con la bibliografía allí citada: BAYOD LÓPEZ, Carmen (1999): «El art. 149.3 CE: la supletoriedad del Código civil como Derecho estatal respecto de los Derechos civiles autonómicos. (Especial referencia a Aragón)», en *RDCA-V*, 1999, núm. 2, pp. 75-125; BAYOD LÓPEZ, Carmen y PÉREZ MILLA, José Javier (2011): «Competencia, preferencia, supletoriedad y conflictos internos de Leyes españolas. Reflexiones a la Sentencia 22/2011 de 26 de mayo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña» en *RDCA-XVII*, págs. 207 a 226.

¹⁷ Así lo manifestó el TC ya en sus primeras sentencias sobre la materia: STC 36/81, de 12 de noviembre (FD 5ª) y 123/84, de 18 de diciembre (FD 3ª) y más recientemente, y entre otras en la STC 90/2012, de 7 mayo (FD 3 y 5) y en particular la STC 157/2004, de 21 de mayo, al afirmar en su FJ 13 con total claridad que: «En definitiva, la cláusula de supletoriedad del Derecho estatal del art. 149.3 CE tiene la «finalidad de evitar vacíos en el sistema normativo de nuestro Estado autonómico»

En definitiva, como pacíficamente ha señalado la doctrina, el concepto de supletoriedad se ha de relacionar con el problema de la falta de previsión jurídica y, por consiguiente, con la integración de lagunas. Misión única a la que puede servir la supletoriedad del Derecho estatal.

Lo que nos lleva a determinar cuándo estamos ante una laguna y, en particular si la falta de regulación del régimen de separación de bienes en la Compilación lo fue.

b) Concepto jurídico de laguna. Para LARENTZ y LACRUZ¹⁸, así como para el resto de la doctrina, una laguna representa un estado incompleto de la norma o del conjunto normativo, en el cual la falta de regulación no está de acuerdo con el sentido, las ideas fundamentales y la ordenación de medios y fines de la normativa total; en definitiva, cuando esa falta de previsión normativa no responde a la teleología del sistema, de manera que *las lagunas se producen cuando la ley no puede resolver problemas planteados por la ley*.

Por ello es conveniente distinguir las verdaderas lagunas, que podrían dar entrada a la supletoriedad del Derecho estatal, de situaciones que, en verdad, no son lagunas del ordenamiento autonómico.

No son verdaderas lagunas aquellas que la doctrina denomina lagunas axiológicas, porque la situación que se califica de laguna deriva de la comparación con un sistema jurídico ideal, como en esta materia podría ser el Código civil estatal.

En estos casos, la regulación que se reclama por este concepto enriquecería el ordenamiento si aparece, pero no tapan un hueco en el tejido legal, hueco que sólo puede existir, cuando la materia tendría que estar expresamente regulada según la lógica interna del propio ordenamiento, y no porque se anhele una nueva ley al comparar la que tenemos con la de otro ordenamiento.

En este punto es necesario también distinguir las llamadas lagunas voluntarias de las involuntarias, cuya diferencia, siguiendo a CARNELUTTI¹⁹, se basa en la imputabilidad o no del vacío normativo al legislador.

[STC 62/1990, FJ 10 a)], permitiendo así la integración de ordenamientos diversos, de manera que el aplicador del Derecho pueda rellenar las lagunas que pudieran existir».

¹⁸ LARENTZ (1980): *Metodología de la ciencia del Derecho*, ed. Ariel, Madrid, pág. 363; LACRUZ, (1998) *Elementos de Derecho civil I*, Parte General. Vol. 1º, (Revisada y puesta al día por J. Delgado Echeverría) ed. Dykinson, Madrid, págs. 247 y ss.

¹⁹ CARNELUTTI (1941): *Teoría general del Derecho*, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid. Esta idea de laguna, que responde al discurso ya dado en 1998, que se sigue manteniendo, y puede verse también en FERRAJOLI [*Principia iuris*, Roma-Bari, ed. Laterza, 2007, vol. I, pág. 685-686)], cuando define la laguna como «il vizio prodotto dall'indebita omissione della decisioni di una rechista da una norma sulla produzione, la cui applicazione suppone l'introduzione della norma macante»; añadiendo todavía que la verdadera laguna no es la que genera cualquier «problema di applicazione, ma

En las llamadas involuntarias, el hueco o deficiencia normativa es imputable al legislador, que no ha previsto la solución a un caso concreto, siendo necesaria tal previsión según la sistemática del ordenamiento; en la llamadas voluntarias, por el contrario, se trata de que el vacío legislativo es querido por el propio legislador que ha decidido no regular determinada situación o institución.

En consecuencia con lo anterior, *sólo son verdaderas lagunas las deficiencias de regulación que se producen en el propio sistema, sin comparación con otros, y que se deben a una falta de previsión involuntaria del legislador.*

En estos casos, la laguna ha de ser colmada por el aplicador del Derecho siguiendo el sistema de fuentes y las demás reglas que el propio ordenamiento determina para conseguir su completud; incluyéndose en estos supuestos la posibilidad de encontrar una solución en el Derecho supletorio, siempre que la misma sea acorde con los principios que informan al Derecho suplido.

En los supuestos de las llamadas lagunas axiológicas y lagunas voluntarias no estamos ante lagunas del ordenamiento, no hay ningún hueco legal que cubrir, pues en el fondo las mismas responden a un espejismo que crea el aplicador del Derecho al comparar diversos ordenamientos jurídicos²⁰.

solo problemi non solubili senza una modifica dell'ordinamento». Cfr. en BULYGIN, Eugenio (2008): «Algunas reflexiones sobre lagunas y antinomias en *Principia iuris*», en DOXA, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 31, págs. 227-232.

²⁰ Esto es lo que creo que le sucede a MIJANCOS GURRUCHAGA, por lo que no comparto su opinión, cuando afirma que «el contenido del art. 1438 CC sí constituye una laguna legal propiamente dicha por ser materia no contemplada por el parlamento balear»; afirmación que fundamenta a través de la discriminación de género, con unos argumentos que tampoco puedo compartir: «durante la vigencia del régimen de separación de bienes, parece razonable que mientras un cónyuge dedica su tiempo a ganar dinero para sí y aumentar su propio patrimonio, y que tan solo una parte del importe de dicho trabajo lo dedica para el levantamiento de las cargas familiares, el otro cónyuge dedica toda o parte de su jornada a la casa y los hijos, por lo que toda la producción de su trabajo no remunerado, pero no por ello menos valioso, redundará en beneficio de los dos; se produce entonces una situación injusta que el derecho tenía que reparar o compensar, máxime cuando a pesar de la incorporación de la mujer al mundo laboral fuera del hogar, las tareas del hogar y el cuidado de los hijos siguen recayendo mayormente sobre ella, lo que impide su incorporación al mundo laboral en igualdad de condiciones y la renuncia en muchas ocasiones a oportunidades laborales de horarios incompatibles o inconciliables con las ocupaciones familiares. Ciertamente, esta descompensación se hace gratuitamente, hasta que se produce la ruptura de la convivencia, es decir, la liquidación del régimen económico matrimonial».

Creo que por todo lo expuesto, no hay ninguna laguna en el Derecho Balear, y otra cosa son los deseos o anhelos de un Derecho que gusta más, pero que no es el propio [Cfr. MIJANCOS GURRUCHAGA, Liliana (2015): «Las reclamaciones económicas por compensación y/o resarcimiento en el proceso de disolución matrimonial de los arts. 97, 1438, 98, 1902 y 1101 CC» en *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, abril-2105, pág. 15 y 20. (http://www.indret.com/pdf/1133_es.pdf Consultada 24/2/2016)].

Por lo demás, y como cita Mijancos en el referido estudio, el TSJIB en su Sentencia 2/2010, de 24 de marzo [Ponente Ilmo. Sr. D. D. Antonio Federico Capó Delgado (recurso de casación 3/2009, RJ 2010 4019)] no aplica supletoriamente el art. 1438 Cc., si bien compensa el trabajo doméstico de la

En ambos casos, la falta de regulación no se produce como consecuencia de una deficiente regulación en el propio ordenamiento, sino en función de tratar de incorporar una institución nueva que aparece regulada en otro ordenamiento.

Esto es, como veremos, lo que sucede con la incorporación al sistema aragonés del art. 1438 Cc.: esta norma no cubre ningún vacío del legislador, pertenece a otro sistema y no debe ser aplicada, ya que de lo contrario, como afirma el TC, se infringe el principio de competencia.

c) *¿Existe una laguna en la Compilación al no regular detalladamente el régimen de separación de bienes?* La no regulación expresa en la Compilación del régimen de separación de bienes no supone una ausencia de reglamentación; muy al contrario, dicha regulación existe: el pacto, la autonomía de la voluntad de los cónyuges, y a ello se ha de estar; integrando la voluntad de los esposos con los principios del ordenamiento civil aragonés y no con los del Código civil, muchas veces contrarios a los principios inspiradores del Derecho civil de Aragón.

El art. 1438 Cc. es una norma de nueva factura que se incorpora al Código civil a través de la ley 11/1981, de 13 de mayo, que modifica el Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial, dando nueva redacción a los arts. 1314 a 1444 del mismo.

Hasta 1981, ni la doctrina ni la práctica forense consideraron que la Compilación necesitara de la supletoriedad del Código civil en materia de régimen de separación de bienes, entre otras cosas porque el Código civil, hasta la reforma de 1981, no regulaba el régimen de separación de bienes que de forma voluntaria pudieran acordar los cónyuges en capítulos matrimoniales²¹.

En efecto, el Capítulo VI, del Título III, *Del contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio*, bajo la rúbrica *De la separación de bienes de los cónyuges y de su adminis-*

esposa por aplicación analógica del art. 9.2 de la Ley de parejas de Baleares, que tiene previsto para las mismas tal compensación. Esta sentencia es anterior a los pronunciamientos del TC, que declaró inconstitucional una norma semejante al 9.2 de la Ley de parejas Balear en Navarra (Cfr. Ss.TC 93/2013 y 81/2013 de 11 de abril).

²¹ El Código civil en su redacción originaria no reguló el régimen paccionado de separación de bienes sino que reguló la separación de bienes impuesta legalmente cuando concurrían determinadas circunstancias (arts. 50 y 1432 Cc.). Sólo en 1975 (Ley 14/1975, de 2 de mayo, de reforma del Código civil sobre la situación jurídica de la mujer casada y de los derechos y deberes de los cónyuges) se introduce en el Código una norma propia del régimen de separación de bienes, no existente hasta entonces, al dar nueva redacción al art. 1435 Cc.: «La separación de bienes no exime a los cónyuges de sus obligaciones en orden al levantamiento de las cargas de la familia»; como consecuencia de la eliminación de la potestad marital: la mujer comienza a dejar de ser considerada como una menor de edad, y por ello se le exige responsabilidad: contribución a las cargas familiares, ya que hasta la entrada en vigor de esta ley del 75, la mujer sujeta al Código civil no podía obligar ni gestionar la comunidad de gananciales, por ello tampoco respondía del levantamiento de las cargas del matrimo-

tración por la mujer durante el matrimonio, no reguló el régimen paccionado de separación de bienes, que quedaba al arbitrio de la voluntad de los novios en sus capítulos matrimoniales (igual que en Aragón: art. 23 Comp.), ya que como afirmaba la doctrina de la época: «Mas (de) esta forma de separación voluntaria no se ocupan los artículos que comentamos, sino solo a la que tiene lugar después de haber regido entre los cónyuges, más o menos tiempo, la sociedad de gananciales, o sea, de la que se acuerda y establece durante el matrimonio, así como también de la que la ley impone por vía de pena en ciertos casos»²².

Lo que verdaderamente reguló el Código civil bajo la rúbrica *de la separación de bienes* no era otra cosa que la separación forzosa, que tenía lugar, *ex art.* 50 Cc., cuando el matrimonio se contraía por un menor de edad sin haber obtenido la licencia paterna; por la viuda sin esperar los 300 días subsiguientes a la muerte de su marido y por el tutor y sus pupilos sin haberse aprobado la cuenta de la tutela (art. 45 Cc./1889-1958), así como los casos de separación judicial, que podía demandar cualquiera de los cónyuges cuando el otro hubiera sido condenado a una pena que llevase consigo la interdicción civil, o hubiera sido declara-

nio. Pero tampoco en 1975 se reguló en su completud el régimen de separación de bienes por parte del legislador estatal.

En Aragón, los principios eran otros y la situación de la mujer casada también, por ello este precepto tampoco fue aplicable supletoriamente en Aragón, ni supuso novedad alguna con respecto de la situación anterior.

La mujer aragonesa casada, aun antes de esta reforma del Cc. en 1975, tenía facultades de gestión y podía responsabilizar a los bienes comunes (arts. 42 y 48 Comp. en su redacción originaria), pero sobre todo el art. 43.1 afirmaba desde 1967 (hasta su derogación por la Lrem. el 23 de abril de 2003) que: «Los cónyuges en defecto de bienes comunes, responden solidariamente por las deudas enunciadas, en el apartado primero del artículo cuarenta y uno, si bien en la relación interna responderá cada uno por mitad».

En el régimen civil aragonés, ya en 1967, los bienes de la mujer siempre han respondido por las deudas consorciales, además de por las suyas propias; el art. 43.1 Comp. reguló la responsabilidad de los cónyuges (de ambos) por deudas derivadas de las atenciones legítimas a la familia cuando no había bienes comunes, por ello, esta norma fue perfectamente aplicable al régimen paccionado de separación de bienes (en él no hay bienes comunes) sin necesidad de recurrir a la aplicación supletoria del Código civil, tal y como disponía el art. 23.2 Comp.

Todo ello explica que en materia de separación de bienes no fuera necesario, vigente la Compilación, recurrir al Código civil que, por lo demás, no reguló el régimen económico matrimonial de separación de bienes sino las consecuencias de una separación judicial o la exclusión, como pena, del régimen de gananciales, como dispuso el art. 1432 Cc. (A falta de declaración expresa en las capitulaciones matrimoniales, la separación de bienes entre los cónyuges durante el matrimonio no tendrá lugar sino en virtud de providencia judicial, salvo el caso previsto en el art. 50) vigente hasta la reforma de 1981. [Sobre todas estas cuestiones puede verse BAYOD LÓPEZ (1999): *Actas de los ...*, pág. 84 a 91].

²² QUINTUS MUCIUS SACAEVOLA (1905), *Código civil Comentado y Concordado extensamente con arreglo a la edición oficial*, Tomo XXII, (arts. 1392 a 1444) ed. Reus, Madrid, págs. 487 y ss.; lo mismo se mantiene en la 2ª edición, revisada y puesta al día por José María Reyes Montereal, Tomo XXII, arts. 1392 a 1444, 2ª edición de 1967, Reus, Madrid, págs. 866 y ss.

do ausente, o hubiese dado causa a la separación legal o personal (art. 1433 Cc./1889, 1958, 1975); estas circunstancias traían como consecuencia dejar la administración de los bienes, que hasta entonces habían sido gananciales, en manos de uno de los cónyuges, atendiendo especialmente en estos casos a la situación de la mujer administradora; situación que tampoco era aplicable supletoriamente en Aragón ya que expresamente atendía a ella la Compilación en su redacción de 1967 a través de los arts. 48 a 50.

En razón de ello, la regulación del régimen de separación de bienes en el Código civil por la Ley 11/1981, incorporando el art. 1438 Cc., no puede dar lugar a una laguna: es una norma ajena al sistema aragonés, y el hecho de que la misma pueda parecer acertada o deseable para nuestro sistema civil no la hace aplicable: no hay ninguna laguna que cubrir en el sistema jurídico aragonés.

d) Razones para no aplicar el art. 1438 Cc. supletoriamente en Aragón. Como también señalaba PALAZÓN VALENTÍN, el art. 1438 Cc. no es aplicable en Aragón ya que la solución se encuentra a través del art. 23.2 Comp., aun cuando esta norma remite al régimen legal, diversos preceptos son aplicables al régimen de separación de bienes.

Por un lado, el art. 51 Comp., en sede de gestión de los bienes privativos, es aplicable al régimen de separación de bienes al disponer que: «corresponde a cada cónyuge la administración y disposición de sus propios bienes» y, por otro lado, el art. 43.1, aplicable supletoriamente también al régimen de separación de bienes, al determinar la responsabilidad de los cónyuges en defecto de bienes comunes (que es lo que sucede cuando el régimen es de separación) disponiendo que en la relación externa los cónyuges responden solidariamente por las deudas del art. 41.1 (cargas del matrimonio o atenciones legítimas de la familia²³) y en la relación interna ambos por mitad²⁴.

En atención a ello, afirma PALAZÓN, que: «se podría defender la aplicación de este precepto a unas capitulaciones en las que se pactara la separación de bienes sin especificar más, y que, por tanto, contribuyesen los cónyuges a las

²³ Así lo afirma ahora el art. 189 CDFA, que recoge los principios tradicionales contemplados en el art. 41 Comp. desde 1967. Hoy art. 189 CDFA es aplicable a cualesquiera matrimonios sujetos al Derecho civil aragonés y cualquiera que sea el régimen económico de su matrimonio, también el de separación de bienes, como lo era también el art. 41 Comp.

²⁴ La misma solución ofrece ahora el CDFA: art. 187, 189, 220 y 221 CDFA, aplicables estos dos últimos al régimen de separación de bienes: SERRANO GARCÍA, José Antonio (2012): «Efectos generales del matrimonio» en *Manual de Derecho civil aragonés (...)*, 4ª ed., págs. 297-298; BAYOD LÓPEZ, Carmen (2012): «Régimen de separación de bienes», en *Manual de Derecho civil aragonés (...)*, 4ª ed. págs. 332 y 333; BAYOD LÓPEZ, Carmen (2015): «Comentario al art. 189 CDFA» (...) ed. Dykinson, págs. 336-337; MARTÍNEZ CORTES, Jesús (2004): *Actas de los Décimos Terceros Encuentros de Foro (...)*, pág. 132.

cargas del matrimonio por mitad, y no en proporción a sus respectivos ingresos económicos, como resultaría de aplicar el 1438 Cc.»²⁵

e) *Conclusiones.* En mi opinión, creo que estos argumentos de entonces, reflexionados de nuevo, explican sobradamente la inaplicación supletoria *ex art.* 1.2 Comp. del art 1438 Cc. en Aragón por ser una norma extraña al sistema civil aragonés y no cubrir ningún vacío normativo.

Desde la promulgación de la Compilación en 1967 el régimen de separación de bienes se integraba en Aragón aplicando las normas del consorcio conyugal, sin recurrir a la aplicación supletoria del Cc., que tampoco regulaba dicho régimen económico matrimonial; el que lo hiciera el legislador estatal en 1981 no creó ninguna laguna en el sistema Aragonés, ni puedo modificar o influir en la Compilación aragonesa, que desde 1978 dejó de ser una ley estatal sujeta a los principios de jerarquía y posterioridad.

B. *Algún argumento más: la vigente regulación aragonesa.*

El vigente CDFA no supone una ruptura con el pasado sino como se afirmó por la CADC en su Ponencia General.

Esta idea de la Comisión se refleja de forma expresa en los números 15 y 16 del Preámbulo del vigente CDFA, cuando se afirma que «La mayor parte de las normas de Derecho de familia de la Compilación, basadas en la experiencia histórica de siglos, quedan incorporadas a la nueva regulación que proporciona a las mismas un marco general que sirve de contexto sistemático y hace más fácil su interpretación, evitando las dudas sobre la pertinencia de acudir al Código civil para darles respuesta. *El Código civil, como Derecho general del Estado, sigue siendo supletorio del Derecho civil de Aragón, pero la nueva regulación tiene buen cuidado de incluir normas propias en todos los casos en que el hipotético recurso al Código civil era más claramente perturbador*, así como de construir un sistema cuyos principios sean siempre preferentes a los enunciados de aquél, de acuerdo con el artículo 1 del presente Código del Derecho Foral».

La actual regulación del régimen de separación de bienes en Aragón es ahora un argumento más que resuelve de forma pretérita las dudas que aún pudieran albergarse sobre la supletoriedad del art. 1438 Cc. en Aragón cuando sea de aplicación a los hechos enjuiciados la Compilación aragonesa (DT 8ª CDFA).

²⁵ PALAZÓN VALENTÍN, JAVIER (1999): en *Actas ...* pág. 125. En el mismo sentido, señalando los principios que informan el régimen económico matrimonial en Aragón y la aplicación supletoria del régimen de consorciales a los capítulos en los que se pacta la separación de bienes: BAYOD LÓPEZ, en la misma obra que PALAZÓN, págs. 80 a 83.

La ausencia en el Derecho vigente de una compensación por el trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes constata la continuidad con el pasado y la ausencia de esta previsión normativa, ajena a los principios aragoneses.

Si la Comisión Aragonesa de Derecho Civil debatió sobre su inclusión en el régimen de separación de bienes aragonés, lo fue porque dicha norma no era de aplicación en Aragón y para que lo fuera debía ser promulgada por el legislador aragonés.

La Comisión Aragonesa de Derecho Civil con buen criterio, a mi juicio, prefirió no incluir la compensación por el trabajo doméstico como norma aragonesa.

Por lo demás el CDFA mantiene los mismos principios que inspiraban la economía del matrimonio en Aragón vigente la Compilación aragonesa y que se contemplaban en los arts. 41, 43 y 51 de la misma, cuya esencia se contiene ahora en los arts. 187, 189 y 220 y 221 CDFA; se mantiene también como Derecho supletorio del régimen de separación de bienes pactado en capítulos matrimoniales las normas del consorcio conyugal aragonés (art. 204 CDFA), siguiendo con ello el mismo principio contenido en el art. 23-2 Comp.

Todo ello justifica que tanto entonces como ahora no sea aplicable de forma supletoria en el ordenamiento civil aragonés una norma como la prevista en el art. 1438 del Cc.

Su contenido y aplicación en nuestro sistema civil sólo puede tener lugar bien porque así y de forma expresa lo pacten los cónyuges (*Standum est chartae*) o bien, porque tal situación la impusiera el legislador, a mi juicio con grave error y olvido del principio de autonomía de la voluntad que ha inspirado tradicionalmente la regulación de la familia en Aragón.

Por ello, deben ser los cónyuges los que en sus capítulos matrimoniales regulen estas consecuencias, tal y como se ha hecho siempre.

En efecto, debemos recordar que el contenido propio de los capítulos matrimoniales no sólo ha sido (ni es) establecer el régimen económico matrimonial sino, sobre todo, regular las consecuencias de la disolución del matrimonio; si esta previsión ya la tenían los aragoneses cuando el matrimonio era para toda la vida, con mayor razón habremos de cuidar estas cuestiones en el siglo XXI donde el punto de partida es otro: para toda la vida solo es el divorcio y sus consecuencias económicas²⁶.

²⁶ Vigentes los Fueros de Aragón, y a lo largo de unas cuantas centurias, la regulación de la economía del matrimonio se dejaba al arbitrio de las particulares. Las escasas normas forales al respecto estaban contenidas en diferentes Fueros y Observancias (fundamentalmente en los *De iure dotium*, *De donationibus* y *De vir et uxor*, al margen de algunos otros). En estos Fueros y Observancias se atendía, más o menos, al régimen legal que hoy denominamos de consorciales. Estos Fueros, como ya señalara VIDAL DE CANELLAS, se aplicaban salvo que los esposos *otro paramiento fizieron, aqueil para-*

III. REFLEXIONES SOBRE LA COMPENSACIÓN POR TRABAJO DOMÉSTICO A LA LUZ DE LAS ÚLTIMAS SENTENCIAS DEL TS (136/2015, 135/2015, 16/2014 Y 534/2011)²⁷

1. LA COMPENSACIÓN POR TRABAJO DOMÉSTICO EN LA ACTUAL DOCTRINA DEL TS

A. La doctrina jurisprudencial fijada por el TS en la Sentencia 534/2011, de 14 de abril

El TS ha fijado doctrina «legal» acerca de cómo debe interpretarse, valorarse y aplicarse la proposición segunda del art. 1438 Cc. cuando dispone que: *El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el juez señalará, al falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación*, afirmando en el FD Séptimo de la sentencia de 14 de abril de 2011, que *Se sienta la siguiente doctrina jurisprudencial*:

miento debe ser tenido [Fuero *De Iure dotium* (VI, 3-3 y 6)], lo que hacía gala de su naturaleza dispositiva, supletoria y no imperativa.

El contenido de los capítulos atendía fundamentalmente a regular el régimen que debían seguir los bienes aportados al matrimonio (régimen estático de las aportaciones), así como la situación en que quedaban los esposos tras la disolución del matrimonio por la muerte de unos de los cónyuges, única causa de disolución hasta 1981, salvo el pequeño paréntesis en de la II República española.

En los capítulos se pactaban las dotes y el destino de las mismas; la viudedad, que por regla general se convenía como universal; la posibilidad o no de que el cónyuge ya viudo, si tenía descendencia del matrimonio disuelto, pudiera convolar nupcias en la casa (casamiento en casa) y sobre todo, se pactaba qué sucedía, si el matrimonio se covolaba fuera de ella; a qué tenía derecho el viudo tras los años de matrimonio.

En estos casos, si el matrimonio se había contraído «a Fuero de Aragón» podía tener derecho a la mitad de los consorciales y a llevarse parte de la dote que hubiera aportado a la casa; pero si el matrimonio «no era a Fuero de Aragón», expresión que equivalía a lo que hoy llamaríamos separación de bienes, el cónyuge viudo (cualquiera que fuera su género) por regla general no se llevaba nada de la casa, salvo sus ropas, su dote y en ocasiones, que no siempre, un «reconocimiento» que se fijaba ya al tiempo de la boda (¿la compensación por su dedicación pasada a la casa y a la familia?) en los capítulos matrimoniales y que, con buen criterio, no imponía el Fuero. [Cfr. BAYOD LÓPEZ, Carmen (1995): *Sujetos de las capitulaciones matrimoniales aragonesas*, ed. Institución «Fernando el Católico», CSIC-DPZ, Zaragoza, págs. 57 a 93 y notas al pie 99 a 102 en las que se transcriben capítulos matrimoniales en los que se atienden a estas cuestiones. Vid. también: GÓMEZ DE VALENZUELA, Manuel y NAVARRO SOTO, Ana L. (2002): *Capitulaciones matrimoniales y firmas de dote en el Valle de Tena*, en «Colección El Justicia de Aragón, núm. 14», ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, págs. 133 y 134, doc. 24, en él se detalla que la mujer sólo saca su dote, no comparte ningún bien del marido, ya que no se casa ni a fuero de Aragón ni a costumbre de Cataluña y en las págs. 135 a 139, doc. 26, entre otros, en los que se contienen pronunciamientos similares].

²⁷ STS 534/2011, de 14 de julio [Ponente Excm. Sra. Encarnación Roca Trías, recurso de casación 1691/2008 (RJ 2011 5122)]; STS 16/2014, de 31 de enero [Ponente Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana, recurso de casación 2535/2011 (RJ 2014 813)]; STS 135/2015, de 26 de marzo [Ponente Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana, recurso de casación 3107/2012 (RJ 20015 1170)] y STS 136/2015, de 14 de abril [Ponente Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana, recurso de casación 2609/2013 (RJ 2015 1528)].

«El derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere *que habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge*».

Esta doctrina jurisprudencial ya consolidada ha contado con el rechazo, casi unánime, de la doctrina civil española²⁸.

El TS ofrece en esta sentencia de 14 de abril de 2011, seguida por otras tres más que la completan y aclaran, una respuesta a diferentes cuestiones que recibían desigual solución por parte de las diversas Audiencias Provinciales españolas, lo que justificó sobradamente su interés casacional.

B. Las cuestiones a las que responde el TS (S.534/2011) para fijar la doctrina jurisprudencial en torno al art. 1438 Cc.

La ponente, Excma. Sra. Dña Encarna ROCA I TRIAS, da respuesta fundada a las siguientes preguntas, que traen como consecuencia la doctrina jurisprudencial ya referida.

1ª Finalidad de la norma: el trabajo doméstico como título para obtener una compensación económica.

Para la Sala, el trabajo doméstico no es sólo una forma de contribución a las cargas del matrimonio, sino también, y *además*, «un título» para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen.

Textualmente, afirma la Sala en el FD Tercero:

²⁸ A título de ejemplo: CABEZUELO ARENAS, Ana Laura (2012): «Sentencia de 14 de julio de 2011. Compensación por trabajo doméstico. Su reconocimiento no se subordina al enriquecimiento del cónyuge deudor» en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, (CCJC) n°89, mayo-agosto de 2012, págs. 271-290; VERDERA IZQUIERDO, Beatriz (2013): «Configuración de la compensación económica derivada del trabajo para la casa como correlativo de una desigualdad conyugal» en *Derecho Privado y Constitución*, Núm. 27, enero-diciembre, págs. 209 a 250; SANTOS MORÓN, María José (2015): ... *InDret*, 1/2015 [(50 págs.). http://www.indret.com/pdf/1109_es.pdf]; GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar (2015): «Enriquecimientos injustos en la compensación económica del trabajo doméstico (paradojas y falacias en la interpretación del artículo 1438 del Código civil). Sentencia de 26 de marzo de 2015 (RJ 2015, 1170) en *CCJC*, núm. 99, septiembre-diciembre de 2015, Civitas, Madrid, págs. 503 a 559; CUENA CASAS, Matilde (2016): «Las «sorpresas» del régimen de separación de bienes: la compensación por trabajo doméstico» en ¿Hay derecho? *El blog sobre la actualidad política y jurídica*, [<http://hayderecho.com/2016/01/05/las-sorpresas-del-regimen-de-separacion-de-bienes-la-compensacion-por-trabajo-domestico/> Consulta 9/2/2016].

«Esta norma [el art. 1438] contiene en realidad tres reglas coordinadas y que hay que tener en cuenta de forma conjunta en el momento de decidir en este tipo de asuntos:

- 1ª Regla: la obligación de ambos cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio. La separación de bienes no exime a ninguno de los cónyuges del deber de contribuir.
- 2ª Regla: puede contribuirse con el trabajo doméstico. No es necesario, por tanto, que ambos cónyuges aporten dinero u otros bienes para sufragar las cargas del matrimonio, sino que el trabajo para la casa es considerado como una forma de aportación a los gastos comunes, cuando uno de los cónyuges solo tiene posibilidades de contribuir de esta manera y ello para que pueda cumplirse el principio de igualdad del art. 32 CE.
- 3ª Regla: *El trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen.* Cómo debe interpretarse esta compensación es el objeto de este recurso en interés casacional».

2ª *Requisitos que exige el precepto para que tenga lugar la compensación por trabajo doméstico (o en palabras del TS: «¿Cómo debe interpretarse esta compensación»)?*

El único requisito que cabe exigir es la *dedicación en exclusiva de solo uno de los cónyuges a las tareas del hogar, sin que sea necesario el enriquecimiento patrimonial del otro cónyuge*, adoptando con ello lo que se ha venido en llamar una interpretación objetiva de la norma.

Los argumentos para mantener esta afirmación los deduce la Sala, por un lado, de la inexistencia expresa de este requisito en el texto de la ley, que sí se contenía en Proyecto de reforma del Cc. en 1981, pero que se suprimió en el texto definitivo; y, por otro, por comparación con los regímenes catalán y valenciano, ya declarado inconstitucional (arts. 232-5-1 CC. Cat. y 13.2 Lremvl) que sí establecen de forma expresa determinados requisitos para que tenga lugar la compensación a favor de uno de los cónyuges por el trabajo doméstico [FD Cuarto].

Lo que lleva a la Sala a afirmar en el FD Quinto:

«Para que uno de los cónyuges tenga derecho a obtener la compensación establecida en el art. 1438 CC será necesario:

- 1º que los cónyuges hayan pactado *un régimen de separación de bienes*;
- 2º que *se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa.*

Deben excluirse, por tanto, criterios basados en el enriquecimiento o el incremento patrimonial del otro cónyuge que no pueden tenerse en consideración cuando uno de ellos ha cumplido su obligación legal de contribuir con trabajo doméstico».

La Sentencia de 26 de marzo de 2015 aclara qué se ha de entender con la expresión «sólo con el trabajo para la casa»; «sólo» significa que el cónyuge acreedor de la pensión no realiza un trabajo fuera del hogar: contribuye gestionando el ámbito de lo doméstico, y en ello puede ser auxiliado por terceras personas: bien por el servicio doméstico bien por parte del cónyuge deudor, al que no se le libera del pago de la compensación aun cuando colabore en las tareas del hogar, como es su obligación (arts. 1438-1 y art. 68 Cc.)²⁹.

En concreto afirma el FD 4º-1 in fine de la STS 135/2015:

« (...) la dedicación del cónyuge al trabajo y al hogar sea exclusiva, no excluyente, («solo con el trabajo realizado para la casa»), lo que impide reconocer, de un lado, el derecho a la compensación en aquellos supuestos en que el cónyuge que lo reclama hubiere compatibilizado el cuidado de la casa y la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar, a tiempo parcial o en jornada completa, y no excluirla, de otro, cuando esta dedicación, siendo exclusiva, se realiza con la colaboración ocasional del otro cónyuge, comprometido también con la contribución a las cargas del matrimonio, o con ayuda externa, pues la dedicación se mantiene al margen de que pueda tomarse en consideración para cuantificar la compensación, una vez que se ha constatado la concurrencia de los presupuestos necesarios para su reconocimiento. El trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen (...).»

3º Criterios de cálculo de la dedicación pasada a la familia

A falta de normas pactadas por los esposos en sus capítulos matrimoniales, y al margen de varias posibilidades de cálculo, a la Sala le parece adecuado tener en cuenta el salario que percibiría un empleado del servicio doméstico³⁰.

El FD Sexto se refiere a esta cuestión:

«A continuación debe examinarse cuál es la forma de determinar la cuantía de esta compensación. El art. 1438 CC se remite al convenio, o sea que los cónyuges, al pactar este régimen, pueden determinar los parámetros a utilizar para fijar la concreta can-

²⁹ En razón de esta interpretación las Ss. TS 16/2014, de 31 de enero y 136/2015, de 14 de abril, no reconocen la compensación en favor de la esposa al no dedicarse «sólo» al ámbito de lo doméstico. En la primera de ellas, no se prueba que la mujer tuviera una dedicación esencial o significativa a la familia, además de haber recibido por parte del marido, y antes de la separación, diversos bienes; en la segunda de las sentencias, la mujer colaboró en las empresas del marido percibiendo por ello una retribución económica, lo que es incompatible con el Derecho a percibir la compensación prevista en el art. 1438 Cc.

³⁰ Este criterio fue apuntado por LACRUZ ya en 1981 [Cfr. LACRUZ BERDEJO, José Luis (1981): «La economía del matrimonio» en *El nuevo régimen de la familia II. Filiación, patria potestad, economía del matrimonio y herencia familiar*, ed. cuadernos Civitas, Madrid, págs. 145 a 146].

tividad debida y la forma de pagarla. Sin embargo, en este caso no se utilizó esta opción y entonces será el juez quien deba fijarla, para lo cual el Código no contiene ningún tipo de orientación.

La *sentencia recaída en primera instancia* en este procedimiento señaló una cantidad a la que había llegado después de *aplicar los criterios* que se reproducen ahora: «*en función del sueldo que cobraría por realizar el trabajo una tercera persona, de modo que se contribuye con lo que se deja de desembolsar o se ahorra por la falta de necesidad de contratar servicio doméstico ante la dedicación de uno de los cónyuges al cuidado del hogar. Esta es una de las opciones posibles y nada obsta a que el juez la utilice para fijar finalmente la cuantía de la compensación, por lo que se admite en esta sentencia*».

2. EL FUNDAMENTO DE LAS CRÍTICAS DOCTRINALES: EL REQUISITO DEL EXCESO DE APORTACIÓN

A. Las críticas; su razón

La doctrina civil española ha criticado ampliamente la interpretación que el TS ha hecho sobre art. 1438 Cc. en las anteriores sentencias.

Ciertamente, resulta sorprendente que el cónyuge que cumple con su obligación de contribución a las cargas del matrimonio exclusivamente con su dedicación al cuidado del hogar, disfrutando del nivel de vida, en la mayoría de los casos confortable y holgado, que proporciona el trabajo externo que realiza el otro cónyuge, tenga derecho, además, a percibir una compensación económica, lo que no parece de lo más ecuánime.

En efecto, así las cosas, por un lado, se elimina su deber de contribución, al ser «compensado» por ello a la disolución del régimen y, por otro, aún resulta más «chocante» si se compara su dedicación en exclusiva a la casa con la situación del cónyuge que compagina las tareas domésticas con el trabajo fuera del hogar, razón, esta última que le impide recibir la compensación³¹.

Son estas reflexiones las que han llevado a la mayor parte de la doctrina civil española a interpretar este precepto de forma dogmática y finalista, añadiendo a su texto «la necesidad de exigir *algo más*» para que uno de los cónyuges (en general, la mujer) tenga derecho a percibir la compensación prevista en el art. 1438 Cc.

³¹ En el mismo sentido y entre otros SANTOS MORÓN, María José (2015): *InDret*, Barcelona, enero-2015, pág. 32.

La tesis más defendida por la doctrina³² exige, para tener derecho a la compensación por el trabajo para la casa, que se produzca un *exceso de aportación por parte de uno de los cónyuges*; también se ha defendido, sobre todo por parte de las Audiencias Provinciales españolas que se han pronunciado sobre este precepto, la exigencia de *enriquecimiento injusto* o un *incrementado patrimonial* por parte del otro cónyuge durante la convivencia matrimonial³³.

B. *La interpretación que debería ser, a juicio de la doctrina científica.*

SANTOS MORÓN ofrece una explicación, nada desdeñable, que justifica la necesidad de exigir un exceso de aportación por parte de uno de los cónyuges para que tenga derecho a la compensación valorando el trabajo para la casa no sólo en el art. 1438 sino también en el art. 97 Cc., e interpretando ambos preceptos conjuntamente para que no haya incompatibilidad entre ellos y teniendo en cuenta la realidad social actual, muy diferente a la existente en 1981.

La premisa de la que hay que partir, según la autora, sería la igualdad entre hombres y mujeres, y la decisión libre de cualquiera de ellos para dedicarse a las labores del hogar, que no es ahora una imposición por razón de género. Esta decisión es libre y el cónyuge que así lo decide contribuye con ello a las cargas del matrimonio.

Disuelto el matrimonio, el principio de igualdad de los cónyuges exige pensar que ambos tienen capacidad de mantenerse por sí mismos.

En razón de ello, solo cuando «por la distribución de funciones desarrollada durante el matrimonio haya provocado en uno de los cónyuges: a) una situación de incapacidad, transitoria o indefinida, para mantenerse por sí mismo; o b) una

³² SANTOS MORÓN, María José (2015): *Indret* 1/2015, págs. 35 y ss.; ASÚA GONZÁLEZ, Clara (2011), «El régimen de separación de bienes», en *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. IV, coordinado por Mariano Yzquierdo y Matilde Cuena, ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, pág. 86; CUENA CASAS, Matilde (2013): «Comentario al art. 1348 C.c.», en *Comentarios al Código civil T. VII*, Dirigidos por Rodrigo Bercovitz, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 10121 y ss.; AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, Cristina (2009): «La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes», en *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Dykinson, Madrid, pág. 261; ÁLVAREZ OLALLA, (1996): *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, Aranzadi, Pamplona, págs. 105 y ss. También han exigido este requisito algunas Audiencias Provinciales así, y a modo de ejemplo: SAP Madrid de 29 de enero de 2009 [Ponente Ilmo. Sr. D. José Antonio Chamorro Valdés (JUR 2009 238744)]; SAP Zaragoza de 20 de mayo de 2005 [Ponente Ilmo. Sr. D. Eduardo Navarro Peñas (JUR 2005 155745)].

³³ Diversas sentencias de Audiencias Provinciales e incluso el TS, han exigido un enriquecimiento o incremento patrimonial por parte del otro cónyuge o han justificado la compensación en la pérdida de oportunidades del cónyuge acreedor por su dedicación pasada a la familia así, y entre otras: SAP Zamora de 5 de diciembre de 2002 [Ponente Ilmo. Sr. D. Andrés Encinas Bernardo (JUR 2003 43227)]; STS de 11 de febrero de 2005 [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Romero Lorenzo (JUR 2005 1407)]; SAP Valencia de 7 de julio de 2001 [Ponente Ilma. Sra. Dña. Carmen Escrig Orenge (JUR 2001 274492)].

pérdida de expectativas u oportunidades laborales con proyección en su futura carrera profesional. (...) debe haber derecho a la prestación compensatoria del art. 97 Cc.»³⁴. y sólo «cuando la aportación llevada a cabo por el cónyuge que se dedicó a las tareas domésticas supere el valor de las aportaciones del otro cónyuge, de acuerdo con el criterio de la proporcionalidad o el que eventualmente hayan pactado las partes, tiene sentido que exista derecho a compensación»³⁵ prevista en el art. 1438 Cc.

En definitiva, en palabras de esta misma autora, que son lugar común en la opinión de la doctrina civil española, la crítica a esta sentencia de 14 abril de 2011 se sustenta en que su fallo: «(...) vulnera el principio de igualdad de los cónyuges y puede provocar situaciones injustas. Además, en la medida que sólo reconoce derecho a compensación al cónyuge que se dedica en exclusiva a las tareas domésticas, genera un claro agravio comparativo respecto de quien combina esta tarea con el trabajo fuera de casa, y, repárese en ello, no incentiva en absoluto la conciliación del trabajo femenino con la vida familiar. Pues es obvio que ante la dicotomía de trabajar fuera de casa y cargar, al mismo tiempo y aunque se cuente con ayuda doméstica, con el peso del cuidado del hogar (que, seamos realistas, suele recaer en mayor medida sobre la mujer) es preferible, aunque se haya pactado separación de bienes, quedarse cómodamente en casa, vivir a costa de la pareja y, en el supuesto de crisis matrimonial, solicitar, con base en la carencia de ingresos propios y, en su caso, un eventual perjuicio para el futuro profesional, la prestación compensatoria del art. 97 C.c. más la compensación prevista en el art. 1438 C.c.»

3. REFLEXIONES FINALES: EL ÁMBITO DE LO DOMÉSTICO EN EL SIGLO XXI

A. *El contexto del art. 1438 en el siglo XX: un elemento para la desigualdad entre los cónyuges.*

El art. 1438 Cc. es hijo de su tiempo y parte de una realidad, que creo debemos ir desechando de nuestro razonamiento, la desigualdad por razón de género, que ciertamente excluye la CE en sus arts. 14 y 32, pero cuya aplicación no pudo tener, ni legal ni sociológicamente, efectos retroactivos.

En efecto, hasta la promulgación de la CE no puede hablarse de igualdad jurídica entre hombres y mujeres. La reforma del Cc. en 1975 por la ley 14/1975, de 2 de mayo, no consiguió (ni pretendió) plena igualdad jurídica entre los cónyuges, sin perjuicio de mejorar la posición de la mujer dentro del matrimonio³⁶.

³⁴ SANTOS MORÓN, María José (2015): *InDret*, Barcelona, enero-2015, págs. 22-23.

³⁵ SANTOS MORÓN, María José (2015): *InDret*, Barcelona, enero-2015, pág. 35.

³⁶ En este sentido, afirma CAÑIZARES LASO, que «no es hasta 1981 cuando se profundiza legalmente en los cambios introducidos en 1975, llegando ya sí a sus últimas consecuencias, ya que pese a

Lo importante de esta reforma fue la posibilidad de capitular constante matrimonio pero sobre la base de un matrimonio indisoluble por el divorcio.

En este contexto, los matrimonios sujetos al Código civil, y cuyo régimen era el legal de gananciales, pudieron capitular constante matrimonio para pactar el régimen de separación de bienes. Las razones de la sustitución del régimen de gananciales por el de separación pueden ser variadas pero fuera cual fuera la causa, estábamos en una situación en la que la mujer contribuía al levantamiento de las cargas del matrimonio *tan solo* con su dedicación a los hijos y al hogar mientras que el varón lo hacía *solo con su trabajo fuera de la casa*; sociológicamente, no legalmente, seguía siendo el jefe de la familia.

En este escenario de diversidad por razón de género no era necesario un factor de corrección para proteger a la mujer: el matrimonio era para toda la vida, sólo se disolvía por la muerte de uno de los cónyuges; de manera, que la esposa, a pesar de que en este régimen no comparta o participe en las ganancias del otro, a la disolución del matrimonio por muerte del marido, tenía derechos legales en su sucesión y, en su caso, pleno exclusivo derecho al cobro de una pensión de viudedad.

Esta situación se ve modificada por la Ley 30/1981, de 7 de julio, *ya que sea cual sea la forma y el tiempo de la celebración del matrimonio, éste se disuelve por el divorcio* (art. 85 Cc.).

En efecto, la entrada en vigor de la Ley 30/1981 supuso para esos matrimonios celebrados antes de su vigencia un cambio en las reglas del juego: el matrimonio ya no era para toda la vida y, mediando separación de bienes, la mujer que sólo había contribuido a las cargas del matrimonio con su dedicación al hogar se encontraba, sin poder evitarlo, sin derechos sucesorios y acaso compartiendo con otras «esposas subsiguientes» pensiones de «viudedad».

Teniendo en cuenta esta realidad³⁷ se adopta el vigente art. 1438 Cc., en el que sólo se exige el trabajo para la casa para tener derecho a una compensación que fijará el juez, a falta de pacto, a la extinción del régimen de separación.

Como ya señalara LACRUZ, el art. 1438 Cc. estaba pensado para la mujer y en dicha norma la compensación representa «un jornal o sueldo (...) que la mujer puede reclamar aunque su cónyuge no haya obtenido ganancias durante el matrimonio».

la aplicación directa de aquélla, algunos aún se lo cuestionaban» Cfr. CAÑIZARES LASO, Ana (2016): *Indret, enero-2016*, págs. 19 a 21.

³⁷ El legislador de 1981 tuvo en cuenta esta realidad y sobre todo la situación de la mujer en el matrimonio. Una buena justificación de esta afirmación, la proporciona la Enmienda 394 al art. 97

Eso sí, añadía «habrá de valorarse entonces el trabajo efectivamente prestado y el contravalor que representa el mantenimiento de la esposa (o del esposo) en el hogar (...)»³⁸.

Sólo en este contexto creo que puede entenderse esta norma, que no admite, literalmente, otra interpretación que la que ha hecho el TS en las referidas sentencias, cuya exégesis no se aleja, a lo que creo, de lo dicho por el maestro LACRUZ; claro que él lo escribió en 1981 y ahora estamos en el año 2016, entonces: *Quid iuris?*

B. El valor del trabajo para la casa en el siglo XXI: las premisas de las que hay que partir.

Frente a las críticas casi unánimes que ha recibido esta doctrina jurisprudencial, quisiera, por mi parte, romper una lanza en favor de lo fallado por el TS, que nos lleve a reflexionar sobre el valor del art. 1438 Cc. en el momento presente y también sobre la oportunidad de incorporar una norma semejante al Código del Derecho foral de Aragón.

En el siglo XXI la interpretación del art. 1438 Cc. tiene como premisa por una lado, el principio de igualdad que debe regir las relaciones matrimoniales sin atender al género de los cónyuges; lo que desde el año 2005 es, además, inevitable al admitirse en nuestro país el matrimonio entre personas del mismo sexo; por otro lado, hemos de tener en cuenta la obligación de compartir las responsabilidades domésticas que impone la ley a ambos cónyuges con indepen-

Cc. efectuada por Juan María Bandrés perteneciente al Grupo Mixto. En ella se proponía una nueva redacción a este precepto del siguiente tenor:

«Las mujeres que durante el matrimonio se hayan dedicado al cuidado del hogar y de la familia, no teniendo fuentes propias de ingresos, recibirán una pensión teniendo en cuenta:

- El convenio de los cónyuges, si lo hubiera.

- Las necesidades de la mujer.

Esta pensión nunca será inferior al salario mínimo interprofesional.

Será el Estado quien deberá hacer efectiva dicha pensión, encargándose a su vez de cobrársela al marido si su salario fuese igual o superior al cuádruplo del salario mínimo interprofesional.

El Estado se encargará asimismo de dar a la mujer la formación profesional que le permita el acceso al mundo del trabajo».

Vid. *Código civil (Reformas 1978-1983). Trabajos Parlamentarios II*. Cortes Generales. Ed. Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1985, pág. [1391] § 5.

La enmienda no prosperó, pero da testimonio de la finalidad que entonces perseguían estas normas, también el art. 1438 Cc. La pregunta que debemos hacernos ahora es cómo se deben interpretar estas normas en el momento presente cuando la realidad es ahora otra.

³⁸ LACRUZ BERDEJO, José Luis (1981): «La economía del matrimonio» en *El nuevo régimen de la familia II. Filiación, patria potestad, economía del matrimonio y herencia familiar*, ed. cuadernos Civitas, Madrid, págs. 145 a 146.

dencia de su género (art. 68 Cc.). En corresponsabilidad con lo anterior, el art. 1318 Cc. sujeta los bienes de ambos cónyuges al levantamiento de las cargas familiares.

Ahora bien, *el cómo se contribuya* a la obligación legal de los cónyuges de atender al levantamiento de dichas cargas y *cómo sea la forma de llevarlo a cabo* que bien puede ser aportando el *trabajo personal para la familia*, bien aportando *dinero y bienes*, o bien aportando *ambas cosas*; queda, en todo caso, a la libre voluntad de las partes, como reflejo de su forma de entender la familia y de atender a sus necesidades económicas.

El valor, la proporción y medida que a esta contribución quieran darle los cónyuges pueden fijarla, sea cual sea el régimen económico de su matrimonio, en capítulos matrimoniales; si nada dicen, será el derecho supletorio el que completará su voluntad en función de las normas legales (pero dispositivas) previstas por el legislador.

Si el régimen aplicable es el legal del Cc., el cónyuge que contribuyó al levantamiento de las cargas del matrimonio *sólo con su trabajo*, tendrá derecho, a la liquidación del régimen, «a la mitad del haber de la sociedad de gananciales», salvo que otra cosa se hubiera pactado³⁹, y esto no nos parece mal, ni nos sonroja.

Si pactaron el régimen de separación de bienes que regula el Código civil, y no añadieron o dijeron nada en contrario, el cónyuge que igualmente contribuyó al levantamiento de las cargas del matrimonio *solo con su trabajo*, tiene derecho a una compensación *que, por falta de pacto, fijará el juez a la extinción del régimen*. Esta norma desde luego que responde a un modelo de familia tradicional y tal vez por ello pueda (o deba) no gustar, pero la interpretación literal llevada a cabo por el TS no es incorrecta, y acaso tampoco deba sonrojarnos; porque si tan mal nos parece, basta con pactar en contrario.

Creo que esta es la clave del sistema y la que hay que explorar en este siglo XXI, presidido por la igualdad conyugal, donde ninguno de los cónyuges debe ser considerado en situación de inferioridad respecto del otro.

Ciertamente, una vez que el TS ha dicho cómo se valora el trabajo doméstico en el art. 1438 Cc., la solución al problema es fácil y está donde siempre ha estado, a saber: en el principio de autonomía de la voluntad.

³⁹ En el Cc. el art. 1404 Cc. se establece el reparto por mitad de la masa líquida de gananciales, pero dicha norma, como todo el régimen de gananciales, se aplica en defecto de pacto *ex art.* 1315 Cc. y un reparto proporcional no perjudica la igualdad de derechos entre los cónyuges *ex art.* 1328 Cc. En Aragón se admite, expresamente en el art. 267-1 CDFA.

C. La interpretación del TS y el principio de autonomía de la voluntad

El TS no exige en el art. 1438 Cc. ningún otro requisito que no sea la dedicación a los trabajos del hogar por parte uno de los cónyuges para que tenga lugar la compensación; cualquier otra exigencia contradice el texto de la ley.

Aun cuando pudiera ser razonable, quizás hasta conveniente legalmente, exigir la «sobre aportación» de la que habla la doctrina, la misma no cabe deducirla del texto legal, ni cabe su exigencia dentro de los cánones de interpretación del art. 3 Cc.

Ahora bien, si este es el requisito que creemos que ha de inspirar la compensación por el trabajo doméstico en el siglo XXI, es suficiente con que así lo establezcan los esposos o cónyuges en sus capítulos matrimoniales (el régimen de separación es paccionado y no legal), sin necesidad de modificar lo que dice el vigente texto legal.

En efecto, a mi juicio, creo que esto es que lo dice también el TS en interpretación del art. 1438 Cc., y acaso sea lo que menos hemos querido escuchar y tal vez sea la clave del sistema así como la solución del problema:

«Es evidente que, con el paso del tiempo, el artículo 1438 ha dejado de tener el sentido que tuvo inicialmente, porque la sociedad ha cambiado a partir de un proceso de individualización y masiva incorporación de la mujer al mercado de trabajo y de un esfuerzo evidente en conciliar la vida familiar y laboral. Pero también lo es que no todos los ordenamientos jurídicos españoles admiten la compensación para el cónyuge que contribuye a las cargas del matrimonio con su trabajo en casa cuando la relación termina (Navarra, Aragón y Baleares) y que aquellos que establecen como régimen primario el de la sociedad de gananciales, que permite hacer comunes las ganancias, no impiden a marido y mujer convenir otro distinto, como el de separación de bienes, en el que existe absoluta separación patrimonial pero en el que es posible pactar con igualdad el reparto de funciones en el matrimonio y fijar en su vista los parámetros a utilizar para determinar la concreta cantidad debida como compensación y la forma de pagarla por la dedicación a la casa y a los hijos de uno de ellos, lo que no ocurre en aquellos otros sistemas en los que se impone como régimen primario el de separación de bienes y en el que, salvo pacto, no es posible regular convencionalmente aspectos de este régimen, como el de la compensación, que se establece en función de una serie de circunstancias distintas de las que resultan del artículo 1438 CC como es el caso del artículo 232.5 del Código Civil de Cataluña en el que se tiene en cuenta el mayor trabajo de uno de los cónyuges para el caso («sustancialmente»), así como el incremento patrimonial superior, o del artículo 12 de la Ley de la Comunidad Autónoma de Valencia en el que también se compensa el trabajo para la casa considerando como tal, no solo lo que constituye este trabajo específico, sino «la colaboración no retribuida o insuficientemente retribuida» que uno de los cónyuges preste al otro en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional». [FD Segundo 2 de la S.TS 135/2015 de 26 de marzo (RJ 2015 1170 y Recuso de casación: 3107/2012)].

El TS, creo que con acierto, está recordando que en el sistema del Código civil, el régimen de separación de bienes es paccionado y no legal: son los cónyuges los que de forma voluntaria lo eligen y por ello, es a ellos a los que les corresponde determinar con qué recursos y cómo contribuyen al levantamiento de las cargas del matrimonio, pudiendo establecer si procede o no, y en su caso en cuánto y a favor de quién, dicha compensación. Si no lo hacen, debe aplicarse el art. 1438 Cc. en su literalidad.

Si en la actualidad la compensación por el trabajo doméstico nos parece anacrónica e injusta, ya que fomenta la desigualdad entre los cónyuges y responde a un modelo de familia pretérito, que clama porque dicha norma sea abrogada del Código civil, basta por ahora con excluir su aplicación o establecer ponderadamente cómo valorar el trabajo para la casa cuando sólo lo realiza uno de los esposos o lo acomete en mayor medida que el otro.

Desde esta lectura de la doctrina jurisprudencial sobre el art. 1438 Cc., cobra un papel protagonista el cuerpo de notarios, a los que les va a corresponder una especial tarea de asesoramiento para los esposos que pacten en el futuro en sus capítulos el régimen económico matrimonial de separación de bienes con el objeto de informarles sobre las formas de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio y a la posibilidad o no de compensación por el trabajo doméstico.

D. El art. 1438 Cc. y el Derecho civil aragonés: «Standum est chartae»

En el Derecho civil aragonés vigente, al igual que en el pasado, creo que no es necesaria la inclusión de una norma que prevea la compensación por el trabajo doméstico que venga a formar parte de la regulación del Código foral de Aragón.

La separación de bienes en el ordenamiento jurídico aragonés, al igual que en el Código civil, es un régimen paccionado, no legal, y por ello, como ya advirtió la CADC, no deben incluirse factores que lo desnaturalicen; en su caso, y si así lo quieren, deben ser los cónyuges quienes deban preverlo en sus capítulos matrimoniales. Una norma semejante al art. 1438 Cc. en Aragón, más bien contradice los principios tradicionales que informan este ordenamiento jurídico presidido por el principio de autonomía de la voluntad.

A estos efectos, conviene recordar que en Francia, Italia o Alemania, países en los que el régimen de separación de bienes es también paccionado, no existe la compensación por el trabajo para la casa, siendo este tan sólo una forma de contribución a las cargas del matrimonio⁴⁰ y también podemos pensar, que nada

⁴⁰ Art. 1537 Cc. Francés; arts. 215 y ss. Cc. Italiano; § 1414 BGB. En estos regímenes jurídicos, al igual que en el sistema del Código civil, el régimen de separación de bienes es paccionado y no se

impide ni a franceses, italianos o alemanes, pactar, si quieren, una compensación por el trabajo doméstico, acaso si alguno de ellos se dedica solo al ámbito de lo doméstico o acaso en mayor proporción que el otro; de esta posibilidad esto no hay sin ninguna duda en Aragón (art. 204 en relación con el art. 187 CDFA).

Sólo, como también ha recordado el TS, cuando el régimen de separación de bienes es legal, cabe pensar que sea el legislador el que incluya factores de mitigación o compensación de esa independencia económica como hace el legislador catalán o el valenciano (FD Séptimo de la STS de 26 de marzo de 2015) o también recuerda SANTOS MORÓN que sucede en Inglaterra y Gales, donde no hay régimen de comunidad, y llegado el divorcio, es posible con base en *la Matrimonial Causes Act de 1973* redistribuir los bienes adquiridos por uno o ambos cónyuges durante el matrimonio conforme a un principio de división igualitaria con el fin de garantizar la satisfacción de las necesidades familiares⁴¹.

En estos casos, como también dice SANTOS MORÓN, en los que el régimen de separación es legal, puede acaso tener sentido esta compensación prevista por el legislador, pero no tiene sentido, sigue diciendo la autora, cuando este régimen es paccionado: «por qué ha de limitarse la posibilidad de los cónyuges de excluir, de manera voluntaria, recíprocamente de sus ganancias al otro. Y tampoco veo por qué, si la decisión, a la postre, resulta ser equivocada (porque uno de los cónyuges, pese a optar voluntariamente por dicho régimen económico, se dedica al cuidado del hogar), debe protegerse a aquel que tomó una decisión desafortunada, a menos que concurran los requisitos necesarios para invalidar, en su caso, las capitulaciones matrimoniales otorgadas (art. 1335 C.c.)»⁴².

Creo, para concluir estas reflexiones, que el legislador aragonés en el año 2003 acertó al no traer a Aragón una norma advenediza que mal encaja en un ordenamiento presidido por el principio de autonomía de la voluntad.

El trabajo para la casa es, en pie de igualdad con el trabajo fuera de ella, una forma de contribución a las cargas del matrimonio; si, además, puede ser un título para obtener una compensación en favor de uno de los cónyuges por su sola o su mayor dedicación a la familia, es algo que deben decidir los cónyuges expresamente en sus capítulos matrimoniales; nada al respecto debe decir el legislador.

prevé ninguna compensación por el trabajo doméstico ni ningún otro sistema de compensación o participación en las ganancias del otro; para ello ya está el régimen de comunidad, que es, como en el Código civil español, el legal.

⁴¹ Vid. Sobre esta situación en Inglaterra y Gales, el análisis de la profesora Santos Morón, de quien he tomado los datos, y la bibliografía por ella indicada. Cfr. SANTOS MORÓN (2015): *Indret 1/2015*, págs. 38 a 41.

⁴² SANTOS MORÓN, María José (2015): *Indret 1/2015*, pág. 41.

Para finalizar, quiero traer a colación la Enmienda Núm. 532, presentada por D. Óscar Alzaga Villaamil⁴³, del Grupo Centrista-UCD quien, como primer firmante, en la tramitación parlamentaria del art. 1438 Cc. propuso suprimir la compensación por el trabajo doméstico del art. 1438 Cc. proponiendo la siguiente redacción:

«A falta de convenio, los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas».

Su Justificación fue la siguiente:

«Se debe suprimir la última frase porque aunque la idea es razonable, al hacer esa liquidación o se regula adecuadamente o será una fuente inagotable de litigios y obligará a hacer liquidación del régimen de separación, lo cual es caso ininteligible. Madrid, 18 de octubre de 1979».

El tiempo ha demostrado que no le faltaba razón: ¿de verdad queremos el art. 1438 Cc. para Aragón?

⁴³ Vid. *Código civil (Reformas 1978-1983). Trabajos Parlamentarios I*. Cortes Generales. Ed. Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1985, pág. [381] §4.

**EL PAGO DE UNA RENTA MENSUAL IMPUESTA
AL HEREDERO (CON REFERENCIA A LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 2014)**

***PAYMENT OF A MONTHLY INCOME IMPOSED ON THE HEIR
(WITH REFERENCE TO THE RULING OF THE HIGHER COURT
OF JUSTICE OF 29 SEPTEMBER 2014)***

Elena BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

I. PLANTEAMIENTO

La institución de heredero (o el llamamiento al legado) puede ser pura, condicional o modal. Su distinción es relevante en temas de eficacia, ineficacia, responsabilidad, e incumplimiento de las categorías descritas. Por lo que, en principio, para un mejor entendimiento y análisis de unos supuestos prácticos recogidos en el texto en los que se constituye testamentariamente una renta mensual bajo condición resolutoria y de una Resolución del Tribunal Superior de Justicia que versa sobre un caso similar, pasamos a hacer unas reflexiones sobre los gravámenes de la institución o legado establecidos testamentariamente.

**II. CONDICIÓN Y MODO EN LA INSTITUCIÓN DE HEREDERO
Y LEGATARIO**

El testador podrá imponer al heredero o legatario el cumplimiento de una determinada prestación a favor de tercero. Puede imponerse como condición

resolutoria o suspensiva; en el primer caso, su cumplimiento resolverá la eficacia del llamamiento sucesorio gravado, y en el segundo, le otorgará plenos efectos. O podrá tratarse de una carga o modo, cuando lo que el causante pretende constituir es una obligación accesoria de la atribución hereditaria (herencia, legado), en este caso, el heredero (legatario) gravado a partir de la aceptación de la herencia (legado) quedará obligado al cumplimiento de la obligación.

Es decir, el cumplimiento de la condición, suspensiva o resolutoria, afecta a la eficacia de la disposición testamentaria (suspende o resuelve), mientras que la carga modal la presupone, manteniendo sus efectos en caso de incumplimiento. No siempre es fácil distinguir si la carga es condicional o modal, si hay duda, se entenderá la carga como modal según predica el artículo 797 CC. de aplicación supletoria en Aragón: *«La expresión del objeto de la institución o legado, o la aplicación que haya de darse a lo dejado por el testador, o la carga que el mismo impusiere, no se entenderán como condición, a no parecer que era esta su voluntad»*.

Respecto al establecimiento de condiciones en la sucesión voluntaria, el CDFA señala un principio general en el artículo 476: *«Son válidas todas las condiciones que no sean imposibles o contrarias a las leyes o a las buenas costumbres. En particular es válida la condición de contraer matrimonio o hacerlo con persona determinada, así como la condición de que el heredero o legatario haga alguna disposición mortis causa en favor del disponente o de otra persona»*.

En consecuencia, hay plena libertad testamentaria en la imposición de condiciones; no supone lo contrario, la especial alusión sobre la admisibilidad de supuestos particulares que hace la norma en su último párrafo; se trata de una nota aclaratoria, dada la prohibición de tales condiciones en el Código civil, de aplicación supletoria en Aragón hasta la promulgación del actual régimen sucesorio.

Hay preceptos a lo largo del cuerpo legal que regulan situaciones referidas concretamente a la condición suspensiva impuesta en el testamento o pacto sucesorio, así, el artículo 321 CDFA señala que la delación o llamamiento efectivo, a partir del cual puede aceptarse o repudiar la herencia, tiene lugar cuando se cumpla la condición; el artículo 326 CDFA, equipara las reglas de la herencia del llamado no nacido al llamado bajo condición suspensiva; el artículo 437 II CDFA, sanciona con la ineficacia, la disposición testamentaria que la contiene, si el sucesor (heredero o legatario), sometido a la condición, fallece antes de su cumplimiento. En lo demás, se aplicará supletoriamente la regulación del Código civil siempre que no contradiga el CDFA.

No hay normas en el CDFA sobre institución de heredero o legatario bajo condición resolutoria, tampoco las hay en el Código civil que pudieran actuar de supletorias, por lo que habrá que acudir a la aplicación subsidiaria del régimen de las obligaciones en la medida que no sea incompatible con el derecho sucesorio.

La institución o carga modal es una categoría algo confusa por su escaso reflejo legal. El contenido del modo, es siempre una obligación de dar, de hacer o no hacer. Como señala López Vilas¹, no es más que una declaración accesoria de voluntad impuesta por el testador o disponente a cargo del gravado y a favor ya sea del disponente, ya del mismo gravado o de un tercero beneficiario.

No siempre es fácil distinguir entre condición y modo, entre otras, se citan las siguientes diferencias:

- a) De la condición se predica la accidentalidad; del modo, la accesoriedad, De la condición, depende la eficacia de la disposición, no así del modo, que la presupone.
- b) Si el heredero o legatario fallece antes de cumplirse la condición suspensiva, no transmite derecho alguno a sus herederos (artículo 437, b CDFA); por el contrario, si fallece antes del cumplimiento de la carga, ésta es transmisible a los herederos del fallecido (artículo 797, 2 Cc).
- c) Hay una expresión que tradicionalmente se ha utilizado para diferenciar una atribución modal de una condición: «la condición suspende, pero no obliga, mientras que el modo obliga, pero no suspende». Esto es así porque como señala Fuentes Martínez², el testador lo que ha querido al ordenar una determinada disposición modal es que permanezca y subsista la atribución patrimonial, sin perjuicio de que se cumpla la obligación en que la carga consista. Pero en cambio, si la voluntad del testador es que en caso de incumplimiento se revoque o quede sin efecto la atribución patrimonial, lo que está es subordinando la institución de heredero o la ordenación del legado a una condición.
- d) La condición entraña, como esencialísima a su naturaleza, la idea de incertidumbre. En el modo, es esencialísima la idea de obligación y de coacción. Así señala Hernández Gil³, que el obrar en contra de lo establecido en la carga modal constituye el incumplimiento de una obligación.
- e) De la disposición modal surge un derecho de crédito a favor del beneficiario para reclamar el cumplimiento de la obligación. No así de la condición. Si es suspensiva, el heredero o legatario gravado solo adquirirá el derecho a la herencia o legado cuando aquella se cumpla. Si es resolutoria, perderá su derecho en caso de incumplimiento.

¹ «Sobre la distinción entre legados e instituciones modales», ADC, 1966, págs. 575 y ss.

² Instituciones de Derecho Privado, coordinador Juan Francisco Delgado de Miguel, Tomo V, Sucesiones, Thomson Civitas, pág. 228.

³ «Contenido del testamento; carga modal y condición. Tomo IV, Derechos Reales. Derecho de sucesiones. Editorial Espasa Calpe, Madrid 1989, págs. 743 y ss.

La posibilidad de que el testador grave al heredero o legatario con una carga modal está fuera de duda porque si el testador tiene plena libertad para gravar condicionalmente sus disposiciones cuando pueden afectar a su eficacia, con más motivo podrá imponer obligaciones que por su carácter accesorio presuponen aquélla. Aparece mencionada como tal en el artículo 416 CDFA, señalando que en caso de duda se interprete restrictivamente; en el artículo 381 CDFA, en tema de pactos sucesorios, posibilitando formar parte de su contenido, o siendo causa de revocación unilateral en caso de incumplimiento como predica el artículo 401,1 CDFA. Por lo demás, serán de aplicación supletoria los artículos 797 y 798 Cc junto el régimen general de las obligaciones.

En relación a la institución modal, habrá que diferenciar si la obligación que se impone al sucesor, es a cargo o no de la herencia. Si lo es, el beneficiario de la prestación es acreedor de la herencia y el CDFA, en los artículos 369 a 372, establece un régimen de responsabilidad de los herederos, distinguiendo antes y después de la partición.

Así, mientras no se realice la partición, los herederos responderán conjuntamente al pago de la deuda, constituyendo un supuesto de litis consorcio pasivo necesario y, una vez realizada, su responsabilidad será solidaria, de manera que puede exigirse el cumplimiento de la prestación a cualquiera de los herederos. Pues como señala SERRANO GARCÍA⁴ «se parte del principio de que aunque haya varios herederos las obligaciones y cargas de la herencia (con exclusión de los legados) no se dividen entre ellos, ni antes ni después de la partición».

Si la obligación modal no es a cargo de la herencia, su tratamiento es diferente. El heredero o legatario gravado será responsable exclusivamente con los bienes que reciba del caudal relicto (artículo 355, 1 CDFA)⁵, pudiendo pagar con los bienes hereditarios recibidos o con su propio patrimonio (artículo 361,1 CDFA). Si son varios los herederos o legatarios gravados, su responsabilidad será mancomunada, salvo que el testador quiera constituirla con carácter solidaria (artículo 1137 Cc)⁶.

⁴ Código del Derecho foral de Aragón, Concordancias, Doctrina y Jurisprudencia, 1ª Edición, Edita Gobierno de Aragón. Departamento de Presidencia y Justicia, junio 2015, pág. 559.

⁵ Limitación de la responsabilidad del heredero.

⁶ Entiendo que es de aplicación el precepto citado referente a la regulación de las obligaciones cuando concurren dos o más acreedores/deudores y no el artículo 859 CC. relativo al legado que grava a varios herederos, pues, aunque el resultado es el mismo «Si no gravare a ninguno en particular, quedarán obligados todos en la misma proporción en que sean herederos», es relevante distinguir entre la carga modal y el legado.

III. ANÁLISIS DE CLÁUSULAS TESTAMENTARIAS EN LAS QUE SE CONSTITUYE UNA RENTA MENSUAL A FAVOR DE UNO DE LOS HEREDEROS

A. SUPUESTO DE INSTITUCIÓN HEREDERO BAJO CONDICIÓN RESOLUTORIA

Juana otorga testamento abierto instituyendo herederos en la totalidad de sus bienes por cuartas e iguales partes a sus cuatro hijos, Luis, Luisa, Pablo y Ana, con derecho de sustitución a favor de sus descendientes y de acrecer en su caso. Es condición resolutoria impuesta por la testadora que, Luis, Luisa y Pablo, le pasen a Ana, una renta mensual de 1.500 euros, mientras se conserve en estado de soltería.

Cuestiones que pueden plantearse:

a) *¿Lesiona la legítima?*

No hay lesión cuantitativa puesto que se deja la herencia a los cuatro hijos. Para saber si hay lesión cualitativa, será necesario capitalizar la renta vitalicia sometida y determinar si su valor supera el importe de la legítima colectiva. Pero, aun en el caso de que supere su valor, teniendo en cuenta que la renta es a favor de otro legitimario, no cabe lesión, pues toda la herencia recae sobre los cuatro hijos, aunque desigualmente.

Sería supuesto diferente que Ana no fuera legitimaria, en cuyo caso, si una vez capitalizado el valor de la renta, superase la cuantía de la legítima colectiva, el gravamen se tendrá por no puesto en la parte que vulnere la prohibición, es decir podrá sustituirse por un capital en dinero o una renta inferior cuyo valor capitalizado no vulnere la legítima. Al ser varios legitimarios sujetos al pago de la renta, la parte de la misma que se redujera, se descontaría por partes iguales entre los herederos gravados (artículo 499 CDFA).

b) *Efectos del incumplimiento*

La testadora establece como condición resolutoria el pago de una renta a una de las herederas mientras se encuentre en estado de soltería, lo que supone que mientras la beneficiaria no contraiga matrimonio, cada uno de los herederos estará obligado individualmente a entregarle quinientos euros.

Al fallecimiento de Juana, se abrirá su sucesión produciendo plenos efectos sus disposiciones testamentarias, de manera que los herederos podrán aceptar la herencia y permanecer en sus atribuciones hereditarias mientras se abone la renta mencionada.

En el supuesto de que alguno de ellos no haga frente a su responsabilidad, no procederá la sustitución vulgar, al no darse las causas recogidas en el ar-

título 774 del Código civil (premoriencia, incapacidad, renuncia) que se aplica subsidiariamente en Aragón. Tampoco, puede operar la sustitución legal, porque el incumplimiento de la condición resolutoria no es causa de aquélla según artículo 336 del CDFA. En consecuencia, se resolverá su atribución y su parte acrecerá a los demás herederos, incluida Ana (la heredera beneficiaria) (artículo 323,1 CDFA). Los otros dos herederos estarán obligados a pagar a Ana la renta mensual, descontando lo que le correspondería a ella (artículo 323, 2 CDFA).

B. SUPUESTO DE INSTITUCIÓN DE HEREDERO BAJO CONDICIÓN SUSPENSIVA

Juana otorga testamento abierto instituyendo herederos en la totalidad de sus bienes por cuartas e iguales partes a sus cuatro hijos, Luis, Luisa, Pablo y Ana, con derecho de sustitución a favor de sus descendientes y de acrecer en su caso. Es condición suspensiva impuesta por la testadora que Luis, Luisa y Pablo, le pasen a Ana, una renta mensual de 1.500 euros, mientras se conserve en estado de soltería.

Cuestiones que pueden plantearse:

a) *Admisibilidad de la renta impuesta como condición suspensiva a la institución de heredero*

Su admisión está fuera de toda duda en virtud del citado artículo 476 CDFA. La condición suspensiva impuesta supondría que hasta que Ana se case o hasta que se termine de pagar la renta por su fallecimiento, Luis, Luisa y Pablo no podrán heredar, ya que hasta que no se cumpla la condición no hay delación y hasta entonces no es posible la aceptación ni repudiación de la herencia (artículos 321, 2 y 342, 2 CDFA). Solo Ana podrá hacerlo. Así las cosas, no es aconsejable establecer una cláusula de estas características por la inseguridad jurídica que genera. La herencia puede estar pendiente de asignación toda la vida de Ana si no se casa.

b) *¿Lesiona la legítima?*

No cabe hablar de lesión cuantitativa ni cualitativa de la legítima en cuanto que el pago de la renta es a favor de Ana que además de ser heredera es legitimaria. Si se cumple la condición, Luis, Luisa y Pablo (legitimarios) podrán ser herederos y caso contrario, su parte pasará por derecho de acrecer a Ana.

c) *Efectos del incumplimiento*

Con carácter general, del incumplimiento de la condición suspensiva deviene ineficaz la institución de heredero gravado, y si el testador no ha establecido otra cosa su parte acrecerá a los demás herederos. Pero ¿cuándo se entiende

incumplido el pago de la renta mensual mientras Ana permanezca soltera?, ¿al impago de la primera mensualidad?, ¿de la segunda? ... ¿Cuántas mensualidades impagadas serán necesarias para entender que hay incumplimiento? En sentido estricto, el impago de la primera mensualidad podría entenderse como incumplimiento, si el gravado no tiene intención de remediarlo.

Igualmente se dará el derecho de acrecer a favor del resto de los herederos, si alguno de ellos fallece antes de cumplirse la condición (artículo 437, b CDFA), por no darse los supuestos de sustitución vulgar del artículo 774 Cc (premorienza, incapacidad para suceder, renuncia) de aplicación subsidiaria, ni los de sustitución legal del artículo 336 CDFA (premorienza, ausencia, indignidad para suceder).

C. SUPUESTO DE OTORGAMIENTO DE PRELEGADO DE RENTA MENSUAL BAJO CONDICIÓN RESOLUTORIA

Juana otorga testamento abierto instituyendo herederos en la totalidad de sus bienes por cuartas e iguales partes a sus cuatro hijos, Luis, Luisa, Pablo y Ana, con derecho de sustitución a favor de sus descendientes y de acrecer en su caso. Es voluntad de la testadora legar a Ana una renta mensual de 1500 euros mientras se conserve en estado de soltería.

Para la resolución del supuesto es relevante el planteamiento de las siguientes cuestiones:

a) Diferencia entre legado y carga modal

Ya se ha señalado que el modo impone una obligación al heredero o legatario, que no suspende ni resuelve la atribución testamentaria al no afectar a la eficacia de la misma. Cuando la obligación modal a cargo del heredero es a favor de un tercero (aunque sea otro heredero) se plantea la distinción si se trata de una carga modal o de un legado.

Pueden señalarse las siguientes diferencias:

- 1) El legado implica generalmente sucesión del causante, mientras que el modo no la implica nunca.
- 2) El legado es la atribución patrimonial que en el testamento se hace directamente a una persona; en el modo, aquélla constituye el contenido de una obligación de carácter accesoria impuesta al heredero o legatario a favor de un tercero⁷. Lo que implica que el legatario modal adquiere su

⁷ En este sentido, LUNA SERRANO, Disciplina del modo testamentario imposible, Anuario de Derecho civil, 1968, págs. 109 y ss.; LOPEZ VILAS, Sobre distinción entre legados e instituciones modales, en ADC 1966, págs. 575 y ss.

derecho desde la muerte del testador, mientras que el beneficiario del modo tiene derecho desde que el gravado (heredero o legatario) aceptó la liberalidad.

- 3) El legado es una carga o gravamen de la herencia (artículo 355 CDFA), por el contrario, el modo, salvo que se señale expresamente en el testamento como carga de la herencia, es una carga del heredero o del legatario gravado, dentro de los límites de lo recibido.
- 4) El modo es siempre obligatorio, agota su eficacia sobre la persona y los bienes del gravado, el legado trasciende en sus efectos a la pura relación obligatoria personal.
- 5) Si el legatario no quiere o no puede aceptar el legado, deviene ineficaz y se refundirá en la masa de la herencia, si no hay sustitución vulgar, derecho de acrecer o sustitución legal (artículos 323 y 437 CDFA). Si el beneficiario del modo no llega a adquirirlo, o la obligación en que consiste deviene ineficaz, imposible, la institución o legado se purifica, y éste no se refunde en la masa de la herencia.
- 6) La accesoriedad del modo a una atribución principal supone que si ésta es ineficaz la carga también lo será porque la carga modal presupone la eficacia de la institución o legado gravado con ella. En el caso del legado, si es ineficaz se refundirá en la masa de la herencia.
- 7) Para ser legatario se requiere capacidad para suceder y sobrevivir al testador salvo los supuestos de sustitución vulgar y legal. Para ser beneficiario del modo, al no haber llamamiento sucesorio, se requiere la capacidad necesaria para la adquisición del derecho de crédito de que se trate.
- 8) El legado deferido y no aceptado ni repudiado se transmitirá por fallecimiento del legatario a sus herederos, salvo que se trate de un legado de renta o de pensión vitalicia (artículo 478 CDFA). La carga modal es transmisible a los herederos del gravado.

Así las cosas, en el supuesto de hecho, dado que la voluntad de la testadora es claramente constituir un legado de renta a favor de Ana siempre que permanezca soltera, lo ya referido se aplicará a las diferentes situaciones citadas en las que pueda encontrarse la legataria, es decir:

- Sus hermanos, como herederos y desde su aceptación estarán obligados a pagar una renta mensual a Ana, de 500 euros cada uno mientras permanezca en estado de soltería (artículos 355 CDFA, 859, 2 Cc).
- Ana tiene que tener capacidad para suceder a su madre, en su defecto no cabe la sustitución legal por las características personales del legado, por aplicación analógica de lo establecido en el artículo 478 CDFA que des-

pués de regular el derecho de transmisión en el legado, establece que no se dará a favor de los herederos del legatario, de rentas o de pensión vitalicia, que fallece antes de aceptar o repudiar el legado. Su explicación es el carácter personalísimo del mismo, por lo que por igual motivo no puede tener lugar la sustitución legal. Si no tiene capacidad sucesoria el legado devendrá ineficaz y se refundirá en la masa de la herencia (artículo 323 CDFA).

- Ana ha de sobrevivir a su madre, pues por la imposición de la condición resolutoria (renta mensual mientras esté soltera), si fallece antes que la testadora no cabe la sustitución legal, desgraciadamente ya no tiene estado civil. En caso de premoriencia de Ana el legado devendrá ineficaz y se refundirá en la masa de la herencia (artículo 323 CDFA).
- Si Ana no acepta el legado, no cabe la sustitución legal (tampoco la habría en su caso por su carácter personalísimo).
- Si Ana acepta el legado de renta mensual, tiene un derecho subjetivo sobre el mismo según artículo 477, 1 CDFA (*«En los legados de cosa cierta y determinada existente en el caudal hereditario, el legatario adquiere su propiedad desde que se le defiere. En los demás legados, la delación le convierte en acreedor de la persona gravada»*).
- Están gravados por el legado sus tres hermanos. La cantidad de 1500 euros se dividirá entre los tres en proporción a lo heredado (artículo 859 Cc), es decir en partes iguales.

b) Incumplimiento del legado

Según reza el artículo 355 CDFA, el heredero responderá de los legados con los bienes que reciba del caudal relicto y puede pagarlos con los mismos bienes recibidos o con su propio patrimonio (artículo 361 CDFA). El pago se realizará después de hacerlo a los acreedores del causante (artículo 360 CDFA) ya que los acreedores de la herencia gozan de preferencia sobre los legatarios (artículo 359 CDFA), siempre que no se lesione la legítima colectiva.

Como ya se ha señalado, en los legados de cosa cierta y determinada existente en el caudal relicto, el legatario adquiere su propiedad desde que se le defiere, sin embargo, en los demás legados como el del supuesto (legado de renta vitalicia), el llamamiento al legado le convierte en acreedor de la persona gravada (artículo 477 CDFA), es decir, de la delación nace un derecho subjetivo a favor del legatario.

Cuando el legado es de cosa cierta y determinada, puede tomar posesión de la misma, y si es inmueble, inscribirla en el Registro de la Propiedad (artículo 479 CDFA). Si el legado es de renta vitalicia bajo condición resolutoria como el

supuesto analizado, puede asegurarse la misma según predicen los artículos 88 a 91 de la LH. Así, el legado de renta a cargo de alguno de los herederos o de otros legatarios tendrá derecho a constituir anotación preventiva de su derecho sobre bienes inmuebles de la herencia que se le adjudiquen al heredero o legatario gravado y a exigir, dentro del plazo legalmente establecido, que la citada anotación se convierta en inscripción de hipoteca.

Así las cosas, en caso de incumplimiento Ana (la beneficiaria) podrá reclamar judicialmente a los otros tres herederos el pago de la renta o ejecutar hipotecariamente los bienes gravados.

D. SUPUESTO DE INSTITUCIÓN MODAL

Juana otorga testamento abierto instituyendo herederos en la totalidad de sus bienes por cuartas e iguales partes a sus cuatro hijos, Luis, Luisa, Pablo y Ana, con derecho de sustitución a favor de sus descendientes y de acrecer en su caso. Es voluntad de la testadora que Luis, Luisa y Pablo, le pasen a Ana, una renta mensual de 1.500 euros, mientras se conserve en estado de soltería.

Cuestiones que pueden plantearse:

a) *¿Lesiona la legítima?*

Como ya se ha señalado en los otros supuestos, no hay lesión cuantitativa puesto que se deja la herencia a los cuatro hijos. Para saber si hay lesión cualitativa, será necesario capitalizar el valor de la renta vitalicia y determinar si su valor supera el importe de la legítima colectiva. Pero, aun en el caso de que supere el valor de la misma, teniendo en cuenta que la renta es a favor de otro legitimario, no cabe lesión, pues toda la herencia recae sobre los cuatro hijos, aunque desigualmente.

b) *Incapacidad sucesoria, premoriencia, renuncia de la beneficiaria*

Para ser beneficiaria solo se exige la capacidad necesaria para la obligación de que se trate, por lo que a Ana no se le exigirá una capacidad especial, solo que se mantenga en estado de soltería. Al no ser un llamamiento sucesorio no debe afectar a la obligación o carga modal que Ana sea incapaz para suceder, salvo que se deduzca que sea otra la voluntad de la testadora, no así por supuesto en cuanto a la institución de heredera.

La premoriencia y la renuncia de la beneficiaria purificará la institución o legado gravado, por lo que, si Ana no sobrevive a la testadora o renuncia a la renta, se mantendrán las instituciones de herederos de sus hermanos, pero ahora sin gravar. En ningún caso operaría la sustitución legal, no solo por el carácter personalísimo de la prestación sino porque Ana en cuanto beneficiaria de la misma no sucede a la testadora.

c) Responsabilidad en caso de incumplimiento

La obligación modal ha de cumplirse y su cumplimiento puede exigirse judicialmente ya que el gravado no solo debe, sino que también responde, dentro de los límites de su liberalidad⁸.

Su cumplimiento deberá realizarse en el tiempo establecido en el testamento y si el gravado no cumple voluntariamente, se le podrá exigir su cumplimiento de forma específica, en su defecto el equivalente y en su caso, indemnización por daños y perjuicios. Todo ello porque como señala ALBALADEJO⁹ si el artículo 798, 1º CC., establece que cuando el modo se convierte en imposible sin culpa del gravado deberá cumplirse en los términos más análogos posibles, con más motivo parece también referible a los supuestos de incumplimiento por parte del gravado ya que, en caso contrario, el gravado culpable sería de mejor condición que el no culpable.

En el supuesto de que la obligación modal sea imposible originariamente, el heredero o el legatario gravado quedará libre de la obligación, salvo que el testador no conociera la imposibilidad y la carga tuviera carácter determinante en relación a la institución o el legado, en cuyo caso las atribuciones hereditarias devendrían ineficaces.

Así las cosas, una vez aceptada la herencia, Luis, Luisa y Pablo se obligan a pasar a su hermana mientras esté soltera la renta señalada por su madre en el testamento. Se trata de una obligación que para su constitución requiere la eficacia previa de la institución de heredero (o de legatario en su caso), a diferencia de las disposiciones testamentarias condicionales, como las estudiadas con anterioridad, que deciden la eficacia o ineficacia del llamamiento.

Por lo que, si Luis o Luisa o Pablo obligados cada uno al pago de 500 euros, incumplen, no van a dejar de ser herederos, sino que tendrán que hacer frente a su responsabilidad como deudores. Se les-le podrá reclamar judicialmente el cumplimiento de la obligación, es decir el pago de la renta y en su defecto el equivalente, respondiendo con el límite del importe de la adjudicación hereditaria (artículo 355 CDFA).

Hay que señalar que el mantenimiento de la atribución hereditaria del incumplidor no es un tema pacífico para la doctrina. Mayoritariamente se aboga por la revocación de la institución o del legado en caso de incumplimiento en base, fundamentalmente, al confuso artículo 797 del Código civil, aplicado su-

⁸ En este sentido, TORRALBA SORIANO, «Comentarios del Código Civil. Editorial Ministerio de Justicia, Tomo I, págs. 1951 y ss.

⁹ Comentarios al Código civil de Edersa, X- 2º, págs. 489 y ss.

pletoriamente en Aragón, que habla de devolución de lo percibido con frutos e intereses, si faltare a esta obligación¹⁰.

La norma comienza señalando que «*la expresión del objeto de la institución o legado, o la aplicación que haya de darse a lo dejado por el testador, o la carga que el mismo impusiere, no se entenderán como condición, a no parecer que sea esta su voluntad*». Diferencia claramente el modo de la condición, dando preferencia al primero en caso de duda. En consecuencia, si ambas categorías, fundamentalmente se diferencian en que la carga modal presupone la eficacia de la atribución gravada y en que, por el contrario, de la condición depende la eficacia o ineficacia de la misma, se entenderá que el legislador prefiera el mantenimiento de la cláusula testamentaria, en coherencia con el principio «favor testamenti», en virtud del cual las cláusulas testamentarias deben interpretarse en sentido favorable a su eficacia (artículo 416, 3 CDFR), y ¿cómo lo hace?, entendiendo en caso de duda, que se ha impuesto una carga y no una condición, al no afectar la primera y sí la segunda, al mantenimiento de la atribución hereditaria.

Parece contradecir este criterio, la redacción poco afortunada del párrafo segundo del artículo 797 Cc que establece «*lo dejado de esta manera puede pedirse desde luego, y es transmisible a los herederos que afiancen el cumplimiento de lo mandado por el testador, y la devolución de percibido con sus frutos e intereses, si faltaren a esta obligación*. «Es decir, por un lado, señalala posibilidad de exigir al heredero (legatario) la obligación establecida por el testador, por otro, declara la transmisibilidad de la misma a sus herederos, que deberán afianzar su cumplimiento y finalmente, señala la devolución de lo percibido con sus frutos e intereses en caso de incumplimiento.

No convence que solo se exija el afianzamiento a los herederos del heredero o legatario obligados, lo lógico es que también se exija a éstos. Y si se exige afianzamiento, ¿qué sentido tiene señalar la devolución de lo percibido en caso de incumplimiento?, ya que si éste se produce, se sustituirá la obligación incumplida por el importe de la fianza en el supuesto de que sea personal o el precio obtenido de la subasta de la cosa dada en garantía, si es real¹¹.

Y, en cualquier caso, si se exige la devolución de lo percibido, ¿en qué se diferencia de la institución o legado bajo condición resolutoria? Solo cabe enten-

¹⁰ A favor de la revocación, entre otros, ALBALADEJO, en Comentarios de Edersa, X-2º, 506 y ss.; LACRUZ BERDEJO, Elementos de Derecho Civil, Derecho de Sucesiones V, Madrid 2007, pág. 255; HERNÁNDEZ GIL, Contenido del testamento: carga modal y condición. Dictamen recogido en el Tomo IV, Derechos Reales. Derecho de sucesiones. Editorial Espasa Calpe, Madrid 1989, pág. 743 y ss.

¹¹ Señala Albaladejo (op. cit., pág. 506 y ss.) que si el artículo 797, 2º determina que para entregar la herencia a los herederos gravados se pide que éstos afiancen el cumplimiento de la obligación, es porque el incumplimiento autoriza a obtener la devolución y carecería de sentido tener que garantizarla. Entiendo, que como señala la norma, no está afianzando la atribución hereditaria, sino precisamente la obligación que grava al heredero o legatario.

der que el precepto hace referencia a la obligación modal como motivo determinante de la atribución hereditaria, de manera que si aquella se incumple deviene ineficaz. La carga es obligación accesoria y no condicionante de la institución de heredero o nombramiento de legatario, si el testador hubiera querido lo contrario lo habría indicado de manera explícita o implícita¹².

Tampoco es aplicable por analogía del artículo 647 Cc la revocación de la donación por incumplimiento de las condiciones que el donante impuso porque, además de que es muy significativo que se hable de condición (aunque mayoritariamente se entiende que no es condición sino carga), la donación inter vivos y las atribuciones hereditarias en testamento, se diferencian en que la primera es eficaz cuando acepte el donatario, y las otras, cuando fallezca el testador, por lo que cuando se plantea la revocación, el donante vive y en la segunda, el testador ha fallecido.

En la práctica testamentaria, en supuestos similares a los del texto, suele ser voluntad del testador, no la de condicionar la institución del gravado sino la de mejorar al beneficiario. Y, en cualquier caso, si hay duda, se mantendrá la atribución hereditaria del incumplidor independientemente que se le reclame el pago de su deuda, todo ello en coherencia con el artículo 416, 3 CDFA (*«En los casos de duda, la interpretación se realizará en sentido favorable al heredero instituido y las disposiciones que impongan cualquier carga se interpretarán restrictivamente»*).

En consecuencia, salvo que la carga sea motivo determinante, entiendo que no cabe la revocación de la institución en caso de incumplimiento, siendo aplicable la disciplina jurídica de la obligación en general. Así, el beneficiario, como acreedor de la obligación, tiene derecho a exigir al deudor el cumplimiento de la obligación, y si el heredero no se atiene a ello responderá con lo heredado y en su caso, directamente con lo afianzado

A lo largo del texto hemos defendido que el beneficiario del modo tiene un derecho de crédito contra el heredero o legatario gravado. Si bien no es un tema pacífico ni en la doctrina, ni en la Jurisprudencia. Así, por ejemplo, la STS, Sala Primera de lo Civil, 21 de enero de 2003, no reconoce al beneficiario como persona formalmente legitimada para reclamar el cumplimiento de la obligación. En el mismo sentido Puig Ferriol¹³ entiende que en el modo al no existir delación a favor del designado como beneficiario de la atribución modal, éste puede únicamente aceptar la liberalidad, sin poder exigirla directamente. Pero con gran sentido común señala VALLET DE GOYTISOLO, «Hay una razón de la más

¹² En este sentido, TORRALBA (El modo en el derecho civil, Madrid 1967), PUIG BRUTAU (Adiciones a las notas de Roca Sastre, al Derecho de sucesiones, de Kipp, vol. I, págs. 592 y ss.), LÓPEZ VILAS (op. Cit., pág 575 y ss.).

¹³ Adiciones a las notas de Roca Sastre, al Derecho de Sucesiones, de Kipp, vol., págs. 592 y ss., citado por Puig Brutau.

elemental lógica jurídica para estimar que si hay una persona determinada que sea beneficiaria con el modo, ésta ha de estar legitimada para reclamarlo¹⁴.

La carga modal, no es un llamamiento sucesorio¹⁵, es una obligación accesoria que la constituye el testador a cargo del heredero o del legatario, y como tal debemos tratarla, tanto por conformar el contenido de una disposición testamentaria, como por su carácter accesorio y obligacional. En consecuencia, por su accesoriedad correrá la suerte de la institución que grava (heredero, legatario) y no al revés, y como obligación, salvo que sea otra la voluntad del testador¹⁶, su régimen será el de las obligaciones.

La figura de la carga modal (abonar renta mensual bajo condición resolutoria) se asimila a la estipulación en favor de tercero del artículo 1257, 2º Cc (*«si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido revocado»*). Es más, una de las aplicaciones prácticas del precepto es la constitución de renta en favor de tercero.

Según criterio mayoritario doctrinal y jurisprudencial¹⁷, el contrato con estipulación en favor de tercero, da lugar al nacimiento de un crédito en favor de persona distinta de las partes, siendo a partir de la aceptación cuando el tercero beneficiado tiene acción para exigir el cumplimiento de lo pactado. El Cc no exige que la aceptación sea expresa, ni la sujeta a forma alguna, por lo que puede entenderse como aceptación tácita, el cobro de las primeras mensualidades o en caso de impago, la reclamación de la deuda.

Así las cosas, aplicando por analogía el artículo 1257, 2 Cc, el beneficiario de la carga modal tiene un derecho de crédito *«ex testamenti»* contra el heredero o legatario gravado, y salvo que el testador establezca otra cosa, actuaciones inequívocas del acreedor de la prestación pueden implicar la aceptación de la misma. Así Ana, el hecho de aceptar el cobro de los primeros pagos de la renta de cualquiera de sus hermanos, o el aseguramiento de su derecho o incluso la reclamación de las rentas no satisfechas son actitudes inequívocas que implican su aceptación y por tanto su legitimación para el ejercicio del derecho.

¹⁴ En el mismo sentido, TORRALBA SORIANO, Comentarios del Código civil. Editorial Ministerio de Justicia, t. I, pág. 1951. LÓPEZ VILAS, op. Cit. Págs. 600 y ss.

¹⁵ La renuncia a la herencia de Ana no implica la de la renta.

¹⁶ El testador puede configurar el derecho del beneficiario (Ana) como mejor le parezca con las limitaciones que señala el derecho sucesorio aragonés y el régimen de obligaciones aplicable.

¹⁷ Vid. LACRUZ BERDEJO, José Luis. Elementos de Derecho Civil, II Derecho de Obligaciones, volumen Primero, Madrid 2007, pág. 520 y ss.

c) Responsabilidad en caso de incumplimiento si el modo fuera carga hereditaria

A tres de los herederos (Luis, Luisa y Pablo) se les impone una obligación a favor de otra heredera (Ana) sometida a condición resolutoria (mientras esté soltera) y a cargo de la herencia. Lo que significa que el pago de la renta es una deuda hereditaria de la que Ana es acreedora y los otros herederos, deudores, por el hecho de haber aceptado la herencia. Se trata de una obligación a la que se le aplicará lo establecido en los artículos 369 a 371 CDFA, relativos al derecho de los acreedores y a la responsabilidad de los herederos frente a las deudas de la herencia.

Si no se tratara de un pago periódico sino la entrega de un capital, Ana podría exigir el pago conjuntamente a sus tres hermanos antes de la partición (artículo 370 CDFA), o una vez hecha la partición, a cualquiera de ellos hasta el límite de su responsabilidad (artículo 371 CDFA). Al ser una renta vitalicia sometida a condición resolutoria, podrá exigirse a Luis, Luisa y Pablo conjuntamente, solo el pago de las mensualidades devengadas antes de la partición, y una vez realizada ésta, Ana podrá reclamar a cualquiera de los otros el pago de su crédito, teniendo el demandado derecho a hacer llamar a sus coherederos para que intervengan en el proceso, independientemente el derecho de regreso que tenga el que hubiese pagado contra los demás coherederos hasta el límite de su respectiva responsabilidad.

¿En caso de incumplimiento Ana puede exigir que el incumplidor devuelva lo percibido en la herencia? Entiendo que no, porque la obligación tiene carácter independiente de la atribución patrimonial, el heredero se obliga en cuanto que acepta ser heredero. Su tratamiento debería ser igual que las otras cargas de la herencia como gastos de entierro, funerales... u otras deudas del causante, siendo éste quien constituye la deuda hereditaria.

d) La carga modal no es carga de la herencia

En tema de lesión de legítima el planteamiento es el mismo que el apartado anterior. No ocurre igual en tema de responsabilidad e incumplimiento. Al no ser una deuda de la herencia, no serán de aplicación los artículos 369 a 372 CDFA. Como regla general, el beneficiario podrá reclamar el cumplimiento de su obligación al que ha incumplido o su equivalente.

**E. SUPUESTO DE INSTITUCIÓN DE HEREDERO BAJO CONDICIÓN SUSPENSIVA POTES-
TATIVA DE HECHOS PASADOS Y ANTERIORES AL FALLECIMIENTO DEL TESTADOR**

Juana otorga testamento abierto instituyendo herederos en la totalidad de sus bienes por cuartas e iguales partes a sus cuatro hijos, Luis, Luisa, Pablo y Ana, con derecho de sustitución a favor de sus descendientes y de acrecer en su caso bajo la condición de que paguen a Ana una renta mensual de 1500 euros, hasta el fallecimiento de la testadora.

a) *Admisibilidad de la condición basándose en hechos anteriores a la muerte del causante*

El CDFA admite toda clase de condiciones. El Código civil aplicable supletoriamente en Aragón, contempla la condición suspensiva potestativa consistente en hechos posteriores a la muerte del causante (artículo 795 Cc), pero no recoge expresamente la condición referida a tiempos pasados. Si bien, dado que el artículo 790 Cc, establece que las disposiciones testamentarias, tanto a título universal como particular, podrán hacerse bajo condición y dado que el artículo 791Cc señala que las condiciones impuestas a los herederos y legatarios, en lo que no esté prevenido en esta sección, se regirán por las reglas establecidas para las obligaciones condicionales, puede llegarse a la conclusión de la admisibilidad de una condición suspensiva basado en hechos pasados ya que el artículo 1113 Cc dice que será exigible toda obligación cuyo cumplimiento no dependa de un suceso futuro o incierto, o de un suceso pasado, que los interesados ignoren¹⁸.

La condición es suspensiva porque impide, si no se cumple, la eficacia de los llamamientos sucesorios. Es potestativa, porque depende de la voluntad de los otros tres herederos, que deberán a su vez conocer la existencia de la condición para poderla cumplir¹⁹. Y de hecho pasado, porque el pago de la renta ha de hacerse antes de que el testamento sea eficaz

b) *Incumplimiento*

Si al fallecimiento de la testadora la condición no se ha cumplido, será ineficaz la atribución hereditaria del gravado incumplidor. Es decir, los tres hermanos deberán hacer frente al pago de la renta mensual por un importe de 500 euros, hasta el fallecimiento de la testadora y siempre que Ana permanezca soltera.

F. SUPUESTO DE INSTITUCIÓN DE HEREDERO BAJO ¿CONDICIÓN RESOLUTORIA O CARGA MODAL? DE HECHOS PASADOS Y ANTERIORES AL FALLECIMIENTO DEL TESTADOR

Juana otorga testamento abierto instituyendo herederos en la totalidad de sus bienes por cuartas e iguales partes a sus cuatros hijos, Luis, Luisa, Pablo y Ana, con derecho de sustitución a favor de sus descendientes y de acrecer en su caso

¹⁸ En este sentido la Jurisprudencia, STS de 9 de mayo de 1990, STS 21 enero 2003, STS, 3 diciembre 2009. Los supuestos que suelen darse es que el testador establezca como condición para heredar o recibir un legado que le asistan hasta su fallecimiento.

¹⁹ Los tribunales consideran que la condición se ha cumplido ficticiamente cuando se da algún hecho relevante como puede ser el que los herederos no conozcan la existencia de la condición, en virtud del artículo 798, 2 Cc «Cuando el interesado en que se cumpla, o no, impidiere su cumplimiento sin culpa o hecho propio del heredero o legatario, se considerará cumplida la condición».

con la obligación de que paguen una renta mensual de 1500 euros a Ana mientras permanezca soltera y hasta el fallecimiento de la testadora.

Teniendo en cuenta que el modo parte de la eficacia de la atribución hereditaria dándose ésta una vez fallecida la testadora, tiene difícil encaje la figura en el supuesto reseñado.

Es decir, como ya se ha repetido de forma reiterada, el modo o carga es una obligación accesoria de la atribución (llamémosla principal) del heredero (o en su caso legatario). Será una vez aceptada la herencia (o en su caso el legado) cuando el modo se hace obligatorio. Así las cosas, los herederos tendrían la obligación de cuidar a la testadora, una vez fallecida... ¡algo imposible!

Igualmente, no cabe la condición resolutoria en base a hechos pasados y anteriores al fallecimiento del testador, porque dado que los llamamientos sucesorios devienen eficaces cuando fallece el causante ¿qué institución o legado se van a resolver?

G. CONDICIÓN, CARGA MODAL, LEGADO DE RENTA EN PACTOS SUCESORIOS

Las disposiciones de los pactos sucesorios pueden estar sometidas a condición suspensiva o resolutoria o consistir en la imposición de una obligación modal (artículo 381, 1 CDFA). Sus efectos son los mismos que los relatados en la sucesión testada, teniendo en cuenta lógicamente la naturaleza y caracteres de la sucesión pactada.

En el artículo 401, 1, b del CDFA aparece como causa de revocación unilateral por parte del disponente *«el incumplimiento grave de las cargas y prestaciones impuestas al instituido, así como cuando éste, con su conducta, impida la normal convivencia familiar si esta hubiera sido pactada»*. Es similar a la que corresponde al donante (647 Cc), en cuanto que en ambos casos al que ha realizado la atribución (donación, institución) se le otorga la facultad de revocarla. Sin embargo, la situación detallada no puede equipararse a ninguno de los supuestos analizados en el texto, ni siquiera a las disposiciones testamentarias sometidas a condición o cargas de hechos pasados, puesto que como se ha señalado, el que revoca el pacto sucesorio es el propio disponente, lo que no cabe en la sucesión testada por darse en uno y otra la delación y eficacia en momentos distintos (artículos 385, 389, 1 CDFA).

III. RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN
DEL 29 DE SEPTIEMBRE DE 2014,
RECURSO DE CASACIÓN NÚM. 30/2014

Los antecedentes de hecho objeto de litigio están en consonancia con los casos expuestos. En testamento se instituye herederos por partes iguales a los hijos, estableciendo la obligación de pagar una renta mensual a una de las herederas mientras se encuentre en estado de soltería. Es cierto que la parte actora no plantea ninguna de las cuestiones analizadas en el texto por lo que tampoco puede entrar en las mismas la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Si bien, el supuesto de hecho resalta la importancia de la claridad con la que deben estar redactadas las cláusulas testamentarias previendo las posibles circunstancias que pueden sobrevenir a los llamados a la herencia, como premoriencia, renuncia, incumplimiento o cumplimiento de condiciones, de cargas. Señalando expresamente la naturaleza de las instituciones sucesorias que se establecen, intentando dejar el menor campo posible a la interpretación, así como evitar aquellas que, permitidas, solo dan lugar a situaciones de inseguridad jurídica.

Pasamos a un breve estudio de la Resolución comenzando por la transcripción literal de la cláusula testamentaria objeto de análisis y demás antecedentes de hecho.

Doña Coral, otorgó testamento instituyendo herederos a sus cuatro hijos estableciendo literalmente en la cláusula tercera:

«Instituye herederos en la totalidad de sus bienes y derechos y acciones, a sus cuatro hijos nombrados en la cláusula primera, por cuartas e iguales partes entre ellos con derecho de sustitución a favor de sus descendientes y de acrecer en su caso, si bien por estar soltera Doña Patricia, es voluntad de la testadora que los demás hermanos le pasen una renta mensual con cargo a los bienes hereditarios de 200.000 pesetas mensuales mientras se conserve en estado de soltería y como ayuda que quiere la testadora tenga para atender su casa y gastos, por no tener profesión alguna, siendo retraída esta renta no de la porción hereditaria de la propia hija, sino de la que corresponde a sus hermanos».

Con fecha 18 de julio de 2003, habiendo fallecido la causante el 5 de diciembre de 2001, los cuatro hijos designados herederos aceptaron, mediante escritura notarial, la herencia de su madre y expresamente asumieron la obligación establecida en la cláusula tercera que ha sido transcrita.

Dado que uno de los hermanos, Marco Antonio, no hizo frente al pago de la renta mensual, y que la beneficiaria del mismo, Doña Patricia, se sigue conservando en estado de soltería, presentó demanda de juicio ordinario contra aquél suplicando que se dicte sentencia por la que se declare la obligación de Marco Antonio de pagar una pensión por la cantidad de 400,67 euros mensuales desde la fecha del fallecimiento de la causante Doña Coral el 5/12/2001, abonando las

cantidades debidas desde esa fecha más los intereses. El Juzgado de 1ª instancia estimó la demanda declarando la obligación del demandado del pago de lo solicitado. Marco Antonio presentó recurso de apelación contra la Sentencia de 1ª instancia ante la Audiencia que desestimó el recurso y posteriormente presentó recurso de casación, que desestimó el TSJA en resolución de 29 de septiembre de 2014.

El TSJ solo se pronuncia sobre lo que puede pronunciarse, las alegaciones de la parte actora en las que fundamenta el recurso de casación. Así

1. Alega el actor la infracción del artículo 416 CDFA (interpretación del testamento), en base a una interpretación equivocada de la voluntad del testador por parte de la sentencia recurrida. Entiende el TSJ la procedencia de la revisión en casación, con arreglo a una doctrina jurisprudencial reiterada, sólo cuando ostensiblemente la interpretación de los tribunales de instancia contravenga la legalidad o se presente manifiestamente errónea, desorbitada, arbitraria o contraria al buen sentido, siendo preferente en cualquier caso, ratificado por jurisprudencia consolidada la interpretación imparcial del Tribunal de instancia sobre la más parcial e interesada de la parte recurrente y dado que esta situación no se da en el supuesto litigioso y que no se ha alegado razonamiento convincente sino pretexto para combatir la valoración probatoria del ejercicio de una profesión por la actora, que la sentencia niega categóricamente. Por lo que se desestima el motivo de casación.

Como ya se ha dicho, en nada más podía pronunciarse la Sentencia del TSJ; si bien es un caso en el que la interpretación de la cláusula del testamento objeto del litigio juega un papel relevante. Pueden plantearse diversas cuestiones, ¿es una condición resolutoria, una carga o legado modal? ¿Es a cargo de la herencia o a cargo de los herederos? ¿Qué ocurre en caso de incumplimiento? y ¿Quién o quiénes responden?

Como ya se ha estudiado cabe la condición suspensiva de una renta vitalicia una vez fallecido el testador, aunque surjan cuestiones de difícil solución, ¿hasta cuándo se suspendería la eficacia de la atribución hereditaria? ¿Hasta el pago de la primera renta?, ¿hasta el último pago?

Entiendo, en base a la lectura de la cláusula testamentaria, que la testadora no pretende imponer el pago de la renta vitalicia a Patricia como una condición resolutoria, de manera que en caso de incumplimiento se resuelva la atribución hereditaria del incumplidor y menos, como condición suspensiva. No quiere que la carga afecte a la eficacia de la institución de heredero de Marco Antonio. No hay duda en este sentido y si la hay parece ser preferente según doctrina mayoritaria la existencia de una carga u obligación en vez de una condición, por la diferencia de efectos entre una y otra en caso de incumplimiento (artículos 416 CDFA y 797, 1 Cc).

Por el contrario, no está tan claro si el pago de una renta a Patricia mientras esté soltera sea una carga en sentido estricto o un legado de renta. La testadora no habla de legado, sino que literalmente señala «... que los demás hermanos le pasen una renta mensual... de 200.000 pesetas mensuales mientras se conserve en estado de soltería...» y una vez fallecida la testadora, los herederos en la escritura de aceptación de herencia hacen referencia al pago de la renta mensual a su hermana Patricia mientras se encuentre en estado de soltería, como una obligación y no como un legado.

Un legado puede ser de renta (artículo 880 Cc), a él hace referencia el CDEFA (artículo 478) al regular el derecho de transmisión y la Ley Hipotecaria establece las medidas para garantizar su cumplimiento. La carga modal consistente en una renta puede establecerse igualmente, aunque es más difícil saber cuál es su régimen jurídico. Ese es el motivo por el que se tiende a considerar legado lo que es carga modal, y si bien, como ya se ha analizado, en caso de incumplimiento el resultado es el mismo, en otros supuestos, los efectos son muy diferentes, de ahí la importancia de su distinción. Dicho esto, entiendo que el pago de la renta en el supuesto objeto de litigio es una carga o modo y no un legado de pensión, porque, además de que parece ser éste el sentido de la cláusula testamentaria, los herederos en la escritura de aceptación de herencia expresamente asumieron «la obligación establecida en la cláusula tercera».

Así las cosas, la testadora impuso a los herederos la carga modal de pagar una renta mensual a su hermana y coheredera mientras esté soltera (condición resolutoria). Las razones que la causante da señalando que hay que ayudarla en sus gastos porque no tiene trabajo: «... como ayuda que quiere la testadora tenga para atender su casa y gastos, por no tener profesión alguna ...», son explicaciones, pero no constituyen condición, es decir, que, aunque la beneficiada trabaje, mientras no se case, persiste la obligación de los hermanos de pasarle la renta por la cuantía establecida por la disponente. En ese punto no cabe otra interpretación, es manifiesta la mentalidad y voluntad de la madre que entiende que la situación económica de su hija, dada su escasa formación profesional, sólo puede ser estable si contrae matrimonio. Por lo que cualquier alegación en este sentido por parte del incumplidor carece de razón.

La renta bajo condición resolutoria impuesta por la testadora a favor de Patricia es ¿a cargo de la herencia? o ¿individualmente a cargo de cada uno de los herederos?

Si fuera a cargo de la herencia, responden conjuntamente todos los herederos del pago de la renta antes de la partición de la herencia y Patricia, podrá solicitar a sus hermanos como acreedora de la misma que se le asegure su derecho de crédito. Una vez hecha la partición responden solidariamente todos los herederos, por lo que Patricia en caso de incumplimiento podría reclamar su deuda a todos o cualquiera de ellos con el límite del valor de lo recibido y si no

es posible, ejecutando la garantía. Es decir, Patricia podría reclamar la renta no pagada a cualquiera de sus tres hermanos y no solamente a Marco Antonio.

En la cláusula de institución de herederos se establece: «... le pasen una renta mensual con cargo a los bienes hereditarios...», con lo que, en principio, parece que es una carga de la herencia, si bien a continuación se señala: «... siendo detraída esta renta no de la porción hereditaria de la propia hija (Patricia), sino de la que corresponde a sus hermanos...». Por lo que parece deducirse que es una obligación a cargo de sus otros tres hermanos y como no se dice lo contrario, con carácter mancomunado. Si así fuera, Marco Antonio es el único responsable del impago de 1/3 de la renta que le corresponde.

2. También alega la parte actora como motivo de recurso de casación la infracción del artículo 365 CDFA (derecho a la división de la herencia, así como la prohibición o el pacto de indivisión) en relación artículos 1051 y ss Cc. De forma muy sutil, el Tribunal deniega el motivo señalando que ni se ha infringido ni viene al caso. En consecuencia, se deniega el motivo de casación.

Y es así, nadie negó a Marco Antonio la división de la herencia, de hecho, los cuatro hijos aceptaron mediante escritura notarial la herencia de su madre y al mismo tiempo se procedió a la división.

Parece que la parte recurrente incurre en los errores, de creer que la indivisión pro-indiviso no es división hasta que no se adjudiquen los bienes en pago de las cuotas, y de persistir en la idea de la improcedencia de pagar el legado en tanto la herencia no haya sido repartida, cuando la única razón que puede darse (independientemente de que no es legado) es la salvaguarda de los derechos de acreedores y legitimarios, que en el caso que nos ocupa no es necesario, ya que teniendo en cuenta que la herencia se reparte entre los cuatro hermanos y el pago de la renta es a favor de uno de ellos, la legítima colectiva aragonesa, mitad de la herencia, está plenamente salvaguardada.

3. En cuanto a la infracción de los artículos 477 CDFA y ss como motivo de casación, corre la misma suerte que los anteriores. El Tribunal, vuelve a señalar la clara incorrección técnica, al enunciar como infringidos artículos que no tienen aplicación.

Que el pago de una renta pueda ser un legado no significa que todo precepto relacionado con el legado sea de aplicación, así no tiene ningún sentido que se alegue la infracción de preceptos como el artículo 478 CDFA que trata sobre el derecho de transmisión, o el artículo 479 que regula la posesión de los legados de cosa cierta o determinada o el artículo 480 que regula la prelación entre legatarios. Todavía es más desconcertante que todos estos preceptos los relacione con la prescripción de la acción para la entrega del legado. Tanto un motivo como el otro es desestimado, el primero por motivos obvios y el segundo, porque la prescripción de cinco años de la acción para exigir el pago de las pensiones

vitalicias se ha visto interrumpido por las constantes reclamaciones efectuadas por Patricia.

El TSJ hace referencia al derecho de crédito del que es titular el legatario que le convierte en acreedor de la persona gravada (artículo 477, 1 CDFA). En consecuencia, la acción para exigir su cumplimiento será personal, su plazo de prescripción a falta de uno específico será el de 5 años del artículo 1964 Cc, y en el caso que nos ocupa será el establecido en el artículo 1966 para las pensiones vitalicias, que también será de 5 años.

No cambiaría en cuanto al plazo de prescripción, si en vez de ser legado de renta fuera carga o modo, puesto que el derecho del beneficiario tiene igualmente carácter obligacional, proveniente del testamento, y por tanto son igualmente aplicables los artículos 1964 y 1966 Cc.

En definitiva, Marco Antonio, como demandado, tendrá que pagar la renta a su hermana mientras permanezca soltera y los atrasos debidos con sus intereses, ya que tanto si es legado de renta como si es modo, una vez que aceptó la herencia contrajo la obligación. En caso de incumplimiento, en base al testamento, Patricia está legitimada para reclamar jurídicamente su crédito como ha hecho.

Cuestión diferente, atendiendo a la calificación de lo impuesto por la testadora, es señalar quién o quiénes son responsables de la deuda, y, según ello, cuál hubiera sido la adecuada actuación de Patricia en protección de su derecho.

Si el modo es carga de la herencia, Patricia es acreedora de la misma, y antes de la partición podrá proceder contra todos los herederos, es decir contra todos sus hermanos, para exigir el pago de su deuda (artículo 369 CDFA), y dada la naturaleza de la misma, se le deberá aconsejar que garantice su importe (artículo 370, 1 CDFA). Después de hecha la partición, Patricia puede exigir el pago a cualquiera de sus hermanos hasta el límite de su responsabilidad (371, 2 CDFA) pero sin deducir su parte proporcional como coheredera (así lo señaló su madre, la testadora), luego el coheredero-demandado podrá reclamar lo que hubiese pagado de más procediendo contra sus otros dos hermanos o coherederos (acción de regreso del artículo 372 CDFA). En caso de incumplimiento, previa reclamación según lo señalado, puede ejecutar la garantía.

Si el modo no es carga de la herencia sino de los herederos (menos Patricia), habrá que señalar si a partir de la aceptación de la herencia en escritura pública, la responsabilidad del pago por parte de aquéllos es solidaria o mancomunada. La testadora no es clara al respecto, literalmente se señala. «... es voluntad de la testadora que los demás hermanos le pasen una renta mensual con cargo a los bienes hereditarios de 200.000 pesetas mensuales mientras se conserve en estado de soltería ...». Si es solidaria, en caso de incumplimiento, Patricia podrá reclamar el pago a todos sus hermanos o a cualquiera de ellos. En el supuesto, no solo puede ser demandado Marco Antonio sino también/o cualquiera de sus herma-

nos. Si es mancomunada, a cada uno de ellos le reclamará el tercio de la deuda, por lo que solo el que incumplió (Marco Antonio) será el responsable.

Si lo que impuso la testadora a sus hijos a favor de su otra hija es un legado de renta vitalicia condicionado a su soltería, antes de realizar la partición de la herencia se deberá pagar los legados (artículo 360 CDFA), y dada la naturaleza del legado de renta, puede garantizarse su cumplimiento mediante anotación preventiva que puede devenir en hipoteca sobre bienes inmuebles de la herencia y por el importe capitalizado de la deuda, por lo que en caso de incumplimiento, si Patricia hubiera garantizado su derecho, previa reclamación a los coherederos, solo tendría que ejecutar la hipoteca.

MATERIALES*

MATERIALS*

* En esta sección se pretende dar cuenta y, cuando sea necesario, publicar textos legales, borradores, textos en tramitación, sentencias del Tribunal Constitucional y otros documentos que sean de interés para los profesionales y estudiosos del Derecho civil aragonés.

A) LEY 2/2016, DE 28 DE ENERO, DE MEDIDAS FISCALES Y ADMINISTRATIVAS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN

(BOA Núm. 22 de 03/02/2016)

Se transcribe el art. 33 de la Ley 2/2016, por el que se modifica la Ley de Patrimonio de Aragón, para establecer el procedimiento para declarar heredera por sucesión legal a la Comunidad Autónoma de Aragón.

Artículo 33.—*Modificación del texto refundido de la Ley de Patrimonio de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 4/2013, de 17 de diciembre, del Gobierno de Aragón.*

El texto refundido de la Ley de Patrimonio de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 4/2013, de 17 de diciembre, del Gobierno de Aragón, se modifica en los siguientes términos:

Uno.—El apartado 4 del artículo 20 queda redactado como sigue:

«4. La sucesión legal de la Administración de la Comunidad Autónoma se regirá por lo dispuesto en el Código de Derecho Foral de Aragón, la presente ley y la normativa básica estatal en materia de patrimonio.

Cuando a falta de otros herederos legales con arreglo al Derecho foral aragonés sea llamada a suceder la Administración de la Comunidad Autónoma, corresponderá a esta Administración efectuar en vía administrativa la declaración de su condición de heredero legal, una vez justificado debidamente el fallecimiento de la persona de cuya sucesión se trate, la procedencia de la apertura de la sucesión legal y constatada la ausencia de otros herederos legales.»

Dos.—Se añade un nuevo artículo 20 bis, con la siguiente redacción:

Art. 20 bis.—*Procedimiento para la declaración de la Administración de la Comunidad Autónoma como heredera legal.*

1. El procedimiento para la declaración de la Administración como heredera legal se iniciará de oficio, por el Departamento competente en materia de patrimonio, ya sea por propia iniciativa o por denuncia de particulares, o por comunicación de autoridades o funcionarios públicos.

2. Las autoridades y funcionarios de todas las Administraciones públicas que, por cualquier conducto, tengan conocimiento del fallecimiento de alguna persona, cuya sucesión legal se pueda deferir a favor de la Comunidad Autónoma de Aragón, están obligados a dar cuenta del fallecimiento al Departamento competente en materia de patrimonio, con indicación expresa, en el caso de que se conozca, de la existencia de los bienes y derechos integrantes del caudal relicto.

3. La incoación del procedimiento se aprobará mediante Orden del Consejero competente en materia de patrimonio.

4. El expediente será instruido por la Dirección General competente en materia de patrimonio que, en caso de que considere que la tramitación del expediente no corresponde a la Administración de la Comunidad Autónoma, dará traslado del mismo a la Administración General del Estado o a la que resulte competente según la vecindad civil del causante.

5. La Orden de incoación del procedimiento se publicará en el «Boletín Oficial de Aragón», y en la página web del Gobierno de Aragón, sin perjuicio de la posibilidad de utilizar otros medios adicionales de difusión. Una copia de la Orden será remitida

para su publicación en los tabloneros de anuncios de los Ayuntamientos correspondientes al último domicilio del causante, al del lugar del fallecimiento y donde radiquen la mayor parte de sus bienes. Los edictos deberán estar expuestos durante el plazo de un mes. A su vez, se comunicará directamente a los arrendatarios y arrendadores conocidos y manifiestos del causante, así como a los titulares de derechos reales sobre los bienes del finado.

Cualquier interesado podrá presentar alegaciones o aportar documentos u otros elementos de juicio con anterioridad a la resolución del procedimiento.

6. La Dirección General competente en materia de patrimonio realizará los actos y comprobaciones que resulten necesarios para determinar la procedencia de los derechos sucesorios de la Administración de la Comunidad Autónoma, e incluirá en el expediente cuantos datos pueda obtener sobre el causante y sus bienes y derechos.

A estos efectos, se solicitará de las autoridades y funcionarios públicos, registros y demás archivos públicos, la información sobre el causante y los bienes y derechos de su titularidad que se estime necesaria para la mejor instrucción del expediente. Dicha información, de acuerdo con lo establecido en el artículo 67, será facilitada de forma gratuita.

7. Una vez recabados los datos sobre el causante y sus bienes y derechos, se someterá el expediente, junto con la propuesta de Decreto de resolución del procedimiento, a los

Letrados de los Servicios Jurídicos para la emisión de informe sobre la adecuación y suficiencia de las actuaciones practicadas para declarar a la Administración de la Comunidad Autónoma como heredera legal.

8. La resolución del procedimiento corresponde al Gobierno de Aragón, mediante la aprobación del Decreto en el que se acuerde la declaración de heredera legal a favor de la Administración de la Comunidad Autónoma, que contendrá la adjudicación administrativa de los bienes y derechos de la herencia, o la improcedencia de dicha declaración por los motivos que resulten acreditados en el expediente.

El plazo máximo para la resolución del procedimiento será de un año.

9. El Decreto de resolución del procedimiento deberá publicarse en los mismos sitios en los que se hubiera anunciado el acuerdo de incoación del expediente y comunicarse, en su caso, al órgano judicial que estuviese conociendo de la intervención del caudal hereditario. La resolución que declare la improcedencia de declarar heredera a la Administración deberá, además, notificarse a las personas con derecho a heredar.

10. Los actos administrativos dictados en el procedimiento previsto en este artículo solo podrán ser recurridos ante la jurisdicción contencioso-administrativa por infracción de las normas sobre competencia y procedimiento, previo agotamiento de la vía administrativa. Quienes se consideren perjudicados en cuanto a su mejor derecho a la herencia u otros de

carácter civil por la declaración de heredero legal o la adjudicación de bienes a favor de la Administración podrán ejercitar las acciones pertinentes ante los órganos del orden jurisdiccional civil, previa reclamación en vía administrativa conforme a la normativa reguladora del procedimiento administrativo común.»

Tres.—Se añade un nuevo artículo 20 ter, con la siguiente redacción:

Art. 20 ter.—*Efectos de la declaración de heredera legal.*

1. Realizada la declaración administrativa de heredera legal, se entenderá aceptada la herencia y se podrá proceder a tomar posesión de los bienes y derechos del causante

2. En el supuesto de que quede acreditado en el procedimiento que el valor de las deudas del causante es superior al valor de los bienes o derechos a heredar por la Administración de la Comunidad Autónoma, mediante acuerdo del Gobierno de Aragón y previo informe de la Dirección General de Servicios Jurídicos, se aprobará la repudiación de la herencia con los efectos previstos en la legislación civil.

3. Los bienes y derechos del causante no incluidos en el inventario y que se identifiquen con posterioridad a la declaración de la Administración de la Comunidad Autónoma como heredera legal y a la adjudicación de los bienes y derechos hereditarios, se incorporarán al caudal hereditario y se adjudicarán por Orden del Consejero competente en materia de patrimonio y mediante el procedimiento de investigación regulado en el artículo 77.

No obstante, en los casos en que el derecho de propiedad del causante constase en registros públicos o sistemas de anotaciones en cuenta, o derivase de la titularidad de cuentas bancarias, títulos valores, depósitos y, en general, en cualesquiera supuestos en los que su derecho sea indubitado por estar asentado en una titularidad formal, la incorporación de los bienes se realizará por Resolución de la Dirección General competente en materia de patrimonio.

4. A los efectos de estas actuaciones de investigación, las autoridades y funcionarios, registros y demás archivos públicos, deberán suministrar gratuitamente la información de que dispongan sobre los bienes y derechos de titularidad del causante. Igual obligación de colaborar y suministrar la información de que dispongan tendrán los órganos de la Administración tributaria.

5. A los efectos previstos en los artículos 14 y 16 de la Ley Hipotecaria, la declaración administrativa de heredero legal en la que se contenga la adjudicación de los bienes heredita-

rios o, en su caso, las resoluciones posteriores de la Dirección General competente en materia de patrimonio acordando la incorporación de bienes y derechos al caudal relicto y su adjudicación, serán título suficiente para inscribir a favor de la Administración de la Comunidad Autónoma en el Registro de la Propiedad los inmuebles o derechos reales que figurasen en las mismas a nombre del causante. Si los inmuebles o derechos reales no estuviesen previamente inscritos, dicho título será bastante para proceder a su inmatriculación.

6. No se derivarán responsabilidades para la Administración de la Comunidad Autónoma por razón de la titularidad de los bienes y derechos integrantes del caudal hereditario hasta el momento en que se tome posesión efectiva de los mismos.

7. La liquidación del caudal hereditario y su distribución a favor de establecimientos de asistencia social de la Comunidad Autónoma se realizará conforme al Código de Derecho Foral de Aragón, a la presente ley y a su normativa reglamentaria de desarrollo.»

B. LEY 3/2016, DE 4 DE FEBRERO, DE REFORMA DE LOS ARTS. 535 Y 536 DEL CÓDIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN

(BOA Núm. 32 de 17/02/2016)

Se transcribe el texto legal tomado del BOA referenciado

TÍTULO

LEY 3/2016, de 4 de febrero, de reforma de los artículos 535 y 536 del Código del Derecho Foral de Aragón

En nombre del Rey y como Presidente de la Comunidad Autónoma de Aragón, promulgo la presente Ley, aprobada por las Cortes de Aragón y ordeno se publique en el «Boletín Oficial de Aragón», y en el «Boletín Oficial del Estado», todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 del Estatuto de Autonomía de Aragón.

PREÁMBULO

La Ley estatal 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción voluntaria, mediante su disposición final octava, da

nueva redacción al apartado 6 del artículo 20 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, según la cual cuando «sea llamada la Administración General del Estado o las Comunidades Autónomas, corresponderá a la Administración llamada a suceder en cada caso efectuar en vía administrativa la declaración de su condición de heredero abintestato». Este es el caso de la Comunidad Autónoma de Aragón, llamada a suceder legalmente de acuerdo con el artículo 535 del Código del Derecho Foral de Aragón en defecto de parientes y de cónyuge. Asimismo, en el apartado cinco de la citada disposición final octava de la Ley 15/2015 se añade una disposición adicional vigésima tercera a la Ley 33/2003, sobre sucesión abintestato del Hospital de Nuestra Señora de Gracia de Zaragoza, que dispone que

«la declaración como heredero abintestato del Hospital de Nuestra Señora de Gracia de Zaragoza se realizará por la Diputación General de Aragón».

La nueva regulación estatal no afecta para nada al Derecho civil sustantivo aragonés, que es el que regula la sucesión legal a favor de la Comunidad Autónoma o el Privilegio del Hospital de Nuestra Señora de Gracia. Por otra parte, no parece necesaria una regulación aragonesa específica sobre el aspecto accesorio de la tramitación de la declaración de herederos legales, que hallaría fundamento en el artículo 149.1-6.^a de la Constitución Española y el artículo 71-3.^a del Estatuto de Autonomía de Aragón.

En consecuencia, puesto que son aplicables las normas estatales mencionadas y los procedimientos previstos en la Ley de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón, que modifica en su artículo 26 diversos preceptos del texto refundido de la Ley del Patrimonio de Aragón, resulta oportuno modificar ligeramente la redacción de los artículos 535 y 536 del Código de Derecho Foral de Aragón, a los solos efectos de la mayor claridad textual y seguridad en su aplicación.

Artículo único.—*Modificación de los artículos 535 y 536 del Código del Derecho Foral de Aragón.*

Uno.—El artículo 535 del Código del Derecho Foral de Aragón queda redactado de la forma siguiente:

«**Artículo 535.**—*Sucesión a favor de la Comunidad Autónoma.*

1. En defecto de las personas legalmente llamadas a la sucesión con-

forme a las reglas anteriores, sucede la Comunidad Autónoma.

2. Previa declaración 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».

Dos.—El artículo 536 del Código del Derecho Foral de Aragón queda redactado de la forma siguiente:

«**Artículo 536.**—*Privilegio del Hospital de Nuestra Señora de Gracia.*

1. En los supuestos del artículo anterior, el Hospital de Nuestra Señora de Gracia será llamado, con preferencia, a la sucesión legal de los enfermos que fallezcan en él o en establecimientos dependientes.

2. Previa declaración de herederos, la Diputación General de Aragón destinará los bienes heredados o el producto de su enajenación a la mejora de las instalaciones y condiciones de asistencia del Hospital».

Disposición final. *Entrada en vigor.*

La presente Ley entrará en vigor el mismo día de su publicación en el «Boletín Oficial de Aragón».

Así lo dispongo a los efectos del artículo 9.1 de la Constitución y los correspondientes del Estatuto de Autonomía de Aragón.

Zaragoza, 4 de febrero de 2016.

El Presidente del Gobierno
de Aragón,
JAVIER LAMBÁN MONTAÑÉS

C. CORTES DE ARAGÓN Y DERECHO CIVIL ARAGONÉS

A) Enmiendas presentadas al proyecto de ley de Organización y Funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral

(BOCA Núm. 317. VIII Legislatura)

PRESIDENCIA DE LAS CORTES DE ARAGÓN

La Mesa de la Comisión Institucional y de Desarrollo Estatutario, en sesión celebrada el día 4 de marzo de 2015, ha admitido a trámite las enmiendas que a continuación se insertan, presentadas al Proyecto de Ley de organización y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral, publicado en el BOCA núm. 291, de 15 de diciembre de 2014.

Se ordena la publicación de estas enmiendas en el Boletín Oficial de las Cortes de Aragón, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 111.1 del Reglamento de la Cámara.

Zaragoza, 4 de marzo de 2015.

El Presidente de las Cortes
JOSÉ ÁNGEL BIEL RIVERA

ENMIENDA NÚM. 1

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA), al amparo de lo establecido en el artículo 123.3 y 5 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de organización y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE ADICIÓN

En el artículo 1, añadir, a continuación de «Es objeto de la presente ley...», el siguiente texto: «... crear y».

MOTIVACIÓN

Por considerarlo conveniente.

En el Palacio de la Aljafería, a 20 de febrero de 2015.

El Portavoz
JOSE LUIS SORO DOMINGO

ENMIENDA NÚM. 2

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA), al amparo de lo establecido en el artículo 123.3 y 5 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de organización y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE MODIFICACIÓN

En el artículo 1, donde dice «la organización, funciones y régimen jurídico», debe decir: «la organización, composición y funciones».

MOTIVACIÓN

Por considerarlo conveniente.

En el Palacio de la Aljafería, a 20 de febrero de 2015.

El Portavoz
JOSE LUIS SORO DOMINGO

ENMIENDA NÚM. 3

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA), al amparo de lo establecido en el artículo 123.3 y 5 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de organización y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE MODIFICACIÓN

En el artículo 1, donde dice «para garantizar el análisis, interpretación, actualización y difusión del Derecho civil foral aragonés», debe decir: «para favorecer e impulsar el ejerci-

cio de la competencia exclusiva sobre conservación, modificación y desarrollo del Derecho foral aragonés, así como sobre el Derecho procesal derivado de las particularidades del derecho sustantivo aragonés».

MOTIVACIÓN

Por considerarlo conveniente.

En el Palacio de la Aljafería, a 20 de febrero de 2015.

El Portavoz
JOSE LUIS SORO DOMINGO

ENMIENDA NÚM. 4

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA), al amparo de lo establecido en el artículo 123.3 y 5 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de organización y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE MODIFICACIÓN

En el artículo 1, donde dice «promoviendo la mayor participación posible de ciudadanos, colegios e instituciones», debe decir: «garantizando la participación efectiva de los operadores jurídicos, los colegios profesionales y la Universidad de Zaragoza y la máxima difusión entre la ciudadanía, en colaboración con las instituciones y administraciones aragonesas».

MOTIVACIÓN

Por considerarlo conveniente.

En el Palacio de la Aljafería, a 20 de febrero de 2015.

El Portavoz
JOSE LUIS SORO DOMINGO

ENMIENDA NÚM. 5

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA), al amparo de lo establecido en el artículo 123.3 y 5 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de organización y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE MODIFICACIÓN

En el apartado 1 del artículo 2, donde dice «La Comisión Aragonesa de Derecho Foral se constituye como órgano superior consultivo de la Comunidad Autónoma», debe decir: «La Comisión Aragonesa de Derecho Foral es el órgano consultivo del Gobierno de Aragón».

MOTIVACIÓN

Por considerarlo conveniente.

En el Palacio de la Aljafería, a 20 de febrero de 2015.

El Portavoz
JOSE LUIS SORO DOMINGO

ENMIENDA NÚM. 6

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA), al amparo de lo establecido en el artículo 123.3 y 5 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de organización y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE MODIFICACIÓN

En el apartado 1 del artículo 2, donde dice «en la aplicación de Derecho civil foral aragonés y especialidades procesales que de él se deriven», debe decir: «en el ejercicio de las competencias sobre Derecho foral aragonés y Derecho procesal derivado de las particularidades del mismo».

MOTIVACIÓN

Por considerarlo conveniente.

En el Palacio de la Aljafería, a 20 de febrero de 2015.

El Portavoz
JOSE LUIS SORO DOMINGO

ENMIENDA NÚM. 7

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA), al amparo de lo establecido en el artículo 123.3 y 5 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de organización y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE MODIFICACIÓN

En el apartado 2 del artículo 2, sustituir «Dicho órgano colegiado» por «La Comisión».

MOTIVACIÓN

Por considerarlo conveniente.

En el Palacio de la Aljafería, a 20 de febrero de 2015.

El Portavoz
JOSE LUIS SORO DOMINGO

ENMIENDA NÚM. 8

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA), al amparo de lo establecido en el artículo 123.3 y 5 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de organización y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE MODIFICACIÓN

En el apartado 2 del artículo 2, sustituir «, impulsando» por «e impulsará».

MOTIVACIÓN

Por considerarlo conveniente.

En el Palacio de la Aljafería, a 20 de febrero de 2015.

El Portavoz
JOSE LUIS SORO DOMINGO

ENMIENDA NÚM. 9

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA), al amparo de lo establecido en el artículo 123.3 y 5

del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de organización y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE MODIFICACIÓN

En el apartado 2 del artículo 2, sustituir «los distintos derechos forales o especiales, existentes en el territorio nacional» por «los distintos derechos civiles existentes en España y en otros estados».

MOTIVACIÓN

Por considerarlo conveniente.

En el Palacio de la Aljafería, a 20 de febrero de 2015.

El Portavoz
JOSE LUIS SORO DOMINGO

ENMIENDA NÚM. 10

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA), al amparo de lo establecido en el artículo 123.3 y 5 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de organización y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE MODIFICACIÓN

En el apartado 3 del artículo 2, donde dice «al Departamento de Presidencia y Justicia del Gobierno de Aragón», debe decir: «al Departamento del Gobierno de Aragón competente en Derecho foral».

MOTIVACIÓN

Por considerarlo conveniente.

En el Palacio de la Aljafería, a 20 de febrero de 2015.

El Portavoz
JOSE LUIS SORO DOMINGO

ENMIENDA NÚM. 11

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA), al amparo de lo establecido en el artículo 123.3 y 5 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de organización y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE MODIFICACIÓN

En el apartado 3 del artículo 2, donde dice «sin mengua de la autonomía y objetividad que deben regir en las funciones que tiene atribuidas», debe decir: «y ejerce sus funciones con autonomía orgánica y funcional, con el fin de garantizar su objetividad e independencia».

MOTIVACIÓN

Por considerarlo conveniente.

En el Palacio de la Aljafería, a 20 de febrero de 2015.

El Portavoz
JOSE LUIS SORO DOMINGO

ENMIENDA NÚM. 12

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA), al amparo de lo establecido en el artículo 123.3 y 5 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de organización y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE ADICIÓN

Añadir, en el Título II, un nuevo artículo 2 bis, con la siguiente redacción:

«**Artículo 2 bis.**—*Funciones.*

Son funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral:

a) Elaborar los Anteproyectos de Ley que le encomiende el Gobierno de Aragón relativos a la conservación, modificación y desarrollo del Derecho foral aragonés, así como el Derecho procesal derivado de las particularidades de aquel.

b) Informar con carácter preceptivo los Anteproyectos de Ley relativos a la conservación, modificación y desarrollo del Derecho foral aragonés, así como el Derecho procesal derivado de las particularidades de aquél, cuando su elaboración no haya correspondido a la propia Comisión.

c) Conocer y evaluar el grado de aplicación del Derecho foral aragonés y las nuevas demandas que se produzcan en su desarrollo, informando, en su caso, sobre la conveniencia de su modificación o desarrollo.

d) Proponer al Gobierno de Aragón la adopción de cuantas medidas estime convenientes para la conservación, modificación o desarrollo del Derecho foral aragonés.

e) Impulsar, en coordinación y colaboración con las instituciones y administraciones aragonesas, la divulgación del Derecho foral aragonés entre la ciudadanía.

f) En general, el asesoramiento, estudio y propuesta al Gobierno de Aragón en materia de Derecho foral aragonés y especialidades procesales derivadas de aquel Derecho sustantivo.»

MOTIVACIÓN

Por considerarlo conveniente.

En el Palacio de la Aljafería, a 20 de febrero de 2015.

El Portavoz
JOSE LUIS SORO DOMINGO

ENMIENDA NÚM. 13

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA), al amparo de lo establecido en el artículo 123.3 y 5 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de organización y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE SUPRESIÓN

Suprimir el apartado 1 del artículo 3.

MOTIVACIÓN

Por considerarlo conveniente.

En el Palacio de la Aljafería, a 20 de febrero de 2015.

El Portavoz
JOSE LUIS SORO DOMINGO

ENMIENDA NÚM. 14

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA), al amparo de lo establecido en el artículo 123.3 y 5 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de organización y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE ADICIÓN

En el apartado 2 del artículo 3, añadir, a continuación de «anteproyectos de ley sobre Derecho civil foral de Aragón o con trascendencia en él...», el siguiente texto: «... o sobre Derecho procesal derivado de las particularidades de aquel».

MOTIVACIÓN

Por considerarlo conveniente.

En el Palacio de la Aljafería, a 20 de febrero de 2015.

El Portavoz
JOSE LUIS SORO DOMINGO

ENMIENDA NÚM. 15

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA), al amparo de lo establecido en el artículo 123.3 y 5 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de organización y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE ADICIÓN

En el apartado 2 del artículo 3, añadir, a continuación de «conforme a petición formulada desde el Gobierno de Aragón,...», el siguiente texto: «... por iniciativa propia.».

MOTIVACIÓN

Por considerarlo conveniente.

En el Palacio de la Aljafería, a 20 de febrero de 2015.

El Portavoz

JOSE LUIS SORO DOMINGO

ENMIENDA NÚM. 16

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA), al amparo de lo establecido en el artículo 123.3 y 5 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de organización y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE ADICIÓN

En el apartado 2 del artículo 3, añadir, a continuación de «las Cortes...», las siguientes palabras: «... de Aragón».

MOTIVACIÓN

Por considerarlo conveniente.

En el Palacio de la Aljafería, a 20 de febrero de 2015.

El Portavoz

JOSE LUIS SORO DOMINGO

ENMIENDA NÚM. 17

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA), al amparo de lo establecido en el artículo 123.3 y 5 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de organización y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE SUPRESIÓN

En el apartado 2 del artículo 3, suprimir la palabra «incluso».

MOTIVACIÓN

Por considerarlo conveniente.

En el Palacio de la Aljafería, a 20 de febrero de 2015.

El Portavoz

JOSE LUIS SORO DOMINGO

ENMIENDA NÚM. 18

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA), al amparo de lo establecido en el artículo 123.3 y 5 del Reglamento de las Cortes de Ara-

gón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de organización y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE ADICIÓN

En el artículo 3, añadir un nuevo apartado 2 bis con la siguiente redacción:

«2 bis. Las Cortes de Aragón, con arreglo a lo previsto en su Reglamento, podrán solicitar a la Comisión que informe las proposiciones de ley relativas a las materias previstas en el apartado anterior formuladas por los grupos parlamentarios o por la ciudadanía en el ejercicio de la iniciativa legislativa popular.»

MOTIVACIÓN

Por considerarlo conveniente.

En el Palacio de la Aljafería, a 20 de febrero de 2015.

El Portavoz
JOSE LUIS SORO DOMINGO

ENMIENDA NÚM. 19

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario de Izquierda Unida de Aragón, al amparo de lo establecido en el artículo 123 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de Organización y Funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE MODIFICACIÓN

Se propone modificar el apartado 3 del artículo 3 del Proyecto de Ley,

añadiendo, después de «elevar al Gobierno de Aragón», el siguiente texto: «y trasladar a las Cortes de Aragón».

MOTIVACIÓN

Por considerarlo más oportuno.

En Zaragoza, a 20 de febrero de 2015.

La Portavoz
PATRICIA LUQUIN CABELLO

ENMIENDA NÚM. 20

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA), al amparo de lo establecido en el artículo 123.3 y 5 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de organización y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE SUPRESIÓN

En el apartado 3 del artículo 3 suprimir el siguiente inciso: «ante las nuevas formas de convivencia de la sociedad aragonesa».

MOTIVACIÓN

Por considerarlo conveniente.

En el Palacio de la Aljafería, a 20 de febrero de 2015.

El Portavoz
JOSE LUIS SORO DOMINGO

ENMIENDA NÚM. 21

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA), al amparo de lo establecido en el artículo 123.3 y 5 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de organización y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE SUPRESIÓN

Suprimir el artículo 4.

MOTIVACIÓN

Con arreglo a lo previsto en el artículo 6 del Código Civil, la función de interpretación de la ley corresponde a los tribunales: «La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho».

En el Palacio de la Aljafería, a 20 de febrero de 2015.

El Portavoz
JOSE LUIS SORO DOMINGO

ENMIENDA NÚM. 22

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

Alfredo Valeriano Boné Pueyo, Diputado del Grupo Parlamentario del Partido Aragonés, al amparo de lo establecido en el artículo 123 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formu-

la la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de Organización y Funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE ADICIÓN

En el artículo 4.1, donde dice «A tal efecto», añadir a continuación: «el Justicia de Aragón,».

MOTIVACIÓN

Por considerarlo más conveniente.

Zaragoza, 20 de febrero de 2015.

El Portavoz
ALFREDO BONÉ PUEYO

ENMIENDA NÚM. 23

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario de Izquierda Unida de Aragón, al amparo de lo establecido en el artículo 123 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de Organización y Funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE MODIFICACIÓN

Se propone modificar el apartado 2 del artículo 4 del Proyecto de Ley, suprimiendo «por analogía».

MOTIVACIÓN

Por considerarlo más oportuno.

En Zaragoza, a 20 de febrero de 2015.

La Portavoz
PATRICIA LUQUIN CABELLO

ENMIENDA NÚM. 24

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA), al amparo de lo establecido en el artículo 123.3 y 5 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de organización y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE MODIFICACIÓN

En el apartado 1 del artículo 5, sustituir «impulsando» por «e impulsará».

MOTIVACIÓN

Por considerarlo conveniente.

En el Palacio de la Aljafería, a 20 de febrero de 2015.

El Portavoz
JOSE LUIS SORO DOMINGO

ENMIENDA NÚM. 25

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA), al amparo de lo establecido en el artículo 123.3 y 5 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de organización y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE MODIFICACIÓN

En el apartado 1 del artículo 5, sustituir «los distintos derechos forales o especiales, existentes en el territorio nacional» por «los distintos derechos civiles existentes en España y en otros estados».

MOTIVACIÓN

Por considerarlo conveniente.

En el Palacio de la Aljafería, a 20 de febrero de 2015.

El Portavoz
JOSE LUIS SORO DOMINGO

ENMIENDA NÚM. 26

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA), al amparo de lo establecido en el artículo 123.3 y 5 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de organización y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE ADICIÓN

En artículo 5, añadir un nuevo apartado 2 bis, con la siguiente redacción:

«2 bis. La Comisión desarrollará las actuaciones de divulgación en coordinación y colaboración con las instituciones y administraciones aragonesas, en especial las Cortes de Aragón, El Justicia de Aragón y las entidades locales aragonesas.»

MOTIVACIÓN

Por considerarlo conveniente.

En el Palacio de la Aljafería, a 20 de febrero de 2015.

El Portavoz
JOSE LUIS SORO DOMINGO

ENMIENDA NÚM. 27

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA), al amparo de lo establecido en el artículo 123.3 y 5 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de organización y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE MODIFICACIÓN

Sustituir el título del Título II, «Atribuciones», por «Funciones».

MOTIVACIÓN

Por considerarlo conveniente.

En el Palacio de la Aljafería, a 20 de febrero de 2015.

El Portavoz
JOSE LUIS SORO DOMINGO

ENMIENDA NÚM. 28

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA), al amparo de lo establecido en el artículo 123.3 y 5 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de organización y

funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE MODIFICACIÓN

Dar al artículo 6 la siguiente redacción:

«**Artículo 6.**—*Miembros de la Comisión.*

La Comisión estará compuesta por el presidente y once vocales, que serán nombrados por el Gobierno de Aragón mediante Decreto, a propuesta del Consejero competente en Derecho foral, entre juristas de reconocido prestigio por su labor profesional o investigadora en el campo del Derecho foral aragonés o el Derecho procesal derivado de las particularidades de aquél, de acuerdo con el procedimiento previsto en los artículos siguientes.»

MOTIVACIÓN

Por considerarlo conveniente.

En el Palacio de la Aljafería, a 20 de febrero de 2015.

El Portavoz
JOSE LUIS SORO DOMINGO

ENMIENDA NÚM. 29

A LA MESA DE LA COMISIÓN DE INSTITUCIONAL Y DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario de Izquierda Unida de Aragón, al amparo de lo establecido en el artículo 123 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de Organización y

Funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE MODIFICACIÓN

Se propone modificar el apartado 1 del artículo 6 del Proyecto de Ley, añadiendo al final del mismo el siguiente texto: «a propuesta de los sujetos señalados en el artículo 8 de esta Ley».

MOTIVACIÓN

Por considerarlo más oportuno.

En Zaragoza, a 20 de febrero de 2015.

La Portavoz
PATRICIA LUQUIN CABELLO

ENMIENDA NÚM. 30

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario Socialista, al amparo de lo establecido en el artículo 123 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de organización y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE SUPRESIÓN

Al artículo 6.2. Suprimir lo siguiente: «en el ámbito del Derecho civil foral aragonés».

MOTIVACIÓN

Se considera más adecuado.

Zaragoza, 20 de febrero de 2015.

El Portavoz
JAVIER SADA BELTRÁN

ENMIENDA NÚM. 31

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA), al amparo de lo establecido en el artículo 123.3 y 5 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de organización y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE SUPRESIÓN

En el artículo 7, suprimir la frase inicial: «El Gobierno de Aragón procederá mediante Decreto, al nombramiento de Presidente y vocales para que formen parte de la Comisión».

MOTIVACIÓN

Por considerarlo conveniente.

En el Palacio de la Aljafería, a 20 de febrero de 2015.

El Portavoz
JOSE LUIS SORO DOMINGO

ENMIENDA NÚM. 32

A LA MESA DE LA COMISIÓN DE INSTITUCIONAL Y DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario de Izquierda Unida de Aragón, al amparo de lo establecido en el artículo 123 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de Organización y Funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE MODIFICACIÓN

Se propone modificar el artículo 7 del Proyecto de Ley, añadiendo, después de «nombramiento de Presidente», el siguiente texto: «, conforme a la propuesta elevada por el Pleno de la Comisión,».

MOTIVACIÓN

Por considerarlo más oportuno.

En Zaragoza, a 20 de febrero de 2015.

La Portavoz
PATRICIA LUQUIN CABELLO

ENMIENDA NÚM. 33

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA), al amparo de lo establecido en el artículo 123.3 y 5 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de organización y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE ADICIÓN

En el artículo 7, añadir, a continuación de «El nombramiento...», el siguiente texto: «... de los miembros de la Comisión».

MOTIVACIÓN

Por considerarlo conveniente.

En el Palacio de la Aljafería, a 20 de febrero de 2015.

El Portavoz
JOSE LUIS SORO DOMINGO

ENMIENDA NÚM. 34

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA), al amparo de lo establecido en el artículo 123.3 y 5 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de organización y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE ADICIÓN

En el artículo 7, añadir un nuevo apartado 2, constituyendo el apartado 1 el texto del Proyecto de Ley, con la siguiente redacción:

«2. La Comisión propondrá al Presidente del Gobierno de Aragón el nombramiento de un Presidente de entre sus miembros.»

MOTIVACIÓN

Por considerarlo conveniente.

En el Palacio de la Aljafería, a 20 de febrero de 2015.

El Portavoz
JOSE LUIS SORO DOMINGO

ENMIENDA NÚM. 35

A LA MESA DE LA COMISIÓN DE INSTITUCIONAL Y DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario de Izquierda Unida de Aragón, al amparo de lo establecido en el artículo 123 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de Organización y

Funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE MODIFICACIÓN

Se propone modificar el artículo 8 del Proyecto de Ley, sustituyendo la redacción actual por el siguiente texto:

«**Artículo 8.**—*Propuesta de vocales.*

1. El Gobierno nombrará los vocales que integren la Comisión conforme a las propuestas que le comuniquen las siguientes entidades y organismos:

2 a propuesta de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Aragón

2 a propuesta del Consejo de Colegios de Abogados de Aragón

2 a propuesta del Colegio Notarial de Aragón

1 a propuesta del Decanato autonómico de Aragón del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España

2 a propuesta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza

2 a propuesta de las Cortes de Aragón, elegidos por mayoría de 3/5 de la Cámara

2. El Gobierno de Aragón, cuando vaya a expirar el mandato de la Comisión, se dirigirá a las citadas entidades y organismos para comunicarles la apertura de plazo para presentar propuestas, el cual no podrá ser inferior a un mes ni superior a tres.

3. Cada propuesta deberá acompañarse de una reseña biográfica de la persona que se propone, así como los méritos y los motivos que justifican su postulación.

4. En el caso de que se produzca una vacante, el Gobierno de Aragón lo comunicará a la entidad u organismo proponente, que deberá hacer una propuesta de suplente en el plazo indicado en el apartado segundo de este artículo. De no hacerlo, la propuesta se hará extensiva al resto de entidades y organismos. La persona que ocupe la vacante lo hará por el tiempo que reste para que se cumpla el plazo original de nombramiento.»

MOTIVACIÓN

Por considerarlo más oportuno.

En Zaragoza, a 20 de febrero de 2015.

La Portavoz

PATRICIA LUQUIN CABELLO

ENMIENDA NÚM. 36

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA), al amparo de lo establecido en el artículo 123.3 y 5 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de organización y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE MODIFICACIÓN

En el artículo 8, sustituir el inciso inicial «Podrán proponer el nombra-

miento de vocal» por el siguiente texto: «Podrán proponer un vocal».

MOTIVACIÓN

Por considerarlo conveniente.

En el Palacio de la Aljafería, a 20 de febrero de 2015.

El Portavoz
JOSE LUIS SORO DOMINGO

ENMIENDA NÚM. 37

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario Socialista, al amparo de lo establecido en el artículo 123 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de organización y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE ADICIÓN

Al artículo 8. Añadir la letra f) con el siguiente texto:

«f) Los grupos parlamentarios con representación en las Cortes de Aragón.»

MOTIVACIÓN

Se considera más adecuada.

Zaragoza, 20 de febrero de 2015.

El Portavoz
JAVIER SADA BELTRÁN

ENMIENDA NÚM. 38

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA), al amparo de lo establecido en el artículo 123.3 y 5 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de organización y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE ADICIÓN

Añadir en el artículo 8 una nueva letra f) con la siguiente redacción:

«f) Los grupos parlamentarios de las Cortes de Aragón.»

MOTIVACIÓN

Por considerarlo conveniente.

En el Palacio de la Aljafería, a 20 de febrero de 2015.

El Portavoz
JOSE LUIS SORO DOMINGO

ENMIENDA NÚM. 39

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

Alfredo Valeriano Boné Pueyo, Diputado del Grupo Parlamentario del Partido Aragonés, al amparo de lo establecido en el artículo 123 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de Organización y Funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE ADICIÓN

En el artículo 8, añadir una letra, con el siguiente texto:

«El Justicia de Aragón».

MOTIVACIÓN

Por considerarlo más conveniente.
Zaragoza, 20 de febrero de 2015.

El Portavoz
ALFREDO BONÉ PUEYO

ENMIENDA NÚM. 40

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA), al amparo de lo establecido en el artículo 123.3 y 5 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de organización y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE ADICIÓN

En el artículo 8, añadir un nuevo apartado 2, constituyendo el apartado 1 el texto del Proyecto de Ley, con la siguiente redacción:

«2. El resto, hasta completar el número legal de miembros, será propuesto por el Consejero competente en Derecho foral.»

MOTIVACIÓN

Por considerarlo conveniente.

En el Palacio de la Aljafería, a 20 de febrero de 2015.

El Portavoz
JOSE LUIS SORO DOMINGO

ENMIENDA NÚM. 41

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA), al amparo de lo establecido en el artículo 123.3 y 5 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de organización y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE MODIFICACIÓN

Dar al artículo 9 la siguiente redacción:

«La Comisión Institucional y de Desarrollo Estatutario de las Cortes de Aragón, con carácter previo al nombramiento de los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral, deberá apreciar su condición de jurista de reconocido prestigio en el campo del Derecho foral aragonés o el Derecho procesal derivado de las particularidades de aquel.»

MOTIVACIÓN

Por considerarlo conveniente.

En el Palacio de la Aljafería, a 20 de febrero de 2015.

El Portavoz
JOSE LUIS SORO DOMINGO

ENMIENDA NÚM. 42

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario Socialista, al amparo de lo establecido en el artículo 123 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de organización y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE SUPRESIÓN

Al artículo 9. Suprimir lo siguiente: «en el ámbito del Derecho civil foral aragonés.»

MOTIVACIÓN

Se considera más adecuado.

Zaragoza, 20 de febrero de 2015.

El Portavoz
JAVIER SADA BELTRÁN

ENMIENDA NÚM. 43

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

Alfredo Valeriano Boné Pueyo, Diputado del Grupo Parlamentario del Partido Aragonés, al amparo de lo establecido en el artículo 123 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de Organización y Funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE ADICIÓN

En el artículo 9, añadir un nuevo punto.

2. La Comisión, a través del Departamento a la que esté adscrita, informará periódicamente de su actividad a las Cortes de Aragón, a través de su Comisión Institucional y de Desarrollo Estatutario o de las ponencias especiales que haya creadas, en su caso, de seguimiento del derecho foral aragonés. En todo caso, informará de la Memoria Anual.

MOTIVACIÓN

Por considerarlo más conveniente.

Zaragoza, 20 de febrero de 2015.

El Portavoz
ALFREDO BONÉ PUEYO

ENMIENDA NÚM. 44

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA), al amparo de lo establecido en el artículo 123.3 y 5 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de organización y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE ADICIÓN

Añadir un nuevo artículo 9 bis con la siguiente redacción:

«**Artículo 9 bis.**—*Incompatibilidades.*

Los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral tendrán incompatibilidad con todo mandato representativo y con el desempeño de funciones directivas en partidos políticos, sindicatos y asociaciones empresariales.»

MOTIVACIÓN

Por considerarlo conveniente.

En el Palacio de la Aljafería, a 20 de febrero de 2015.

El Portavoz
JOSE LUIS SORO DOMINGO

ENMIENDA NÚM. 45

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA), al amparo de lo establecido en el artículo 123.3 y 5 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de organización y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE MODIFICACIÓN

Dar al apartado 1 del artículo 10 la siguiente redacción:

«1. El Presidente y los vocales de la Comisión cesarán por las siguientes causas:

- a) Expiración del plazo de su nombramiento.
- b) Renuncia.
- c) Incompatibilidad sobrevvenida de sus funciones.
- d) Incumplimiento grave de sus funciones.
- e) Incapacidad declarada por sentencia firme.
- f) Condena por delito en virtud de sentencia firme.»

MOTIVACIÓN

Por considerarlo conveniente.

En el Palacio de la Aljafería, a 20 de febrero de 2015.

El Portavoz
JOSE LUIS SORO DOMINGO

ENMIENDA NÚM. 46

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA), al amparo de lo establecido en el artículo 123.3 y 5 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de organización y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE MODIFICACIÓN

Dar a la rúbrica del artículo 11 la siguiente redacción: «Pleno, Grupos de Trabajo y ponencias».

MOTIVACIÓN

Por considerarlo conveniente.

En el Palacio de la Aljafería, a 20 de febrero de 2015.

El Portavoz
JOSE LUIS SORO DOMINGO

ENMIENDA NÚM. 47

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA), al amparo de lo establecido en el artículo 123.3 y 5 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de organización y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE SUPRESIÓN

En la letra a) del apartado 12, suprimir el siguiente inciso: «ante los órganos procedentes».

MOTIVACIÓN

Por considerarlo conveniente.

En el Palacio de la Aljafería, a 20 de febrero de 2015.

El Portavoz
JOSE LUIS SORO DOMINGO

ENMIENDA NÚM. 48

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA), al amparo de lo establecido en el artículo 123.3 y 5 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de organización y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE ADICIÓN

En la letra b) del artículo 12, añadir, a continuación de «Convocar y fijar el orden del día de las sesiones...», el siguiente texto: «... del Pleno y los Grupos de trabajo».

MOTIVACIÓN

Por considerarlo conveniente.

En el Palacio de la Aljafería, a 20 de febrero de 2015.

El Portavoz
JOSE LUIS SORO DOMINGO

ENMIENDA NÚM. 49

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA), al amparo de lo establecido en el artículo 123.3 y 5 del Reglamento de las Cortes de Ara-

gón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de organización y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE ADICIÓN

En la letra c) del artículo 12, añadir, a continuación de «Presidir y dirigir las deliberaciones...», el siguiente texto: «... del Pleno y los Grupos de trabajo».

MOTIVACIÓN

Por considerarlo conveniente.

En el Palacio de la Aljafería, a 20 de febrero de 2015.

El Portavoz
JOSE LUIS SORO DOMINGO

ENMIENDA NÚM. 50

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA), al amparo de lo establecido en el artículo 123.3 y 5 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de organización y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE MODIFICACIÓN

En la letra d) del artículo 12, sustituir «Organizar los Grupos de trabajo y la distribución de vocales» por el siguiente texto: «Determinar el objeto de los Grupos de trabajo y nombrar a sus miembros, así como asignar las Ponencias a los miembros de la Comisión».

MOTIVACIÓN

Por considerarlo conveniente.

En el Palacio de la Aljafería, a 20 de febrero de 2015.

El Portavoz

JOSE LUIS SORO DOMINGO

ENMIENDA NÚM. 51

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA), al amparo de lo establecido en el artículo 123.3 y 5 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de organización y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE ADICIÓN

En la letra e) del artículo 12, a continuación de «Dirigir la organización...», añadir la palabra «... administrativa».

MOTIVACIÓN

Por considerarlo conveniente.

En el Palacio de la Aljafería, a 20 de febrero de 2015.

El Portavoz

JOSE LUIS SORO DOMINGO

ENMIENDA NÚM. 52

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA), al amparo de lo

establecido en el artículo 123.3 y 5 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de organización y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE ADICIÓN

En el artículo 12, añadir un nuevo apartado 2, constituyendo el apartado 1 el texto del Proyecto de Ley, con la siguiente redacción:

«2. En caso de vacante, ausencia o enfermedad, el Presidente será sustituido por el miembro de la Comisión que corresponda siguiendo su orden de nombramiento.»

MOTIVACIÓN

Por considerarlo conveniente.

En el Palacio de la Aljafería, a 20 de febrero de 2015.

El Portavoz

JOSE LUIS SORO DOMINGO

ENMIENDA NÚM. 53

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA), al amparo de lo establecido en el artículo 123.3 y 5 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de organización y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE ADICIÓN

En la letra a) del artículo 13, añadir, a continuación de «anteproyectos

de ley sobre Derecho civil foral de Aragón o con trascendencia en él...», el siguiente texto: «..., o sobre Derecho procesal derivado de las particularidades de aquel».

MOTIVACIÓN

Por considerarlo conveniente.

En el Palacio de la Aljafería, a 20 de febrero de 2015.

El Portavoz
JOSE LUIS SORO DOMINGO

ENMIENDA NÚM. 54

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA), al amparo de lo establecido en el artículo 123.3 y 5 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de organización y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE ADICIÓN

En la letra b) del artículo 13, añadir, a continuación de «anteproyectos de ley sobre Derecho civil foral de Aragón o con trascendencia en él...», el siguiente texto: «..., o sobre Derecho procesal derivado de las particularidades de aquel».

MOTIVACIÓN

Por considerarlo conveniente.

En el Palacio de la Aljafería, a 20 de febrero de 2015.

El Portavoz
JOSE LUIS SORO DOMINGO

ENMIENDA NÚM. 55

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA), al amparo de lo establecido en el artículo 123.3 y 5 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de organización y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE ADICIÓN

Añadir una nueva letra b bis) en el artículo 13 con la siguiente redacción:

«b bis) El informe de las proposiciones de ley sobre Derecho civil foral de Aragón o con trascendencia en él, o sobre Derecho procesal derivado de las particularidades de aquel, que las Cortes de Aragón le remitan.»

MOTIVACIÓN

Por considerarlo conveniente.

En el Palacio de la Aljafería, a 20 de febrero de 2015.

El Portavoz
JOSE LUIS SORO DOMINGO

ENMIENDA NÚM. 56

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario de Izquierda Unida de Aragón, al amparo de lo establecido en el artículo 123 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda

al Proyecto de Ley de Organización y Funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE MODIFICACIÓN

Se propone modificar la letra c) artículo 13 del Proyecto de Ley, añadiendo después de «las actividades desarrolladas» el siguiente texto: «, las actas de sus sesiones y los acuerdos adoptados».

MOTIVACIÓN

Por considerarlo más oportuno.

En Zaragoza, a 20 de febrero de 2015.

La Portavoz
PATRICIA LUQUIN CABELLO

ENMIENDA NÚM. 57

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario de Izquierda Unida de Aragón, al amparo de lo establecido en el artículo 123 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de Organización y Funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE MODIFICACIÓN

Se propone modificar la letra c) artículo 13 del Proyecto de Ley, añadiendo al final de la misma el siguiente texto: «y a las Cortes de Aragón».

MOTIVACIÓN

Por considerarlo más oportuno.

En Zaragoza, a 20 de febrero de 2015.

La Portavoz
PATRICIA LUQUIN CABELLO

ENMIENDA NÚM. 58

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA), al amparo de lo establecido en el artículo 123.3 y 5 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de organización y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE MODIFICACIÓN

Dar a la letra d) del artículo 13 la siguiente redacción:

«d) En general, el asesoramiento, estudio y propuesta al Gobierno de Aragón en todas aquellas cuestiones que no hayan sido expresamente delegadas en un Grupo de Trabajo.»

MOTIVACIÓN

Por considerarlo conveniente.

En el Palacio de la Aljafería, a 20 de febrero de 2015.

El Portavoz
JOSE LUIS SORO DOMINGO

ENMIENDA NÚM. 59

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario de Izquierda Unida de Aragón, al amparo de lo establecido en el artículo 123 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de Organización y Funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE MODIFICACIÓN

Se propone el artículo 13 del Proyecto de Ley, añadiendo una letra nueva con el siguiente texto: «Elegir de entre sus miembros y proponer al Gobierno de Aragón a la persona que deba ejercer la Presidencia de la Comisión».

MOTIVACIÓN

Por considerarlo más oportuno.

En Zaragoza, a 20 de febrero de 2015.

La Portavoz
PATRICIA LUQUIN CABELLO

ENMIENDA NÚM. 60

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA), al amparo de lo establecido en el artículo 123.3 y 5 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de organización y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE SUPRESIÓN

Suprimir el artículo 14.

MOTIVACIÓN

Por considerarlo conveniente.

En el Palacio de la Aljafería, a 20 de febrero de 2015.

El Portavoz
JOSE LUIS SORO DOMINGO

ENMIENDA NÚM. 61

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA), al amparo de lo establecido en el artículo 123.3 y 5 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de organización y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE MODIFICACIÓN

Dar al apartado 1 del artículo 15 la siguiente redacción:

«1. La Secretaría del Consejo Consultivo será desempeñada por un funcionario de la Escala de Letrados de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Comunidad Autónoma designado por el Gobierno.»

MOTIVACIÓN

Por considerarlo conveniente.

En el Palacio de la Aljafería, a 20 de febrero de 2015.

El Portavoz
JOSE LUIS SORO DOMINGO

ENMIENDA NÚM. 62

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA), al amparo de lo establecido en el artículo 123.3 y 5 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de organización y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE MODIFICACIÓN

En el apartado 2 del artículo 15, sustituir «Le corresponde:» por «Son funciones del Secretario:».

MOTIVACIÓN

Por considerarlo conveniente.

En el Palacio de la Aljafería, a 20 de febrero de 2015.

El Portavoz
JOSE LUIS SORO DOMINGO

ENMIENDA NÚM. 63

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA), al amparo de lo establecido en el artículo 123.3 y 5 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de organización y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE SUPRESIÓN

En la letra a) del apartado 2 del artículo 15, suprimir el siguiente inciso: «a iniciativa del Presidente»,.

MOTIVACIÓN

Por considerarlo conveniente.

En el Palacio de la Aljafería, a 20 de febrero de 2015.

El Portavoz
JOSE LUIS SORO DOMINGO

ENMIENDA NÚM. 64

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA), al amparo de lo establecido en el artículo 123.3 y 5 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de organización y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE SUPRESIÓN

Suprimir el apartado 3 del artículo 15.

MOTIVACIÓN

Por considerarlo conveniente.

En el Palacio de la Aljafería, a 20 de febrero de 2015.

El Portavoz
JOSE LUIS SORO DOMINGO

ENMIENDA NÚM. 65

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA), al amparo de lo establecido en el artículo 123.3 y 5 del Reglamento de las Cortes de Ara-

gón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de organización y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE SUPRESIÓN

Suprimir el apartado 4 del artículo 15.

MOTIVACIÓN

Por considerarlo conveniente.

En el Palacio de la Aljafería, a 20 de febrero de 2015.

El Portavoz
JOSE LUIS SORO DOMINGO

ENMIENDA NÚM. 66

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA), al amparo de lo establecido en el artículo 123.3 y 5 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de organización y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE ADICIÓN

En el apartado 1 del artículo 16, añadir, a continuación de «Las reuniones...», las siguientes palabras: «... del Pleno».

MOTIVACIÓN

Por considerarlo conveniente.

En el Palacio de la Aljafería, a 20 de febrero de 2015.

El Portavoz
JOSE LUIS SORO DOMINGO

ENMIENDA NÚM. 67

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA), al amparo de lo establecido en el artículo 123.3 y 5 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de organización y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE MODIFICACIÓN

En el apartado 1 del artículo 16, sustituir en la última frase el inciso «convocarse la Comisión» por «convocarse el Pleno».

MOTIVACIÓN

Por considerarlo conveniente.

En el Palacio de la Aljafería, a 20 de febrero de 2015.

El Portavoz
JOSE LUIS SORO DOMINGO

ENMIENDA NÚM. 68

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA), al amparo de lo establecido en el artículo 123.3 y 5 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de organización y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE MODIFICACIÓN

Dar al apartado 2 del artículo 16 la siguiente redacción:

«2. Para la válida constitución del Pleno, se requerirá la presencia del Presidente, o quien le sustituya, y de un número de vocales que, junto con el anterior, constituyan, al menos, las dos terceras partes del número total de miembros de la Comisión.»

MOTIVACIÓN

Por considerarlo conveniente.

En el Palacio de la Aljafería, a 20 de febrero de 2015.

El Portavoz
JOSE LUIS SORO DOMINGO

ENMIENDA NÚM. 69

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario de Izquierda Unida de Aragón, al amparo de lo establecido en el artículo 123 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de Organización y Funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE MODIFICACIÓN

Se propone modificar el apartado 1 del artículo 17 del Proyecto de Ley, añadiendo al final del mismo el siguiente texto: «el cual deberá constar en la Memoria anual junto con el acuerdo al que se refiere».

MOTIVACIÓN

Por considerarlo más oportuno.

En Zaragoza, a 20 de febrero de 2015.

La Portavoz
PATRICIA LUQUIN CABELLO

ENMIENDA NÚM. 70

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA), al amparo de lo establecido en el artículo 123.3 y 5 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de organización y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE ADICIÓN

Añadir una nueva disposición adicional con la siguiente redacción:

«**Disposición adicional única.**— *Términos genéricos.*

Las menciones genéricas en masculino que aparecen en el articulado de la presente Ley se entenderán referidas también a su correspondiente femenino.»

MOTIVACIÓN

Por considerarlo conveniente.

En el Palacio de la Aljafería, a 20 de febrero de 2015.

El Portavoz
JOSE LUIS SORO DOMINGO

ENMIENDA NÚM. 71

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

Alfredo Valeriano Boné Pueyo, Diputado del Grupo Parlamentario del Partido Aragonés, al amparo de lo establecido en el artículo 123 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de Organización y Funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE ADICIÓN

Añadir una Disposición Adicional, con el siguiente texto:

Disposición adicional primera.—
Términos genéricos.

Las menciones genéricas en masculino que aparecen en el articulado de la presente ley se entenderán también referidas a su correspondiente femenino.

MOTIVACIÓN

Por considerarlo más conveniente.

Zaragoza, 20 de febrero de 2015.

El Portavoz
ALFREDO BONÉ PUEYO

ENMIENDA NÚM. 72

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

El Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA), al amparo de lo establecido en el artículo 123.3 y 5

del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de organización y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE MODIFICACIÓN

Dar a la disposición transitoria única la siguiente redacción:

«El Presidente y los vocales de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral deberán ser nombrados y tomar posesión de su cargo en el plazo de tres meses a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, momento en el que se entenderá constituida la misma y la Comisión Aragonesa de Derecho Civil dejará de ejercer sus funciones.»

MOTIVACIÓN

Por considerarlo conveniente.

En el Palacio de la Aljafería, a 20 de febrero de 2015.

El Portavoz
JOSE LUIS SORO DOMINGO

ENMIENDA NÚM. 73

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

Alfredo Valeriano Boné Pueyo, Diputado del Grupo Parlamentario del Partido Aragonés, al amparo de lo establecido en el artículo 123 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de Organización y Funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE MODIFICACIÓN

En Exposición de motivos, sustituir el primer párrafo por:

La Constitución Española de 1978 distribuye las competencias exclusivas y compartidas entre la Administración central y las Comunidades Autónomas, poniendo en relación la autonomía política y la autonomía jurídica con la historia y la supervivencia de los derechos forales.

MOTIVACIÓN

Por considerarlo más conveniente.
Zaragoza, 20 de febrero de 2015.

El Portavoz
ALFREDO BONÉ PUEYO

ENMIENDA NÚM. 74

A LA MESA DE LA COMISIÓN INSTITUCIONAL Y DE DESARROLLO ESTATUTARIO:

Alfredo Valeriano Boné Pueyo, Diputado del Grupo Parlamentario del Partido Aragonés, al amparo de lo establecido en el artículo 123 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Pro-

yecto de Ley de Organización y Funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral.

ENMIENDA DE MODIFICACIÓN

En la Exposición de motivos, en el tercer párrafo, sustituir «Correlativamente, el vigente Estatuto de Autonomía de Aragón considera que es de su competencia exclusiva la conservación,...» por el siguiente texto:

«Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón, señala en el artículo 1.3 que «la Comunidad Autónoma de Aragón, dentro del sistema constitucional español, ostenta por su historia una identidad propia en virtud de sus instituciones tradicionales, el Derecho Foral y su cultura». El Estatuto de Autonomía reconoce que es de competencia exclusiva de la Comunidad la conservación,...».

MOTIVACIÓN

Por considerarlo más conveniente.
Zaragoza, 20 de febrero de 2015.

El Portavoz
ALFREDO BONÉ PUEYO

B) Proposición no de Ley núm. 45/15, sobre la solicitud de un informe a la Comisión Aragonesa de Derecho Civil con relación a la prestación del consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo

(BOCA Núm. 320. VIII Legislatura)

**PRESIDENCIA DE LAS CORTES DE
ARAGÓN**

La Mesa de las Cortes de Aragón, en sesión celebrada el día 4 de marzo de 2015, ha admitido a trámite la Proposición no de Ley núm. 45/15, sobre la solicitud de un informe a la Comisión Aragonesa de Derecho Civil con relación a la prestación del consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo, presentada por el G.P. Chunta Aragonesista, y ha acordado su tramitación ante el Pleno, en virtud de la voluntad manifestada por el Grupo Parlamentario proponente.

De conformidad con lo establecido en el artículo 201.3 del Reglamento de la Cámara, las señoras y señores Diputados y los Grupos Parlamentarios podrán presentar enmiendas a esta Proposición no de Ley hasta veinticuatro horas antes de la hora fijada para el comienzo de la sesión en que haya de debatirse.

Se ordena su publicación en el Boletín Oficial de las Cortes de Aragón, de conformidad con lo establecido en el artículo 201.1 del Reglamento de la Cámara.

Zaragoza, 4 de marzo de 2015.

El Presidente de las Cortes
JOSÉ ÁNGEL BIEL RIVERA

**A LA MESA DE LAS CORTES DE
ARAGÓN:**

José Luis Soro Domingo, Portavoz del Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA), de conformidad con lo establecido en los artículos 200 y siguientes del Reglamento de las Cortes de Aragón, presenta la siguiente Proposición no de Ley relativa a la solicitud de un informe a la Comisión Aragonesa de Derecho Civil con relación a la prestación del consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo, para su tramitación ante el Pleno de las Cortes.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El 18 de febrero de 2015 el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso registró una Proposición de Ley Orgánica «para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo», que fue publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, serie B, número 219-1, de 27 de febrero de 2015.

La citada Proposición de Ley Orgánica consta únicamente de dos artículos, además de tres disposiciones finales, que introducen modificacio-

nes, respectivamente, en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, y en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Por lo que se refiere a la Ley Orgánica 2/2010, la modificación consiste en suprimir el apartado cuatro del artículo 13, que queda sin contenido. En la actualidad, el tenor literal del citado precepto, procedente de la reforma operada por Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, es el siguiente:

Cuarto. En el caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad.

Al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas en esas edades deberá ser informado de la decisión de la mujer.

Se prescindirá de esta información cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo.

En cuanto a la Ley 41/2002, se modifica el apartado 4 del artículo 9,

añadiéndole un segundo párrafo, de modo que queda con la siguiente redacción:

4. La práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rige por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.

Para la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad o personas con capacidad modificada judicialmente será preciso, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales. En este caso, los conflictos que surjan en cuanto a la prestación del consentimiento por parte de los representantes legales, se resolverán de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil.

Esta regulación, en el caso de ser finalmente aprobada por las Cortes Generales, no será de aplicación a las mujeres aragonesas, puesto que la competencia para regular la prestación del consentimiento para el aborto, que es una materia civil, corresponde a las Cortes de Aragón, al amparo de la competencia exclusiva sobre conservación, modificación y desarrollo del Derecho foral aragonés prevista en el artículo 71.2ª del Estatuto de Autonomía de Aragón.

Los antecedentes parlamentarios refuerzan esta afirmación. Así, el Proyecto de Ley de Derecho de la Persona, redactado por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil y publicado en el Boletín Oficial de las Cortes de Aragón número 212, de 2 de mayo de 2006, contenía un artículo específico relativo a la prestación del consenti-

miento para el aborto. Su tenor literal era el siguiente:

Artículo 5.—*Interrupción voluntaria del embarazo.*

1. En los casos permitidos por la ley, la interrupción voluntaria del embarazo de la menor que tenga suficiente juicio sólo requiere su consentimiento.

2. Si no tiene suficiente juicio, dicha interrupción sólo será posible cuando lo exija el interés de la menor, apreciado conjuntamente por los titulares de la autoridad familiar o el tutor y, subsidiariamente, por el Juez.

3. Si la embarazada es una persona mayor de edad no incapacitada que no está en condiciones de decidir por sí misma, dicha interrupción requiere siempre autorización judicial.

La Exposición de Motivos del Proyecto de Ley, redactado igualmente por la citada Comisión, justificaba tal precepto aludiendo incluso a doctrina del Tribunal Constitucional. Se afirmaba lo siguiente:

Un problema singular y delicado presenta el consentimiento para la interrupción del embarazo de la menor en los casos permitidos por la ley. Ha parecido conveniente una norma que llene el vacío existente que se puso de manifiesto en la Sentencia del TC 53/1985, de 11 de abril, según la cual «en cuanto a la forma de prestar consentimiento la menor o incapacitada, podrá aplicarse la regulación establecida por el derecho positivo, sin perjuicio de que el legislador pueda valorar si la normativa existente es la adecuada desde la

perspectiva de la norma penal cuestionada». Este vacío debe ser colmado por el legislador civil competente, el aragonés en este caso, al regular la mayoría y la minoría de edad, regulación a la que, por otra parte, se remite, aunque con poco correcta dicción, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre autonomía del paciente. El criterio decisivo recogido en el artículo 5 es el juicio suficiente de la menor o incapacitada, de modo que, si lo tiene, sólo se requiere su consentimiento. Si no lo tiene, la interrupción del embarazo (siempre en los casos permitidos por la ley, cuyo alcance en modo alguno se pretende -ni se podría- modificar ni condicionar) sólo será posible cuando lo exija el interés de la menor, apreciado conjuntamente por los titulares de la autoridad familiar -los padres, en la inmensa mayor parte de los casos- o el tutor o, subsidiariamente, por el Juez. Cuando la embarazada sea mayor de edad no incapacitada pero carente del suficiente juicio (que se le presume, como a todo mayor de catorce años), la interrupción del embarazo requerirá siempre autorización judicial. Se entiende que si la mayor de edad embarazada está incapacitada judicialmente habrá de atenderse, en primer lugar, a lo que disponga la sentencia de incapacitación.

Así pues, la Comisión Aragonesa de Derecho Civil afirmaba taxativamente en el Proyecto de Ley de referencia, con fundamento en doctrina del Tribunal Constitucional, que el legislador competente para regular el consentimiento para la interrupción del embarazo de las menores de edad o incapacitadas (así como las mayores que no estén en condiciones de deci-

dir), en los casos permitidos por la ley, es el aragonés: las Cortes de Aragón.

Ese precepto del Proyecto de Ley de Derecho de la Persona no llegó a convertirse en Ley, puesto que los Grupos Parlamentarios Socialista, Popular y del Partido Aragonés formularon, conjuntamente, una enmienda de supresión del mismo. Esa enmienda fue aprobada por la Ponencia, con los votos a favor de los tres Grupos enmendantes y el voto en contra del Grupo Parlamentario de Chunta Aragonesista y la Agrupación Parlamentaria Izquierda Unida de Aragón (G.P. Mixto). Por ello, la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona (actualmente refundida en el Código del Derecho Foral de Aragón aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón) no contiene norma semejante.

Sin embargo, uno de los grupos que registraron la citada enmienda, el Grupo Parlamentario del Partido Aragonés, presentó, en octubre de 2009, una Proposición de Ley de la capacidad civil de la menor aragonesa en los supuestos legales de interrupción voluntaria del embarazo, que refuerza la tesis de que la competencia para legislar sobre el consentimiento para el aborto corresponde a las Cortes de Aragón. Esta Proposición de Ley, que no llegó a tramitarse por cuanto caducó al transcurrir la VII Legislatura, constaba de un solo artículo con la siguiente redacción:

Artículo único.—*Normas de capacidad de las menores ante la interrupción voluntaria del embarazo.*

La interrupción voluntaria del embarazo de la menor de edad aragonesa requerirá su consentimiento y la asistencia de uno cualquiera de sus padres que esté en ejercicio de la autoridad familiar o, en su defecto, del tutor. Subsidiariamente la menor podrá solicitar la asistencia al Juez en garantía del ejercicio razonado de su derecho a la libertad personal y de su interés.

Hay que concluir, por tanto, que la competencia para legislar sobre las normas civiles que determinen la forma de prestación del consentimiento de las mujeres menores edad, así como de aquellas con capacidad modificada judicialmente, corresponde a las Cortes de Aragón, y no a las Cortes Generales y, en consecuencia, si la Proposición de Ley Orgánica registrada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados llegara a aprobarse como Ley, no sería de aplicación a las mujeres que gocen de la vecindad civil aragonesa.

Por todo ello, mediante la presente iniciativa se propone que la Comisión Aragonesa de Derecho Civil emita un dictamen al respecto. La citada Comisión, regulada en el Decreto 10/1996, de 20 de febrero, es un órgano consultivo del Gobierno de Aragón que tiene por objeto asesorarle en el ejercicio de sus competencias de conservación, modificación y desarrollo del Derecho foral aragonés. Entre sus funciones, y conforme al artículo 2.e) del citado Decreto, se encuentra la de «emitir cuantos informes le sean solicitados por los órganos competentes de la Diputación

General de Aragón, en materia de Derecho Civil Aragonés».

PROPOSICIÓN NO DE LEY

Las Cortes de Aragón instan al Gobierno de Aragón a que solicite a la Comisión Aragonesa de Derecho Civil un informe en el que determine si la competencia para legislar sobre la prestación del consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo, en los casos permitidos por la ley, por parte de mujeres menores de edad o con capacidad modificada judicialmente, o mujeres mayores sujetas a tutela o curatela o que no estén en condiciones de prestar su consentimiento, corresponde a la Comunidad Autónoma de Aragón, en virtud

de la competencia exclusiva sobre conservación, modificación y desarrollo del Derecho foral aragonés prevista en el artículo 71.2ª del Estatuto de Autonomía o, por el contrario, corresponde al Estado, y, en consecuencia, concluya si las previsiones al respecto contenidas en la Proposición de Ley Orgánica registrada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados el día 18 de febrero de 2015, en el caso de que llegue a aprobarse como Ley, serán o no de aplicación a las mujeres con vecindad civil aragonesa.

En el Palacio de la Aljafería, a 2 de marzo de 2015.

El Portavoz
JOSÉ LUIS SORO DOMINGO

C) Aprobación por el Pleno de las Cortes de Aragón de la proposición no de Ley Núm. 45/15, Sobre la solicitud de un informe a la Comisión Aragonesa de Derecho Civil con relación a la prestación del consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo

(BOCA Núm. 324. VIII Legislatura)

El Pleno de las Cortes de Aragón, en sesión celebrada los días 12 y 13 de marzo de 2015, con motivo del debate de la Proposición no de Ley núm. 45/15, sobre la solicitud de un informe a la Comisión Aragonesa de Derecho Civil con relación a la prestación del consentimiento para la interrup-

ción voluntaria del embarazo, ha acordado lo siguiente:

«Las Cortes de Aragón instan al Gobierno de Aragón a que solicite a la Comisión Aragonesa de Derecho Civil un informe en el que determine si la competencia para legislar sobre la prestación del consentimiento para

la interrupción voluntaria del embarazo, en los casos permitidos por la ley, por parte de mujeres menores de edad o con capacidad modificada judicialmente, o mujeres mayores sujetas a tutela o curatela o que no estén en condiciones de prestar su consentimiento, corresponde a la Comunidad Autónoma de Aragón, en virtud de la competencia exclusiva sobre conservación, modificación y desarrollo del Derecho foral aragonés prevista en el artículo 71.2.^a del Estatuto de Autonomía o, por el contrario, corresponde al Estado, y, en consecuencia, manifieste si la normativa estatal vigente al respecto o las previsiones

contenidas en la Proposición de Ley Orgánica registrada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados el día 18 de febrero de 2015, en el caso de que llegue a aprobarse, son o no de aplicación a las mujeres con vecindad civil aragonesa.»

Se ordena su publicación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 111.1 del Reglamento de la Cámara.

Zaragoza, 12 de marzo de 2015.

El Presidente de las Cortes
JOSÉ ÁNGEL BIEL RIVERA

D) Tramitación de la modificación de la Ley 2/2016, de 28 de enero, de Medidas fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón en relación al procedimiento de declaración de la Comunidad Autónoma de Aragón como heredera legal

1. Se transcriben las enmiendas relacionadas con la Sucesión legal de la Comunidad autónoma de Aragón prevista en el art. 33 de dicha Ley

(BOCA Núm. 43. IX Legislatura. Enmiendas 88 a 93.)

ENMIENDA NÚM. 88

A LA MESA DE LA COMISIÓN DE HACIENDA, PRESUPUESTOS Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA:

El Grupo Parlamentario Socialista, al amparo de lo establecido en el artículo 123.3 y 5 del Reglamento de las

Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón.

ENMIENDA DE MODIFICACIÓN

Sustituir el apartado 1 del artículo 26, que modifica el Texto refundido

de la Ley de Patrimonio de Aragón, por el siguiente:

«1. El apartado 4 del artículo 20 queda redactado como sigue:

“4. La sucesión legal de la Administración de la Comunidad Autónoma se regirá por lo dispuesto en el Código del Derecho Foral de Aragón, la presente Ley y la normativa básica estatal en materia de patrimonio.

Cuando a falta de otros herederos legales con arreglo al Derecho foral aragonés sea llamada a suceder la Administración de la Comunidad Autónoma, corresponderá a esta Administración efectuar en vía administrativa la declaración de su condición de heredero legal, una vez justificado debidamente el fallecimiento de la persona de cuya sucesión se trate, la procedencia de la apertura de la sucesión legal y constatada la ausencia de otros herederos legales.”»

MOTIVACIÓN

Se considera más adecuado.

Zaragoza, 13 de enero de 2016.

El Portavoz
JAVIER SADA BELTRÁN

ENMIENDA NÚM. 89

A LA MESA DE LA COMISIÓN DE HACIENDA, PRESUPUESTOS Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA:

El Grupo Parlamentario Socialista, al amparo de lo establecido en el artículo 123.3 y 5 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón.

ENMIENDA DE MODIFICACIÓN

En los apartados 2 y 3 del artículo 26, que modifica la el Texto refundido de la Ley de Patrimonio de Aragón, sustituir «heredera abintestato» por «heredera legal» (expresión contenida en el apartado 2 en la denominación del artículo 20 bis, y en los apartados 1, 7, 8 de dicho artículo, y en el apartado 3 en la denominación del artículo 20 ter y en los apartados 1 y 3 del mencionado artículo).

MOTIVACIÓN

Se considera más adecuado.

Zaragoza, 13 de enero de 2016.

El Portavoz
JAVIER SADA BELTRÁN

ENMIENDA NÚM. 90

A LA MESA DE LA COMISIÓN DE HACIENDA, PRESUPUESTOS Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA:

El Grupo Parlamentario Popular, al amparo de lo establecido en el artículo 123 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón.

ENMIENDA DE ADICIÓN

Al artículo 26. Punto 2. Al apartado 5 del nuevo artículo 20 bis, párrafo primero.

Añadir al final del mismo lo siguiente:

«A su vez se comunicará directamente a los arrendatarios y arrendadores conocidos y manifiestos del

causante, así como a los titulares de derechos reales sobre los bienes del finado.»

MOTIVACIÓN

Para una mayor seguridad jurídica, en consonancia con la actual regulación.

Zaragoza, 13 de enero de 2016.

El Portavoz
ROBERTO BERMÚDEZ
DE CASTRO MUR

ENMIENDA NÚM. 91

A LA MESA DE LA COMISIÓN DE HACIENDA, PRESUPUESTOS Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA:

El Grupo Parlamentario Socialista, al amparo de lo establecido en el artículo 123.3 y 5 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón.

ENMIENDA DE SUPRESIÓN

En el apartado 2 del artículo 26, que añade un artículo 20 bis al Texto refundido de la Ley de Patrimonio de Aragón, y a su vez, en el apartado 8, suprimir «de» tras «adjudicación administrativa de los».

MOTIVACIÓN

Se considera más adecuado.

Zaragoza, 13 de enero de 2016.

El Portavoz
JAVIER SADA BELTRÁN

ENMIENDA NÚM. 92

A LA MESA DE LA COMISIÓN DE HACIENDA, PRESUPUESTOS Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA:

El Grupo Parlamentario Socialista, al amparo de lo establecido en el artículo 123.3 y 5 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón.

ENMIENDA DE MODIFICACIÓN

En el apartado 3 del artículo 26, que añade un artículo 20 ter al Texto refundido de la Ley de Patrimonio de Aragón, y a su vez, en el apartado 1, sustituir «que supondrá la aceptación de la herencia a beneficio de inventario,» por «se entenderá aceptada la herencia y».

MOTIVACIÓN

Se considera más adecuado.

Zaragoza, 13 de enero de 2016.

El Portavoz
JAVIER SADA BELTRÁN

ENMIENDA NÚM. 93

A LA MESA DE LA COMISIÓN DE HACIENDA, PRESUPUESTOS Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA:

El Grupo Parlamentario Socialista, al amparo de lo establecido en el artículo 123.3 y 5 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula la siguiente enmienda al Proyecto de Ley de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón.

ENMIENDA DE ADICIÓN

En el apartado 3 del artículo 26, que añade un artículo 20 ter al Texto refundido de la Ley de Patrimonio de Aragón, y a su vez, en el apartado 7, añadir «al Código del Derecho Foral de Aragón» tras «se realizará conforme».

MOTIVACIÓN

Se considera más adecuado.

Zaragoza, 13 de enero de 2016.

El Portavoz

JAVIER SADA BELTRÁN

2. Se transcribe la parte del informe de la ponencia referido a la sucesión legal de la Comunidad Autónoma de Aragón

(BOCA Núm. 46. IX Legislatura)

Artículo 26.—*Modificación del Texto Refundido de la Ley de Patrimonio de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 4/2013, de 17 de diciembre, del Gobierno de Aragón.*

El Texto Refundido de la Ley de Patrimonio de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 4/2013, de 17 de diciembre, del Gobierno de Aragón, se modifica en los siguientes términos:

Uno. El apartado 4 del artículo 20 queda redactado como sigue:

«4. La sucesión **legal** de la Administración de la Comunidad Autónoma se regirá por lo dispuesto en el Código de Derecho Foral de Aragón, la presente ley [**palabras suprimidas por la Ponencia**] y la normativa básica estatal en materia de patrimonio.

Cuando a falta de otros herederos **legales** con arreglo al Derecho foral aragonés sea llamada a suceder la Administración de la Comunidad Autónoma, corresponderá a esta Ad-

ministración efectuar en vía administrativa la declaración de su condición de heredero **legal**, una vez justificado debidamente el fallecimiento de la persona de cuya sucesión se trate, la procedencia de la apertura de la sucesión **legal** y constatada la ausencia de otros herederos **legales**.

Dos. Se añade un nuevo artículo 20 bis, con la siguiente redacción:

«Artículo 20 bis. Procedimiento para la declaración de la Administración de la Comunidad Autónoma como heredera legal.

1. El procedimiento para la declaración de la Administración como heredera **legal** se iniciará de oficio, por el Departamento competente en materia de patrimonio, ya sea por propia iniciativa o por denuncia de particulares, o por comunicación de autoridades o funcionarios públicos.

2. Las autoridades y funcionarios de todas las Administraciones Públi-

cas que, por cualquier conducto, tengan conocimiento del fallecimiento de alguna persona, cuya sucesión legal se pueda deferir a favor de la Comunidad Autónoma de Aragón, están obligados a dar cuenta del fallecimiento al Departamento competente en materia de patrimonio, con indicación expresa, en el caso de que se conozca, de la existencia de los bienes y derechos integrantes del caudal relicto.

3. La incoación del procedimiento se aprobará mediante Orden del Consejero competente en materia de patrimonio.

4. El expediente será instruido por la Dirección General competente en materia de patrimonio que, en caso de que considere que la tramitación del expediente no corresponde a la Administración de la Comunidad Autónoma, dará traslado del mismo a la Administración General del Estado, o a la que resulte competente según la vecindad civil del causante.

5. La Orden de incoación del procedimiento se publicará en el *Boletín Oficial de Aragón* y en la página web del Gobierno de Aragón, sin perjuicio de la posibilidad de utilizar otros medios adicionales de difusión. Una copia de la Orden será remitida para su publicación en los tablon es de anuncios de los Ayuntamientos correspondientes al último domicilio del causante, al del lugar del fallecimiento y donde radiquen la mayor parte de sus bienes. Los edictos deberán estar expuestos durante el plazo de un mes. **A su vez, se comunicará directamente a los arrendatarios y arrendadores conocidos y manifiestos del causante, así como a los titula-**

res de derechos reales sobre los bienes del finado.

Cualquier interesado podrá presentar alegaciones o aportar documentos u otros elementos de juicio con anterioridad a la resolución del procedimiento.

6. La Dirección General competente en materia de patrimonio realizará los actos y comprobaciones que resulten necesarios para determinar la procedencia de los derechos sucesorios de la Administración de la Comunidad Autónoma, e incluirá en el expediente cuantos datos pueda obtener sobre el causante y sus bienes y derechos.

A estos efectos, se solicitará de las autoridades y funcionarios públicos, registros y demás archivos públicos, la información sobre el causante y los bienes y derechos de su titularidad que se estime necesaria para la mejor instrucción del expediente. Dicha información, de acuerdo con lo establecido en el artículo 67, será facilitada de forma gratuita.

7. Una vez recabados los datos sobre el causante y sus bienes y derechos, se someterá el expediente, junto con la propuesta de Decreto de resolución del procedimiento, a los Letrados de los Servicios Jurídicos para la emisión de informe sobre la adecuación y suficiencia de las actuaciones practicadas para declarar a la Administración de la Comunidad Autónoma como heredera **legal**.

8. La resolución del procedimiento corresponde al Gobierno de Aragón, mediante la aprobación de Decreto, en el que se acuerde la declaración de heredera **legal** a favor

de la Administración de la Comunidad Autónoma, en la que se contendrá la adjudicación administrativa de los **[palabra suprimida por la Ponencia]** bienes y derechos de la herencia, o la improcedencia de dicha declaración por los motivos que resulten acreditados en el expediente.

El plazo máximo para la resolución del procedimiento será de un año.

9. El Decreto de resolución del procedimiento deberá publicarse en los mismos sitios en los que se hubiera anunciado el acuerdo de incoación del expediente y comunicarse, en su caso, al órgano judicial que estuviere conociendo de la intervención del caudal hereditario. La resolución que declare la improcedencia de declarar heredera a la Administración deberá, además, notificarse a las personas con derecho a heredar.

10. Los actos administrativos dictados en el procedimiento previsto en este artículo sólo podrán ser recurridos ante la jurisdicción contencioso-administrativa por infracción de las normas sobre competencia y procedimiento, previo agotamiento de la vía administrativa. Quienes se consideren perjudicados en cuanto a su mejor derecho a la herencia u otros de carácter civil por la declaración de heredero **legal** o la adjudicación de bienes a favor de la Administración podrán ejercitar las acciones pertinentes ante los órganos del orden jurisdiccional civil, previa reclamación en vía administrativa conforme a la normativa reguladora del procedimiento administrativo común.»

Tres. Se añade un nuevo artículo 20 ter, con la siguiente redacción:

«Artículo 20 ter. Efectos de la declaración de heredera **legal**.

1. Realizada la declaración administrativa de heredera **legal**, **se entenderá aceptada la herencia** y se podrá proceder a tomar posesión de los bienes y derechos del causante

2. En el supuesto de que quede acreditado en el procedimiento que el valor de las deudas del causante es superior al valor de los bienes o derechos a heredar por la Administración de la Comunidad Autónoma, mediante acuerdo del Gobierno de Aragón y previo informe de la Dirección General de Servicios Jurídicos, se aprobará la repudiación de la herencia con los efectos previstos en la legislación civil.

3. Los bienes y derechos del causante no incluidos en el inventario y que se identifiquen con posterioridad a la declaración de la Administración de la Comunidad Autónoma como heredera **legal** y a la adjudicación de los bienes y derechos hereditarios, se incorporarán al caudal hereditario y se adjudicarán por Orden del Consejero competente en materia de patrimonio y mediante el procedimiento de investigación regulado en el artículo 77.

No obstante, en los casos en que el derecho de propiedad del causante constase en registros públicos o sistemas de anotaciones en cuenta, o derivase de la titularidad de cuentas bancarias, títulos valores, depósitos y, en general, en cualesquiera supuestos en los que su derecho sea indubitado por estar asentado en una titularidad

formal, la incorporación de los bienes se realizará por Resolución de la Dirección General competente en materia de patrimonio.

4. A los efectos de estas actuaciones de investigación, las autoridades y funcionarios, registros y demás archivos públicos, deberán suministrar gratuitamente la información de que dispongan sobre los bienes y derechos de titularidad del causante. Igual obligación de colaborar y suministrar la información de que dispongan tendrán los órganos de la Administración tributaria.

5. A los efectos previstos en los artículos 14 y 16 de la Ley Hipotecaria, la declaración administrativa de heredero **legal** en la que se contenga la adjudicación de los bienes hereditarios, o, en su caso, las resoluciones posteriores de la Dirección General competente en materia de patrimonio acordando la incorporación de bienes y derechos al caudal relicto y

su adjudicación, serán título suficiente para inscribir a favor de la Administración de la Comunidad Autónoma en el Registro de la Propiedad los inmuebles o derechos reales que figuren en las mismas a nombre del causante. Si los inmuebles o derechos reales no estuviesen previamente inscritos, dicho título será bastante para proceder a su inmatriculación.

6. No se derivarán responsabilidades para la Administración de la Comunidad Autónoma por razón de la titularidad de los bienes y derechos integrantes del caudal hereditario hasta el momento en que se tome posesión efectiva de los mismos.

7. La liquidación del caudal hereditario y su distribución a favor de establecimientos de asistencia social de la Comunidad Autónoma se realizará conforme al **Código de Derecho Foral de Aragón**, a la presente ley y a su normativa reglamentaria de desarrollo.»

3. Transcripción del dictamen de la comisión en la parte que afecta a la sucesión legal de la Comunidad Autónoma de Aragón

(BOCA Núm. 49. IX Legislatura)

PRESIDENCIA DE LAS CORTES DE ARAGÓN

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 111.1 del Reglamento de la Cámara, se ordena la publicación en el Boletín Oficial de las Cortes de Aragón del Dictamen emitido por la Comisión de Hacienda, Presu-

puestos y Administración Pública sobre el Proyecto de Ley de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Zaragoza, 26 de enero de 2016.

El Presidente de las Cortes
ANTONIO JOSÉ COSCULLUELA BERGUA

La Comisión de Hacienda, Presupuestos y Administración Pública, a la vista del Informe emitido por la Ponencia que ha examinado el Proyecto de Ley aludido y, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 133 del Reglamento de la Cámara, tiene el honor de elevar al Excmo. Sr. Presidente de las Cortes de Aragón el siguiente

DICTAMEN

Proyecto de Ley de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón

El Texto Refundido de la Ley de Patrimonio de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 4/2013, de 17 de diciembre, del Gobierno de Aragón, se modifica en los siguientes términos:

Uno. El apartado 4 del artículo 20 queda redactado como sigue:

«4. La sucesión legal de la Administración de la Comunidad Autónoma se regirá por lo dispuesto en el Código de Derecho Foral de Aragón, la presente ley [palabras suprimidas por la Ponencia] y la normativa básica estatal en materia de patrimonio.

Cuando a falta de otros herederos legales con arreglo al Derecho foral aragonés sea llamada a suceder la Administración de la Comunidad Autónoma, corresponderá a esta Administración efectuar en vía administrativa la declaración de su condición de heredero legal, una vez justificado debidamente el fallecimiento de la persona de cuya sucesión se trate, la procedencia de la apertura de la sucesión legal y constatada la ausencia de otros herederos legales.»

Dos. Se añade un nuevo artículo 20 bis, con la siguiente redacción:

«**Artículo 20 bis.**—*Procedimiento para la declaración de la Administración de la Comunidad Autónoma como heredera legal.*

1. El procedimiento para la declaración de la Administración como heredera legal se iniciará de oficio, por el Departamento competente en materia de patrimonio, ya sea por propia iniciativa o por denuncia de particulares, o por comunicación de autoridades o funcionarios públicos.

2. Las autoridades y funcionarios de todas las Administraciones Públicas que, por cualquier conducto, tengan conocimiento del fallecimiento de alguna persona, cuya sucesión legal se pueda deferir a favor de la Comunidad Autónoma de Aragón, están obligados a dar cuenta del fallecimiento al Departamento competente en materia de patrimonio, con indicación expresa, en el caso de que se conozca, de la existencia de los bienes y derechos integrantes del caudal relicto.

3. La incoación del procedimiento se aprobará mediante Orden del Consejero competente en materia de patrimonio.

4. El expediente será instruido por la Dirección General competente en materia de patrimonio que, en caso de que considere que la tramitación del expediente no corresponde a la Administración de la Comunidad Autónoma, dará traslado del mismo a la Administración General del Estado, o a la que resulte competente según la vecindad civil del causante.

5. La Orden de incoación del procedimiento se publicará en el Boletín Oficial de Aragón y en la página web del Gobierno de Aragón, sin perjuicio de la posibilidad de utilizar otros medios adicionales de difusión. Una copia de la Orden será remitida para su publicación en los tabloneros de anuncios de los Ayuntamientos correspondientes al último domicilio del causante, al del lugar del fallecimiento y donde radiquen la mayor parte de sus bienes. Los edictos deberán estar expuestos durante el plazo de un mes. A su vez, se comunicará directamente a los arrendatarios y arrendadores conocidos y manifiestos del causante, así como a los titulares de derechos reales sobre los bienes del finado.

Cualquier interesado podrá presentar alegaciones o aportar documentos u otros elementos de juicio con anterioridad a la resolución del procedimiento.

6. La Dirección General competente en materia de patrimonio realizará los actos y comprobaciones que resulten necesarios para determinar la procedencia de los derechos sucesorios de la Administración de la Comunidad Autónoma, e incluirá en el expediente cuantos datos pueda obtener sobre el causante y sus bienes y derechos.

A estos efectos, se solicitará de las autoridades y funcionarios públicos, registros y demás archivos públicos, la información sobre el causante y los bienes y derechos de su titularidad que se estime necesaria para la mejor instrucción del expediente. Dicha información, de acuerdo con lo estable-

cido en el artículo 67, será facilitada de forma gratuita.

7. Una vez recabados los datos sobre el causante y sus bienes y derechos, se someterá el expediente, junto con la propuesta de Decreto de resolución del procedimiento, a los Letrados de los Servicios Jurídicos para la emisión de informe sobre la adecuación y suficiencia de las actuaciones practicadas para declarar a la Administración de la Comunidad Autónoma como heredera legal.

8. La resolución del procedimiento corresponde al Gobierno de Aragón, mediante la aprobación de Decreto, en el que se acuerde la declaración de heredera legal a favor de la Administración de la Comunidad Autónoma, en la que se contendrá la adjudicación administrativa de los [palabra suprimida por la Ponencia] bienes y derechos de la herencia, o la improcedencia de dicha declaración por los motivos que resulten acreditados en el expediente.

El plazo máximo para la resolución del procedimiento será de un año.

9. El Decreto de resolución del procedimiento deberá publicarse en los mismos sitios en los que se hubiera anunciado el acuerdo de incoación del expediente y comunicarse, en su caso, al órgano judicial que estuviese conociendo de la intervención del caudal hereditario. La resolución que declare la improcedencia de declarar heredera a la Administración deberá, además, notificarse a las personas con derecho a heredar.

10. Los actos administrativos dictados en el procedimiento previsto en

este artículo sólo podrán ser recurridos ante la jurisdicción contencioso-administrativa por infracción de las normas sobre competencia y procedimiento, previo agotamiento de la vía administrativa. Quienes se consideren perjudicados en cuanto a su mejor derecho a la herencia u otros de carácter civil por la declaración de heredero legal o la adjudicación de bienes a favor de la Administración podrán ejercitar las acciones pertinentes ante los órganos del orden jurisdiccional civil, previa reclamación en vía administrativa conforme a la normativa reguladora del procedimiento administrativo común.»

Tres.—Se añade un nuevo artículo 20 ter, con la siguiente redacción:

«Artículo 20 ter.—*Efectos de la declaración de heredero legal.*

1. Realizada la declaración administrativa de heredero legal, se entenderá aceptada la herencia y se podrá proceder a tomar posesión de los bienes y derechos del causante

2. En el supuesto de que quede acreditado en el procedimiento que el valor de las deudas del causante es superior al valor de los bienes o derechos a heredar por la Administración de la Comunidad Autónoma, mediante acuerdo del Gobierno de Aragón y previo informe de la Dirección General de Servicios Jurídicos, se aprobará la repudiación de la herencia con los efectos previstos en la legislación civil.

3. Los bienes y derechos del causante no incluidos en el inventario y que se identifiquen con posterioridad a la declaración de la Administración de la Comunidad Autónoma como

heredero legal y a la adjudicación de los bienes y derechos hereditarios, se incorporarán al caudal hereditario y se adjudicarán por Orden del Consejero competente en materia de patrimonio y mediante el procedimiento de investigación regulado en el artículo 77.

No obstante, en los casos en que el derecho de propiedad del causante constase en registros públicos o sistemas de anotaciones en cuenta, o derivase de la titularidad de cuentas bancarias, títulos valores, depósitos y, en general, en cualesquiera supuestos en los que su derecho sea indubitado por estar asentado en una titularidad formal, la incorporación de los bienes se realizará por Resolución de la Dirección General competente en materia de patrimonio.

4. A los efectos de estas actuaciones de investigación, las autoridades y funcionarios, registros y demás archivos públicos, deberán suministrar gratuitamente la información de que dispongan sobre los bienes y derechos de titularidad del causante. Igual obligación de colaborar y suministrar la información de que dispongan tendrán los órganos de la Administración tributaria.

5. A los efectos previstos en los artículos 14 y 16 de la Ley Hipotecaria, la declaración administrativa de heredero legal en la que se contenga la adjudicación de los bienes hereditarios, o, en su caso, las resoluciones posteriores de la Dirección General competente en materia de patrimonio acordando la incorporación de bienes y derechos al caudal relicto y su adjudicación, serán título suficiente para inscribir a favor de la

Administración de la Comunidad Autónoma en el Registro de la Propiedad los inmuebles o derechos reales que figurasen en las mismas a nombre del causante. Si los inmuebles o derechos reales no estuviesen previamente inscritos, dicho título será bastante para proceder a su inmatriculación.

6. No se derivarán responsabilidades para la Administración de la Comunidad Autónoma por razón de la

titularidad de los bienes y derechos integrantes del caudal hereditario hasta el momento en que se tome posesión efectiva de los mismos.

7. La liquidación del caudal hereditario y su distribución a favor de establecimientos de asistencia social de la Comunidad Autónoma se realizará conforme al Código de Derecho Foral de Aragón, a la presente ley y a su normativa reglamentaria de desarrollo.

4. Transcripción del Pleno en lo que afecta a la sucesión de la Comunidad Autónoma de Aragón

(BOCA Núm. 50. IX Legislatura)

PRESIDENCIA DE LAS CORTES DE ARAGÓN

El Pleno de las Cortes de Aragón, en sesión celebrada el día 28 de enero de 2016, ha aprobado el Proyecto de Ley de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón, con el texto que se inserta a continuación.

Se ordena su publicación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 111.1 del Reglamento de la Cámara.

Zaragoza, 28 de enero de 2016.

El Presidente de las Cortes
ANTONIO JOSÉ COSCULLUELA
BERGUA

Ley de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón

Artículo 33.—*Modificación del Texto Refundido de la Ley de Patrimonio de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 4/2013, de 17 de diciembre, del Gobierno de Aragón.*

El Texto Refundido de la Ley de Patrimonio de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 4/2013, de 17 de diciembre, del Gobierno de Aragón, se modifica en los siguientes términos:

Uno. El apartado 4 del artículo 20 queda redactado como sigue:

«4. La sucesión legal de la Administración de la Comunidad Autóno-

ma se regirá por lo dispuesto en el Código de Derecho Foral de Aragón, la presente ley y la normativa básica estatal en materia de patrimonio.

Cuando a falta de otros herederos legales con arreglo al Derecho foral aragonés sea llamada a suceder la Administración de la Comunidad Autónoma, corresponderá a esta Administración efectuar en vía administrativa la declaración de su condición de heredero legal, una vez justificado debidamente el fallecimiento de la persona de cuya sucesión se trate, la procedencia de la apertura de la sucesión legal y constatada la ausencia de otros herederos legales.»

Dos. Se añade un nuevo artículo 20 bis, con la siguiente redacción:

«Artículo 20 bis.—*Procedimiento para la declaración de la Administración de la Comunidad Autónoma como heredera legal.*

1. El procedimiento para la declaración de la Administración como heredera legal se iniciará de oficio, por el Departamento competente en materia de patrimonio, ya sea por propia iniciativa o por denuncia de particulares, o por comunicación de autoridades o funcionarios públicos.

2. Las autoridades y funcionarios de todas las Administraciones públicas que, por cualquier conducto, tengan conocimiento del fallecimiento de alguna persona, cuya sucesión legal se pueda deferir a favor de la Comunidad Autónoma de Aragón, están obligados a dar cuenta del fallecimiento al Departamento competente en materia de patrimonio, con indicación expresa, en el caso de que se conozca, de la existencia de los bie-

nes y derechos integrantes del caudal relicto.

3. La incoación del procedimiento se aprobará mediante Orden del Consejero competente en materia de patrimonio.

4. El expediente será instruido por la Dirección General competente en materia de patrimonio que, en caso de que considere que la tramitación del expediente no corresponde a la Administración de la Comunidad Autónoma, dará traslado del mismo a la Administración General del Estado o a la que resulte competente según la vecindad civil del causante.

5. La Orden de incoación del procedimiento se publicará en el Boletín Oficial de Aragón y en la página web del Gobierno de Aragón, sin perjuicio de la posibilidad de utilizar otros medios adicionales de difusión. Una copia de la Orden será remitida para su publicación en los tablones de anuncios de los Ayuntamientos correspondientes al último domicilio del causante, al del lugar del fallecimiento y donde radiquen la mayor parte de sus bienes. Los edictos deberán estar expuestos durante el plazo de un mes. A su vez, se comunicará directamente a los arrendatarios y arrendadores conocidos y manifiestos del causante, así como a los titulares de derechos reales sobre los bienes del finado.

Cualquier interesado podrá presentar alegaciones o aportar documentos u otros elementos de juicio con anterioridad a la resolución del procedimiento.

6. La Dirección General competente en materia de patrimonio reali-

zará los actos y comprobaciones que resulten necesarios para determinar la procedencia de los derechos sucesorios de la Administración de la Comunidad Autónoma, e incluirá en el expediente cuantos datos pueda obtener sobre el causante y sus bienes y derechos.

A estos efectos, se solicitará de las autoridades y funcionarios públicos, registros y demás archivos públicos, la información sobre el causante y los bienes y derechos de su titularidad que se estime necesaria para la mejor instrucción del expediente. Dicha información, de acuerdo con lo establecido en el artículo 67, será facilitada de forma gratuita.

7. Una vez recabados los datos sobre el causante y sus bienes y derechos, se someterá el expediente, junto con la propuesta de Decreto de resolución del procedimiento, a los Letrados de los Servicios Jurídicos para la emisión de informe sobre la adecuación y suficiencia de las actuaciones practicadas para declarar a la Administración de la Comunidad Autónoma como heredera legal.

8. La resolución del procedimiento corresponde al Gobierno de Aragón, mediante la aprobación del Decreto en el que se acuerde la declaración de heredera legal a favor de la Administración de la Comunidad Autónoma, que contendrá la adjudicación administrativa de los bienes y derechos de la herencia, o la improcedencia de dicha declaración por los motivos que resulten acreditados en el expediente.

El plazo máximo para la resolución del procedimiento será de un año.

9. El Decreto de resolución del procedimiento deberá publicarse en los mismos sitios en los que se hubiera anunciado el acuerdo de incoación del expediente y comunicarse, en su caso, al órgano judicial que estuviese conociendo de la intervención del caudal hereditario. La resolución que declare la improcedencia de declarar heredera a la Administración deberá, además, notificarse a las personas con derecho a heredar.

10. Los actos administrativos dictados en el procedimiento previsto en este artículo solo podrán ser recurridos ante la jurisdicción contencioso-administrativa por infracción de las normas sobre competencia y procedimiento, previo agotamiento de la vía administrativa. Quienes se consideren perjudicados en cuanto a su mejor derecho a la herencia u otros de carácter civil por la declaración de heredero legal o la adjudicación de bienes a favor de la Administración podrán ejercitar las acciones pertinentes ante los órganos del orden jurisdiccional civil, previa reclamación en vía administrativa conforme a la normativa reguladora del procedimiento administrativo común.»

Tres. Se añade un nuevo artículo 20 ter, con la siguiente redacción:

«**Artículo 20 ter.**—*Efectos de la declaración de heredera legal.*

1. Realizada la declaración administrativa de heredera legal, se entenderá aceptada la herencia y se podrá proceder a tomar posesión de los bienes y derechos del causante

2. En el supuesto de que quede acreditado en el procedimiento que el valor de las deudas del causante es superior al valor de los bienes o derechos a heredar por la Administración de la Comunidad Autónoma, mediante acuerdo del Gobierno de Aragón y previo informe de la Dirección General de Servicios Jurídicos, se aprobará la repudiación de la herencia con los efectos previstos en la legislación civil.

3. Los bienes y derechos del causante no incluidos en el inventario y que se identifiquen con posterioridad a la declaración de la Administración de la Comunidad Autónoma como heredera legal y a la adjudicación de los bienes y derechos hereditarios, se incorporarán al caudal hereditario y se adjudicarán por Orden del Consejero competente en materia de patrimonio y mediante el procedimiento de investigación regulado en el artículo 77.

No obstante, en los casos en que el derecho de propiedad del causante constase en registros públicos o sistemas de anotaciones en cuenta, o derivase de la titularidad de cuentas bancarias, títulos valores, depósitos y, en general, en cualesquiera supuestos en los que su derecho sea indubitado por estar asentado en una titularidad formal, la incorporación de los bienes se realizará por Resolución de la Dirección General competente en materia de patrimonio.

4. A los efectos de estas actuaciones de investigación, las autoridades y funcionarios, registros y demás archivos públicos, deberán suministrar

gratuitamente la información de que dispongan sobre los bienes y derechos de titularidad del causante. Igual obligación de colaborar y suministrar la información de que dispongan tendrán los órganos de la Administración tributaria.

5. A los efectos previstos en los artículos 14 y 16 de la Ley Hipotecaria, la declaración administrativa de heredero legal en la que se contenga la adjudicación de los bienes hereditarios o, en su caso, las resoluciones posteriores de la Dirección General competente en materia de patrimonio acordando la incorporación de bienes y derechos al caudal relicto y su adjudicación, serán título suficiente para inscribir a favor de la Administración de la Comunidad Autónoma en el Registro de la Propiedad los inmuebles o derechos reales que figuren en las mismas a nombre del causante. Si los inmuebles o derechos reales no estuviesen previamente inscritos, dicho título será bastante para proceder a su inmatriculación.

6. No se derivarán responsabilidades para la Administración de la Comunidad Autónoma por razón de la titularidad de los bienes y derechos integrantes del caudal hereditario hasta el momento en que se tome posesión efectiva de los mismos.

7. La liquidación del caudal hereditario y su distribución a favor de establecimientos de asistencia social de la Comunidad Autónoma se realizará conforme al Código de Derecho Foral de Aragón, a la presente ley y a su normativa reglamentaria de desarrollo.»

E) Tramitación de la modificación de los arts. 535 Y 536 del Código del Derecho Foral de Aragón

1. Proyecto de Ley de Reforma de los arts. 535 y 536 del Código del Derecho Foral de Aragón

(BOCA Núm. 45, IX Legislatura)

PRESIDENCIA DE LAS CORTES DE ARAGÓN

La Mesa de las Cortes de Aragón, en sesión celebrada el día 13 de enero de 2016, ha admitido a trámite el Proyecto de Ley de reforma de los artículos 535 y 536 del Código del Derecho Foral de Aragón.

Asimismo, y de conformidad con lo establecido en el artículo 153.1 del Reglamento de la Cámara, la Mesa, de acuerdo con la Junta de Portavoces, en sesión conjunta celebrada el día 20 de enero de 2016, ha acordado la tramitación de este Proyecto de Ley directamente y en lectura única.

Se ordena su publicación en el Boletín Oficial de las Cortes de Aragón, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 122.2 del Reglamento de la Cámara.

Zaragoza, 20 de enero de 2016.

El Presidente de las Cortes
ANTONIO JOSÉ COSCULLUELA BERGUA

Proyecto de Ley de reforma de los artículos 535 y 536 del Código del Derecho Foral de Aragón

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La Ley estatal 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción voluntaria,

mediante su Disposición Final octava, da nueva redacción al apartado 6 del art. 20 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, según la cual cuando «sea llamada la Administración General del Estado o las Comunidades Autónomas, corresponderá a la Administración llamada a suceder en cada caso efectuar en vía administrativa la declaración de su condición de heredero abintestato». Este es el caso de la Comunidad Autónoma de Aragón, llamada a suceder legalmente de acuerdo con el art. 535 del Código del Derecho foral de Aragón en defecto de parientes y de cónyuge. Asimismo, en el apartado cinco de la citada disposición final octava de la ley 15/2015 se añade una Disposición Adicional vigésima tercera a la Ley 33/2003, sobre sucesión abintestato del Hospital de Nuestra Señora de Gracia de Zaragoza, que dispone que «la declaración como heredero abintestato del Hospital de Nuestra Señora de Gracia de Zaragoza se realizará por la Diputación General de Aragón».

La nueva regulación estatal no afecta para nada al Derecho civil sustantivo aragonés, que es el que regula la sucesión legal a favor de la Comunidad Autónoma o el Privilegio del

Hospital de Nuestra Señora de Gracia. Por otra parte, no parece necesaria una regulación aragonesa específica sobre el aspecto accesorio de la tramitación de la declaración de herederos legales, que hallaría fundamento en el artículo 149.1-6.^a CE y el artículo 71-3.^a EAA. En consecuencia, puesto que son aplicables las normas estatales mencionadas y los procedimientos previstos en la Ley de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad autónoma de Aragón, que modifica en su artículo 26 diversos preceptos del Texto refundido de la Ley del Patrimonio de Aragón, resulta oportuno modificar ligeramente la redacción de los artículos 535 y 536 del CDFA, a los solos efectos de la mayor claridad textual y seguridad en su aplicación.

Artículo único.—*Modificación de los artículos 535 y 536 del Código del Derecho Foral de Aragón.*

Uno. El artículo 535 del Código del Derecho civil de Aragón queda redactado de la forma siguiente:

«**Artículo 535.**—*Sucesión a favor de la Comunidad Autónoma.*

1. En defecto de las personas legalmente llamadas a la sucesión conforme a las reglas anteriores, sucede la Comunidad Autónoma.

2. Previa declaración 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.»

Dos. El artículo 536 del Código del Derecho Civil de Aragón queda redactado de la forma siguiente:

«**Artículo 536.**—*Privilegio del Hospital de Nuestra Señora de Gracia.*

1. En los supuestos del artículo anterior, el Hospital de Nuestra Señora de Gracia será llamado, con preferencia, a la sucesión legal de los enfermos que fallezcan en él o en establecimientos dependientes.

2. Previa declaración de herederos, la Diputación General de Aragón destinará los bienes heredados o el producto de su enajenación a la mejora de las instalaciones y condiciones de asistencia del Hospital.»

Disposición final.—*Entrada en vigor.*

La presente Ley entrará en vigor el mismo día de su publicación en el Boletín Oficial de Aragón.

2. Aprobación por el Pleno de las Cortes de Aragón del Proyecto de Ley de Reforma de los arts. 535 y 536 del Código del Derecho Foral de Aragón

(BOCA Núm. 52 IX Legislatura)

PRESIDENCIA DE LAS CORTES DE ARAGÓN

El Pleno de las Cortes de Aragón, en sesión celebrada los días 4 y 5 de febrero de 2016, ha aprobado el Proyecto de Ley de reforma de los artículos 535 y 536 del Código del Derecho Foral de Aragón, con el texto que se inserta a continuación.

Se ordena su publicación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 111.1 del Reglamento de la Cámara.

Zaragoza, 4 de febrero de 2016.

El Presidente de las Cortes
ANTONIO JOSÉ COSCULLUELA
BERGUA

Ley de reforma de los artículos 535 y 536 del Código del Derecho Foral de Aragón

PREÁMBULO

La Ley estatal 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción voluntaria, mediante su disposición final octava, da nueva redacción al apartado 6 del artículo 20 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, según la cual cuando «sea llamada la Administración General del Estado o las Comu-

nidades Autónomas, corresponderá a la Administración llamada a suceder en cada caso efectuar en vía administrativa la declaración de su condición de heredero abintestato». Este es el caso de la Comunidad Autónoma de Aragón, llamada a suceder legalmente de acuerdo con el artículo 535 del Código del Derecho Foral de Aragón en defecto de parientes y de cónyuge. Asimismo, en el apartado cinco de la citada disposición final octava de la Ley 15/2015 se añade una disposición adicional vigésima tercera a la Ley 33/2003, sobre sucesión abintestato del Hospital de Nuestra Señora de Gracia de Zaragoza, que dispone que «la declaración como heredero abintestato del Hospital de Nuestra Señora de Gracia de Zaragoza se realizará por la Diputación General de Aragón».

La nueva regulación estatal no afecta para nada al Derecho civil sustantivo aragonés, que es el que regula la sucesión legal a favor de la Comunidad Autónoma o el Privilegio del Hospital de Nuestra Señora de Gracia. Por otra parte, no parece necesaria una regulación aragonesa específica sobre el aspecto accesorio de la tramitación de la declaración de herederos legales, que hallaría fundamento en el artículo 149.1-6.^a de la

Constitución Española y el artículo 71-3.^a del Estatuto de Autonomía de Aragón.

En consecuencia, puesto que son aplicables las normas estatales mencionadas y los procedimientos previstos en la Ley de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón, que modifica en su artículo 26 diversos preceptos del texto refundido de la Ley del Patrimonio de Aragón, resulta oportuno modificar ligeramente la redacción de los artículos 535 y 536 del Código de Derecho Foral de Aragón, a los solos efectos de la mayor claridad textual y seguridad en su aplicación.

Artículo único.—*Modificación de los artículos 535 y 536 del Código del Derecho Foral de Aragón.*

Uno. El artículo 535 del Código del Derecho Foral de Aragón queda redactado de la forma siguiente:

«Artículo 535.—*Sucesión a favor de la Comunidad Autónoma.*

1. En defecto de las personas legalmente llamadas a la sucesión conforme a las reglas anteriores, sucede la Comunidad Autónoma.

2. Previa declaración 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.»

Dos. El artículo 536 del Código del Derecho Foral de Aragón queda redactado de la forma siguiente:

«Artículo 536.—*Privilegio del Hospital de Nuestra Señora de Gracia.*

1. En los supuestos del artículo anterior, el Hospital de Nuestra Señora de Gracia será llamado, con preferencia, a la sucesión legal de los enfermos que fallezcan en él o en establecimientos dependientes.

2. Previa declaración de herederos, la Diputación General de Aragón destinará los bienes heredados o el producto de su enajenación a la mejora de las instalaciones y condiciones de asistencia del Hospital.»

Disposición final.—*Entrada en vigor.*

La presente Ley entrará en vigor el mismo día de su publicación en el Boletín Oficial de Aragón.

D. INFORMES SOLICITADOS POR LA COMISIÓN DE SEGUIMIENTO DEL DERECHO FORAL

(Proposición no de Ley núm. 192/12, sobre la creación de una ponencia especial de seguimiento del Derecho Foral publicada en la RDCA-2013)

a) *Tribunal Superior de Justicia de Aragón*

El Tribunal Superior de Justicia de Aragón, informa a la Comisión a través del envío de las siguientes sentencias, que reseñamos a continuación.

- Alimentos

Sentencia 3; 12.05.2010
Sentencia 11; 30.11.2011
Sentencia 15; 30.12.2011
Sentencia 10; 21.03.2012
Sentencia 16; 16.04.2012
Sentencia 20 (2); 09.05.2012
Sentencia 23; 04.07.2012
Sentencia 33; 17.10.2012
Sentencia 4; 05.02.2013
Sentencia 24; 17.06.2013

- Asignación compensatoria

Sentencia 12; 26.02.2013
Sentencia 27; 01.07.2013
Auto 220313; 22.03.2013

- Custodia

Sentencia 24; 05.07.2012

Sentencia 30; 28.09.2012

Sentencia 32; 16.10.2012

Sentencia 41; 19.12.2012

Sentencia 15; 11.03.2013

Sentencia 20; 29.04.2013

Sentencia 28; 02.07.2013

Sentencia 31; 10.07.2013

Sentencia 33; 12.07.2013

- Derecho administrativo

Sentencia 428.13; 12.07.2013

Sentencia 774.12; 21.12.2012

- Derecho patrimonial (Servidumbres)

Sentencia 5; 06.02.2013

- Desamparo de menores

Sentencia 14; 23.12.2011

- Procesal

Auto 50413; 05.04.2013

Auto 100910; 10.09.2010

Sentencia 27; 01.07.2013

b) *Informe de la Fiscalía de la Comunidad Autónoma de Aragón*

APLICACIÓN DEL DERECHO FORAL ARAGONÉS, ESPECIALMENTE EN EL ÁMBITO DE LOS MENORES

1. Custodia compartida: correcta regulación, y no parece oportuno su modificación; mucho más cuando varias CCAA también ya la han regulado; y el Estado ya está manejando borradores en tal sentido.

La institución de la custodia compartida, introducida en el ordenamiento jurídico aragonés por la Ley 2/2010, 26 mayo «de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres», ley pionera en España, puede decirse que funciona bien en su aplicación práctica, y que ha supuesto un importante revulsivo en el Derecho de Familia aragonés para implementar el principio de igualdad en las relaciones posruptura de los progenitores con hijos menores comunes a cargo (Exposición Motivos CDFA, punto 10).

En la actualidad aparece regulada la custodia compartida en el fundamental artículo 80 del Código de Derecho Foral Aragonés (CDFA), aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, 22 marzo, precepto estrella en la jurisprudencia del TSJAr de los últimos años.

El Tribunal Superior de Justicia de Aragón (TSJAr) en el año 2012 ha dictado unas 22 sentencias relacionadas con la custodia compartida; y en el presente año llevamos unas 14 sentencias.

Aproximadamente en torno al 24% de parejas en crisis familiar se sigue la custodia compartida (1,6% menos que en Cataluña).

La última jurisprudencia del TSJAr viene a alzaprimar los informes del ET (psicólogos y trabajadores sociales del Juzgado de Familia) y partiendo de la presunción legal de la custodia compartida solo se consideraría mejor para el menor la custodia individual (normalmente a favor de la madre) que dichos informes periciales dictaminasen que los progenitores (señaladamente el padre) no tiene actitud y aptitud para ejercer la autoridad familiar, ello a pesar de la voluntad disconforme del hijo menor.

EN TAL SENTIDO LA RECIENTE STSJA 34/2013, 18 JULIO, DONDE SE reconoce la custodia compartida (casando la sentencia de la AP), a pesar de la voluntad manifestada de los dos hijos menores de seguir con la custodia individual a favor de la madre:

«... 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 faculta-

des 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 COFA– obrantes en autos, y la opinión de los hijos menores, cuando tengan suficiente juicio –art. 80.2 c) COFA–. Por último, el Tribunal que acuerde apartarse del sistema preferentemente establecido por el legislador debe razonar suficientemente la decisión adoptada».

Además, se ha expresado: «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» –sentencia de 18 de abril de 2012, n° 17/2012, (recurso 31/2011), y sentencia de 27 de

noviembre de 2012– junto al resultado del informe pericial psicológico, del que resulta la plena aptitud y capacidad de los progenitores, se aprecia que la Sala valora de forma preponderante la opinión de los menores de 10 y 9 años de edad, por entender que la misma se ha expresado con suficiente juicio, pese a no alcanzar los 12 años, y que en sus manifestaciones, vertidas después de iniciada la aplicación del régimen de custodia compartida acordado en la primera instancia, no se atisba influencia alguna.

El derecho de los menores a expresar su opinión figura reconocido, entre otros preceptos, en los artículos 6, 76.4 y 80.2.c) del COFA, así como en el art. 9 de la Ley Orgánica 1/ 1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y en el art. 12 de la Convención de los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, precepto este último que impone el deber de garantizar al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de su edad y madurez.

Respecto a la importancia de la opinión del menor, esta Sala ha tenido oportunidad de destacar que la misma 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 CDFA] –STSJA de 24 de julio de 2012–; se trata de 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 –STSJA de 19 de octubre de 2012–; la opinión de una menor de 10 años de edad madura, reflexiva y sensible, que ha mostrado una clara preferencia a la estancia con su madre, [constituye] un dato a tener en cuenta, juntamente con el resto de las pruebas –STSJA de 1 de febrero de 2012–; en otras resoluciones se han tenido en cuenta las razones expuestas por el menor para justificar su preferencia o los motivos de rechazo de un tipo de custodia –en este sentido, STSJA de 19 de octubre de 2012–; finalmente, a mayor madurez, mayor relevancia de la opinión expresada por el menor, especialmente de los mayores de 14 años –así se analiza en las sentencias de 16 de octubre de 2012 y 12 de marzo de 2013, entre otras–.

Con similar criterio, en la reciente STSJA de 10 de julio de 2013 y respecto a la opinión de una menor de 10 años de edad, se razonó que no cabía concluir que la misma pudiese reunir la necesaria presencia de conocimiento exhaustivo de las distintas circunstancias a tener en cuenta para valorar hasta qué punto puede serle perjudicial uno y otro régimen de custodia, ya que el ámbito de conocimiento de una niña, por mucha madurez que tenga, no es aceptable que alcance a ponderar más allá de lo que su corta formación y experiencia vital le permite llegar a conocer. Por ello, aun siendo relevante su opinión, especialmente en cuanto pueda aportar datos de importancia, no es, en cambio, de admitir que su proceso intelectual, en el doble aspecto cognoscitivo y volitivo, pueda tener tanta

certeza como para admitirlo sin las necesarias matizaciones y valoración que corresponde finalmente hacer, en todo supuesto de menores de edad, a los encargados de asegurar su mejor atención y cuidado –y en el mismo sentido se pronuncia, respecto a una menor de 11 años de edad en el momento de la exploración, la STSJA de 12 de julio de 2013–.

Así las cosas, procede reconsiderar la consecuencia jurídica que la sentencia apelada extrae de la aplicación a los hechos del art. 80.2 CDFA, porque el desplazamiento del criterio preferente de la custodia compartida se realiza con apoyo, fundamentalmente, en la opinión de dos menores de corta edad –10 y 9 años–, cuyo criterio, expresado incluso de manera distinta en cada una de las instancias en el caso del hermano menor, debe ser valorado con cautela, aunque se sustente la conclusión en el hecho de haber sido manifestada durante un periodo de aplicación del régimen de custodia compartida.

En efecto, la escasa edad y madurez de los menores no permite atribuir a su criterio el carácter determinante que se le otorga en la instancia, a falta de razones adicionales, expresadas por ellos o resultantes de las restantes pruebas, que así lo aconsejen. Y tampoco el hecho de que circunstancialmente expusieran su preferencia por la custodia individual durante una estancia con el padre aconseja necesariamente la modificación de la medida de custodia compartida, porque no constan razones para rechazar una medida personal que precisa de una inevitable adaptación a un sistema previsto en su pro-

pio interés y destinado a facilitar unas relaciones continuadas con sus dos progenitores en una situación de ruptura del matrimonio de los padres que trastoca todo el régimen antiguo de convivencia al que estaban habituados .

El criterio legal es la adopción de la custodia compartida si los padres, como aquí acontece, reúnen condiciones y aptitudes suficientes para asegurar la estabilidad y cuidado de los hijos, porque dicha custodia es la que, en principio, mejor satisface el interés de los menores.

En este sentido, el informe psico-social resulta ciertamente concluyente acerca de la expresada aptitud de los progenitores para afrontar la estabilidad y cuidado de los hijos –art. 80.2.d) CDFA–, y de las buenas condiciones y recursos personales y familiares que ambos poseen para afrontar la educación y cuidado de los menores –art. 80.2.e) CDFA–, lo que conduce a la psicóloga a recomendar una custodia compartida por cursos escolares. A ello cabe añadir el hecho de que la custodia compartida facilitará también la relación de los menores con su hermana de vínculo sencillo, nacida el 30 de marzo de 2009 de un segundo matrimonio del padre.

En atención a lo expuesto, hay que concluir que no se han expresado razones concluyentes para justificar el desplazamiento del tipo de custodia preferente acordada en la primera instancia, dados los diferentes factores que conforme al art. 80.2 CDFA, y a partir del propio relato fáctico de la sentencia de apelación, deben ser objeto de ponderación para concluir que la custodia indivi-

dual resulta en este caso más conveniente para el interés de los hijos menores».

2. Régimen de Custodia y Mediación Familiar: necesidad de desarrollo normativo de la ley 9/2011, 24 marzo, de mediación familiar en Aragón para dar más operatividad y recorrido a dicha Institución.

En Aragón se echa de menos una mayor presencia de la Mediación Familiar para solucionar estos conflictos intersubjetivos de progenitores con hijos menores a cargo.

Los expertos en Derecho de Familia destacan que las soluciones heterocompositivas (juez imparcial que impone la solución: custodia compartida, custodia individual) siempre resultan más traumáticas para las familias (y sobre todo los hijos menores) que una solución auto-compositiva con intervención de la mediación intrajudicial.

En definitiva que resulta necesario el desarrollo administrativo de la Ley 9/2011, 24 marzo DE MEDIACIÓN FAMILIAR EN ARAGÓN (Art. 14).

SEGUIMIENTO PSICOLÓGICO DEL RÉGIMEN DE CUSTODIA: Y también en interés del menor se debería establecer un seguimiento (psicólogos del Juzgado de Familia; Punto de Encuentro) durante un plazo de unos 6 meses o 1 año después de la sentencia firme para evaluar la evolución del menor y de los padres en situación de ruptura de convivencia con informes a la Fiscalía de Familia y al Juez de Familia para adoptar las eventuales modificaciones (Art. 775 LEC).

3. Menores en riesgo social y desamparos. Correcta regulación, que no necesita modificación

La normativa de estas materias (menores no atendidos adecuadamente por los padres) se halla regulada tanto en la legislación administrativa aragonesa (ley 12/2001, 2 julio, de la Infancia y Adolescencia en Aragón LIAA; y Decreto Aragonés 190/2008, 7 octubre: Reglamento medidas Protección Menores en situación de riesgo o desamparo) como en el CDFA (Art. 118-122).

Pero en cualquier caso es una materia que cuya competencia objetiva corresponde a los tribunales civiles al tener un ámbito primordialmente de estado civil (artículos 779-781 LEC) por lo que el recurso de casación termina en el TSJAr.

En TSJAr en el año 2012 conoció de dos casos relacionados con el desamparo de los padres hacia el hijo menor y su implicación con la adopción.

En lo que vamos del año 2013 el citado TSJAr ha conocido de un asunto de desamparo familiar. Y en el año anterior, 2012, solo llegaron dos pleitos a la Sala de lo Civil del TSJA-INS-TITUTO ARAGONÉS DE SERVICIOS SOCIALES (IASS): La lectura que hay que hacer del escaso número de asuntos que llegan al TSJAr tiene relación con el buen hacer del IASS, órgano administrativo que tiene la competencia funcional en estas materias (menores en riesgo social, desamparos, tutelas ex lege: Art. 85 LIA), por lo que antes de suspender la autoridad familiar de un menor se valoran todas las alternativas posibles más

satisfactorias para el mejor interés del menor.

Por eso hay que exigir a la DGA y a las Fiscalías de Menores de las tres provincias aragonesas la obligada coordinación para buscar lo más satisfactorio para el desarrollo personal del menor (Art. 120 CDFA).

4. Relación nietos y abuelos en caso de ruptura familiar de los padres. Parca regulación, pero que los tribunales superiores están otorgando importante recorrido para que los abuelos puedan relacionarse con los nietos, a pesar de los enfrentamientos con los padres del menor

La norma relativa al derecho de visitas o a las RELACIONES PERSONALES DE LOS ABUELOS con sus nietos está regulada en el Art. 60 CDFA, donde se establece que «El hijo tiene derecho a relacionarse ... con sus abuelos..., salvo si, excepcionalmente, el interés del menor lo desaconseja». Y «Los padres y guardadores no podrán impedir la relación personal del hijo con ninguna de las personas mencionadas en el apartado anterior, salvo cuando el interés del menor lo exija».

La exposición de motivos del citado CDFA viene a calificar la relación del hijo con sus abuelos como un derecho del hijo sin más límites que el interés del menor: «el énfasis en el derecho del hijo a relacionarse... con sus abuelos..., cuyo único límite es el del propio interés del menor».

El TSJAr solo ha conocido de un asunto en donde expresamente se ha instado por un abuelo el derecho a relacionarse con su nieta, invocando

el citado Art. 60 CDFA, y el máximo órgano jurisdiccional aragonés en una sentencia de junio 2013 ha hecho una interpretación muy favorecedora a dichas relaciones a pesar de la oposición de uno de los progenitores, primando el vínculo familiar del abuelo con la nieta a pesar de las malas relaciones de los padres con los abuelos.

5. Nietos y abuelos como autoridad familiar. Necesidad de completar la regulación, para hacerla operativa en la práctica con los centros de enseñanza (institutos, primaria, la ESO), con sanidad, etc.

Es sabido que el Art. 86 CDFA establece la misma autoridad familiar que la de los hijos con sus padres a favor de los abuelos (como medio para la crianza y educación del menor) para el caso de que hayan fallecido o cuando los padres no atiendan a los hijos menores.

PROBLEMAS: TÍTULO LEGITIMADOR DE LOS ABUELOS: Esta autoridad familiar puede inscribirse en el Registro Civil (Art. 88.5 CDFA), pero el problema radica que el CDFA no establece cómo se articula esta inscripción por eso sería necesario una modificación de este apartado 5 del Art. 88 para legitimar a la propia Fiscalía de Menores y/o al propio encargado del Registro Civil y con base en una simple comparecencia

de los abuelos y una mínima investigación para expedir la correspondiente resolución del Fiscal de Menores y/o del Encargado del Registro Civil (a inscribir EN EL REGISTRO CIVIL) para que le sirviera de TÍTULO LEGITIMADOR a los abuelos ante terceros (colegios, institutos, ámbito sanitario).

En definitiva se trata de que haya constancia en el Registro Civil del ejercicio de la autoridad familiar por parte de los abuelos que podría servir como documento auténtico el Decreto de la Fiscalía de Menores (o la resolución correspondiente del Encargado del Registro Civil). Todo ello a la vista de los artículos 23 LRC 1957, del Art. 27 y 71 de la LRC 2011.

Y el mismo camino procedimental habría que seguir (Fiscalía de Menores y/o Encargado de Registro Civil con inscripción en el Registro Civil) en el supuesto de que los padres asumiesen de nuevo la autoridad familiar.

Y lógicamente lo mismo habría que establecer para la autoridad familiar ejercida por los padrastros (Art. 85 CDFA) o los hermanos mayores (Art. 87 CDFA).

Zaragoza 4 de octubre de 2013

Fiscal de la Comunidad
Autónoma de Aragón.
CARLOS SANCHO

c) Informe del Colegio Notarial de Aragón

En contestación a la solicitud de información por parte de la Ponencia

especial el Seguimiento del Derecho Foral constituida en las Cortes de Ara-

gón sobre la aplicación de nuestro derecho foral, el Colegio Notarial de Aragón, considera conveniente realizar las siguientes consideraciones:

Con carácter previo, la institución notarial quiere manifestar el reconocimiento a las Cortes de Aragón por su labor en pro de la conservación y actualización de nuestro derecho y agradecer la participación que como institución se nos ofrece en esta tarea.

El Notariado aragonés entiende que la finalidad que se planteó la Comisión Aragonesa de Derecho Civil ha quedado cumplida. La ponencia general por dicha comisión redactada sobre «objetivos y método para una política legislativa en materia de derecho civil de Aragón» señala «El objetivo global de la tarea legislativa serán la actualización, profundización y desarrollo de las normas vigentes, partiendo de las instituciones reguladas en la Compilación, mediante la promulgación de un nuevo Cuerpo legal de Derecho civil aragonés enraizado en nuestra historia, vivificado por los principios y valores constitucionales y adecuado a las necesidades y convicciones de los aragoneses de hoy y del próximo siglo»; entendemos que dichos objetivos han quedado plenamente alcanzados con las sucesivas reformas que culminan con la entrada en vigor del Código de Derecho Foral de Aragón, texto que completa el amplio proceso de reformulación legislativa de nuestro derecho.

En dicho proceso nuestro legislador desarrolla todas las reformas que se proponía al iniciar su tarea; no solo ha solventado distorsiones o dudas de origen práctico que habían sido puestas de manifiesto por la doc-

trina y Jurisprudencia, sino que ha regulado las instituciones jurídicas aragonesas de forma mucho más completa que la contenida en la Compilación, introduciendo profundas innovaciones. Todas aquellas materias en las que la Compilación tuvo que autolimitarse por motivos políticos y competenciales están recogidas en la actualidad en el nuevo Código. Es decir, ha sido una labor legislativa no solo tendente a conservar el Derecho aragonés sino a innovarlo y desarrollarlo, eso sí bajo una visión historicista que siempre ha caracterizado a nuestro Derecho.

En la situación actual, debemos planteamos, y así lo solicitan las Cortes de Aragón, si, tras ese proceso, resulta conveniente o necesario realizar alguna reforma o retoque de lo ya regulado o incluso si sería conveniente un mayor desarrollo legislativo en aquellas materias no reguladas y que no sean de competencia exclusiva del Estado. Anticipemos que, en nuestra opinión, concluida la ardua tarea legislativa con éxito, no procede ir más lejos, sin perjuicio que futuras generaciones actualicen nuestro Derecho, adaptándolo a nuevas realidades sociales.

En cuanto al primer aspecto, el de la posible reforma de lo ya regulado, entendemos que con la amplia y meditada regulación introducida, el nuevo Código ha actualizado satisfactoriamente nuestras instituciones y en este momento es necesario dotar de cierta estabilidad a lo codificado; generalmente las reformas parciales tendentes a intentar solucionar algún problema práctico advertido, no suelen producir el efecto pretendido;

intentar superar alguna deficiencia concreta puede poner en cuestión otras muchas normas y crear problemas de ajuste sistemático y de aplicación. Es preferible dejar que las normas se consoliden en la realidad social y jurídica y que sea un largo y pausado desarrollo doctrinal y jurisprudencial el que determine las necesidades futuras.

En cuanto a la posibilidad de un mayor desarrollo legislativo, es obvio que nuestro actual marco constitucional y estatutario lo permitiría, pero desde la institución notarial no lo consideramos necesario. Podría entenderse como una meta de todo ente territorial aspirar a regirnos a través de una especie de «código aragonés completo», sin remisiones al Código Civil y con agotamiento de nuestro marco competencial. Desde nuestra óptica no lo vemos ni conveniente ni necesario e incluso desde el punto de vista constitucional nunca podría contener todas las normas civiles aplicables.

El nuevo Código ha solventado dificultades de integración de la norma aragonesa con las correspondientes del Código Civil y ha limitado las remisiones hechas al Código Civil por la ley aragonesa al regular de una forma mucho más completa nuestras instituciones, de tal manera que para la aplicación de nuestro derecho es suficiente, en la mayor parte de los casos, la alegación de nuestras normas jurídicas propias. Obviamente el Código civil continuará siendo aplicable como derecho supletorio, pero mejoradas nuestras normas no se advierte problema en ello. Y en todo caso, de acuerdo con nuestro sistema

de fuentes, los principios inspiradores del Ordenamiento aragonés, siguen siendo fuente preeminente.

Tampoco entendemos necesario en la actualidad el agotamiento competencial, legislando sobre materias ajenas a nuestra tradición; no necesariamente nuestro derecho tendrá más aceptación social por ser más amplio, por regular más materias; es obligación de los poderes públicos prestar la máxima atención y cuidado a nuestro derecho como seña de identidad pero ello no se consigue con una ampliación que no tenga un determinado fundamento sino con el desarrollo de aquello que los aragoneses sentimos como propio, de aquellas instituciones que tienen un sello de identidad basadas en nuestra tradición jurídica.

Entendemos, como señalaba la ponencia general elaborada por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, «que conviene trazar el propio camino, partiendo de nuestro Derecho histórico y desarrollándolo de manera acorde con nuestras necesidades y convicciones», desarrollo que con pulso firme y acertado culmina con el Código de Derecho Foral de Aragón.

No obstante todo lo dicho, existen determinadas materias concretas, dentro del Derecho civil aragonés, sobre las cuales existe una opinión generalizada entre los Notarios aragoneses en el sentido de que la regulación que contiene el Código del Derecho Foral de Aragón no es la más adecuada para las demandas de la sociedad del siglo XXI. A expresar esta opinión van destinadas las siguientes líneas.

Obsérvese que de lo que se trata no es de distorsiones o dificultades de orden práctico o cuestiones técnicas de interpretación, sino de aspectos de fondo del Derecho civil, de opciones de política legislativa, de modo que las sugerencias que se proponen, en algunos casos, obligarían a replantear algunos principios o instituciones básicas de nuestro Derecho civil y llevar a cabo reformas sustanciales de éste.

Dichas materias sobre las que el Notariado percibe una mayor sensibilidad son las siguientes:

— **Junta de Parientes.**—Lo que se propone en este ámbito, desde el Notariado aragonés, es reforzar la junta de parientes celebrada ante Notario. Téngase en cuenta que la gran mayoría de las juntas de parientes que se constituyen y actúan en el tráfico aragonés han tenido y tienen carácter notarial. Por tanto, fortalecer su versión notarial es potenciar en general la junta de parientes, mientras que dejar de hacerlo debilita la institución misma. Además, reforzar la posición del Notario en la junta notarial va en consonancia con la opinión actual favorable a la reforma y desarrollo de la jurisdicción voluntaria y a los mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos, en los que el Notario está llamado a desempeñar un importante protagonismo.

Desde este planteamiento, se estima oportuno extender al Notario la posibilidad de apartarse motivadamente de los criterios de composición de la Junta, medida prevista hoy sólo para el Juez, respecto de la junta judicial; de esta forma, se equipararía el régimen de los dos tipos de junta

susceptibles de constitución ante una autoridad pública, homogeneizando ambas vías en aras de la seguridad jurídica.

La adopción de esta medida produciría, como beneficio colateral, la posibilidad práctica de aplicar varias causas de inidoneidad para ser vocal de la junta —algunas de las cuales lo son por vía de remisión, en la medida en que son causas de inhabilidad para ser tutor—, las cuales se basan en conceptos jurídicos indeterminados: condena por delito que haga suponer fundadamente que no se desempeñará bien el cargo, imposibilidad absoluta de hecho, enemistad manifiesta con la persona protegida, conducta que pueda perjudicar a la formación de la persona protegida o no disponer de medios de vida conocidos, enemistad manifiesta con la persona interesada.

La norma prevé estas causas de inidoneidad para todo tipo de junta. Pero esta previsión es hoy por hoy utópica fuera de la junta judicial. De hecho, la concurrencia de cualquiera de estos supuestos aborta de inicio la posibilidad de constituir una junta notarial, pues el Notario carece del mínimo margen de discrecionalidad para valorar su aplicación y anteponerla al rígido principio de proximidad de grado. La medida que se propone también contribuiría pues, a hacer verdaderamente eficaces unas previsiones legislativas que hoy se antojan de hecho inaplicables en la inmensa mayoría de las juntas operativas, que son las notariales.

De forma coherente con la anterior medida, la práctica totalidad de los Notarios consultados considera

conveniente extender de forma expresa la presunción de validez y eficacia de las decisiones de la junta (a salvo siempre la vía judicial), también a su composición. Ciertamente, cabría mantener que tal constancia expresa es innecesaria, ya que es generalmente admitido que la calificación de la validez de la decisión de un órgano colegiado comprende también el examen de sus requisitos de constitución, lo cual incluye desde luego su composición. Pero en todo caso, sin perjuicio de que cabría interpretar que la presunción de validez actualmente vigente se extiende también a la composición de la junta, la sugerencia de una constancia expresa, si no necesaria, se antoja al menos conveniente, por cuanto contribuiría a una mayor claridad y por ende, seguridad jurídica.

Por otro lado, la práctica notarial en cuanto a la junta de parientes pone de manifiesto otro problema que atañe a su composición. La regulación vigente incluye entre las causas de inidoneidad para formar parte de la junta tener un interés personal directo en la decisión a tomar por ella (artículo 173-b), lo que impide, en muchos casos, la intervención de hermanos u otros parientes que, teniendo interés directo en la decisión a tomar, no sea opuesto al del menor. No se establece regla similar para los tutores, respecto de los cuales sólo se considera inhábiles a las personas que tengan «importantes conflictos de intereses» con el protegido. Dicho de otra forma, resulta llamativo que un pariente que tenga en el asunto un interés personal común con el del menor (y lo de menos sería que fuese directo, o manifestado a través de

persona interpuesta), pueda ser nada menos que tutor —incluso único—, lo cual implica una verdadera representación legal permanente y de contenido genérico, y que por el contrario no pueda limitarse a formar parte de la junta de parientes, órgano colegiado donde decisión y responsabilidad están compartidas, y que normalmente limita su actuación a prestar autorización o asistencia esporádica para actos concretos. Por ello, se propone sustituir la actual causa de inidoneidad para ser vocal de la junta de tener «interés personal directo» por la consistente en tener contraposición de intereses con la persona en cuyo favor se constituye la junta, de forma similar a lo establecido para el tutor.

—Régimen económico matrimonial.—Sobre el régimen económico matrimonial, el Derecho Foral de Aragón, siguiendo su tradición histórica ha optado por mantener como régimen legal, en defecto de pacto, el que se denomina ahora «consorcio conyugal», que es una modalidad de régimen de comunidad de ganancias, frente a otros Derechos, que han elegido el régimen económico matrimonial de separación de bienes. Los Notarios de Aragón consideran de forma muy mayoritaria que el régimen vigente debe mantenerse, por ser más adecuado para resolver las cuestiones que plantea la economía matrimonial. Esto, además, viene refrendado por el comportamiento de los aragoneses; así, con arreglo a los datos estadísticos del Colegio Notarial de Aragón, y teniendo en cuenta los números que da el INE sobre matrimonios celebrados, en nuestra comunidad apenas alcanzan el quince por ciento los matrimonios que antes

de casarse pactan el régimen de separación de bienes. Es cierto que también se otorgan separaciones de bienes postmatrimoniales, pero en menor número y, además, éstas son menos significativas, ya que, en su mayor parte, son debidas a procesos de rupturas matrimoniales o crisis empresariales. Es decir, parece que la mayoría de los aragoneses se siente cómoda con el sistema que rige su economía matrimonial y, por ello, no se siente la necesidad de cambiarlo.

Pero existe un aspecto de la regulación del régimen económico matrimonial aragonés sobre el que la opinión de los Notarios de Aragón es negativa: el derecho expectante de viudedad. Se trata de una figura que carece de parangón en otros Derechos, que cuesta entender, que produce efectos perniciosos en el tráfico jurídico y que es muy discutible que deba mantenerse en los tiempos en que vivimos. A estos efectos, recuérdese que en Aragón se parte de la idea de que la celebración del matrimonio atribuye a cada cónyuge el derecho de usufructo de viudedad sobre todos los bienes del que primero fallezca, que durante el matrimonio el derecho de viudedad se manifiesta como derecho expectante y que, tratándose de bienes inmuebles y empresas y explotaciones económicas, este derecho expectante no se extingue por su enajenación. Esto impone, en la práctica, que para la enajenación por parte de un cónyuge de dicho tipo de bienes, aunque sean de su exclusiva propiedad, precise del consentimiento del otro o de su renuncia a dicho derecho expectante, lo que atribuye al cónyuge no titular de los bienes una especie de facultad

de bloqueo de la enajenación, cuya justificación en estos tiempos no parece tener sentido. Porque si la enajenación se lleva a cabo sin ese consentimiento o renuncia, aunque válida, el adquirente recibirá los bienes sometidos a ese derecho expectante, de modo que, fallecido el cónyuge enajenante, el otro podrá recabar del adquirente la entrega de los bienes para hacer efectivo su derecho de usufructo viudal y ello con independencia de que la adquisición se haya producido a título oneroso, es decir, mediante contraprestación, sobre la que el cónyuge viudo tendrá también el usufructo viudal, y aunque desconociera que el matrimonio del transmitente estaba sujeto a este régimen. En suma, se atribuye a la persona casada unas facultades sobre los bienes del otro, en perjuicio de tercero, que se entiende que carecen de justificación suficiente y que dañan la seguridad del tráfico jurídico.

Por ello, una mayoría muy importante de los Notarios aragoneses entiende que este régimen no debería mantenerse y que debería suprimirse el derecho expectante de viudedad en su totalidad; o, al menos, mantenerse sólo para las enajenaciones a título lucrativo, puesto que en las onerosas la contraprestación que se recibe hace que no disminuya el patrimonio de quien enajena ni, por tanto, la expectativa de viudedad de su cónyuge. Hay también mayoría para mantener que los derechos del adquirente deben mantenerse frente a los del cónyuge, al menos cuando la adquisición se produce a título oneroso y de buena fe.

En cambio, respecto del derecho de usufructo de viudedad, es decir, el que se hace efectivo una vez fallecido uno de los cónyuges, que en nuestro Código se extiende a todos los bienes que haya dejado, siguiendo el criterio establecido por la Compilación de 1967 (hasta la cual este derecho se limitaba a los bienes inmuebles, salvo pacto), existe amplia mayoría favorable al mantenimiento de esta extensión universal. Tampoco se considera que debe modificarse el sistema vigente en lo relativo a que se trata de un derecho limitado a los matrimonios, de modo que no debería extenderse a las parejas estables no casadas.

—**Consortorio foral.**—Otra institución del Código del Derecho Foral sobre la que la mayoría de los Notarios de Aragón muestra disconformidad es el consorcio foral, es decir, la situación especial de comunidad que se crea sobre los bienes inmuebles que varios hermanos o hijos de hermanos reciben a título lucrativo de un ascendiente común, mientras se mantenga la indivisión, y que implica que la cuota indivisa de cada uno es indisponible salvo a favor de los descendientes del disponente o de otros consortes y que, si alguno de ellos fallece sin descendientes, su parte no la reciben sus herederos, sino que acrece a los otros comuneros. Se trata de una figura reintroducida por la Compilación de 1967 (no estuvo vigente bajo el Apéndice de 1925) que también carece de parangón en otros Derechos de nuestro entorno y que, en la práctica, plantea algunas disfunciones. Es cierto que la Ley 1/1999 de Sucesiones por causa de muerte, de la que ha pasado al Código, flexibilizó su régimen jurídico, al permitir a los

comuneros separarse, en cualquier momento, del régimen del consorcio con la simple declaración de esa voluntad en escritura pública, que debe comunicarse a los demás. Ello no obstante, existe una mayoría de Notarios que entiende que debería darse un paso más y establecer que el consorcio foral sólo rija en los casos en que el ascendiente que transmite los bienes lo imponga expresamente.

—**Sucesión legal.**—En lo que se refiere a la sucesión legal, es decir, la que se defiende en defecto de disposición voluntaria del causante, los Notarios de Aragón se muestran de forma muy mayoritaria conformes con la existencia y mantenimiento de la denominada sucesión troncal, la que recae sobre los bienes de origen familiar, en la que se llama a los parientes de la línea de procedencia de los bienes, frente a las voces discrepantes que a veces se oyen en otros ámbitos, que piden la supresión de este régimen. En cambio, se estima que, en la sucesión no troncal, debe mejorarse la posición que actualmente ocupa el cónyuge viudo, adelantando su posición sobre los ascendientes; un grupo no mayoritario limitan este adelanto a los bienes de la comunidad conyugal. Es decir, se estima que, quitando los bienes de origen familiar, que se rigen por las normas de la sucesión troncal, los bienes de quien fallece sin descendientes deben ser heredados por su cónyuge antes que por sus padres.

—**Derecho de abolorio.**—En la valoración de esta institución por parte de los diversos operadores jurídicos es evidente la tensión entre una consideración positiva, como dere-

cho concreción del principio de troncalidad, y una valoración negativa, como gravamen que obstaculiza el tráfico y aporta una notable dosis de inseguridad jurídica al resultado final de muchas transacciones.

En esa tensión, la mayoría de los Notarios abogan por la desaparición de la institución, lo cual no deja de ser una mera opinión, aunque eso sí, fundada en el valiosísimo dato de la experiencia sobre su desenvolvimiento práctico y los problemas que plantea. Pero en todo caso, la manera concreta de resolver esta tensión entre troncalidad y libertad –ambos principios básicos del derecho aragonés– constituye una opción de política legislativa, más que una decisión de técnica jurídica.

Con independencia de ello, se realizan también sugerencias de orden técnico dirigidas a mejorar aspectos concretos de la actual regulación, para aportarle un mayor grado de certeza y seguridad.

En primer lugar, se propone restringir su ámbito objetivo, que actualmente se aplica, aparte de a las fincas rústicas, a «los edificios o parte de ellos» que reúnan los requisitos de permanencia en la familia. El espacio natural del derecho de abolorio ha estado siempre constituido por el suelo y la casa familiar (y particularmente, en la acepción de «casa» característica de la tradición jurídica aragonesa, que constituía el centro absoluto de la vida y economía de la familia). En definitiva, bienes susceptibles de ser portadores de un aprecio de carácter familiar, que en definitiva constituye la justificación de esta institución. Sin embargo, el espacio deli-

mitado por la norma actual es tan amplio que deja dentro de su literalidad realidades que difícilmente pueden entenderse como objeto de ese aprecio familiar: locales, trasteros, garajes. En suma, se propone restringir el ámbito objetivo del derecho a los «inmuebles de naturaleza rústica y los edificios destinados a vivienda que se transmitan enteros...»

Por otro lado, se estima conveniente concretar más restrictivamente el requisito de permanencia en la familia. La regulación vigente extiende este requisito de permanencia familiar a las dos generaciones inmediatamente anteriores, entendiéndose que tal cosa sucede cuando perteneció a algún pariente de la generación de los abuelos del enajenante o más alejada y no ha salido luego de la familia, cualquiera que haya sido el número de transmisiones intermedias, lo que lleva consigo que el bien donado por el abuelo al nieto, por ese solo hecho, cumpla este requisito.

Lo que se propone es que se considere 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 enajenante o más alejada y después a otro pariente de una generación posterior, sin que desde la primera adquisición haya salido de la familia.

Un tercer aspecto de la regulación que el Notariado de Aragón cree que es mejorable es el relativo al comienzo del cómputo para el ejercicio del derecho de abolorio. En la regulación vigente el plazo de 90 días previsto para el ejercicio del derecho de abolorio, en ausencia de notificación previa, se

computa desde que el retrayente conoció la enajenación y sus condiciones esenciales (bajo la Compilación, se computaba desde la inscripción de la transmisión en el Registro de la Propiedad), con un plazo de caducidad final de dos años, que en la mayoría de los casos, ante la ausencia de notificación expresa, es el que realmente rige. Pues bien, la mayoría de los Notarios de Aragón entienden que debe volverse al cómputo desde la inscripción en el Registro de la Propiedad, salvo que se acreditase el conocimiento anterior de la enajenación por otra vía, a semejanza de otros retractos legales de titular colectivo y no siempre perfectamente determinado (retracto de colindantes y comuneros en el Código civil).

También se entiende que en caso de optar por el mantenimiento de la

institución, sería necesario acortar el plazo final de caducidad.

Por último, indicar que predomina entre los Notarios la opinión de volver a otorgar a los Tribunales la facultad de moderar equitativamente el ejercicio del derecho de abolorio, en demanda no ya de un reducto de arbitrariedad que resultaría contrario a la seguridad jurídica, sino de un último recurso o cautela para excluir el eventual ejercicio del retracto por razones exclusivamente económicas o especulativas.

En espera que este informe le sirva de utilidad y quedando a su disposición para cualquier aclaración o desarrollo con relación al mismo, reciba un cordial saludo,

Zaragoza 30 de octubre de 2013

FRANCISCO DE ASÍS PIZARRO MORENO
Decano del Colegio Notarial de Aragón

d) Informe del Justicia de Aragón

Zaragoza a 7 de noviembre de 2013.

En contestación a su oficio como Coordinadora de la Ponencia Especial de Seguimiento del Derecho Foral, me resulta muy grato informarle de lo siguiente:

1º. Las sucesivas reformas que se han realizado del derecho foral aragonés, que han sido recogidas en el Código Foral, han sido muy amplias y son muy recientes, por lo que a nuestro juicio antes de plantearse otra re-

forma general del texto legal hay que esperar a que se consoliden. Hay que dejar que la jurisprudencia sienta pautas concretas sobre cómo debe interpretarse la ley en algunos puntos concretos que obviamente el Código Foral no puede regular. Hay que tener en cuenta que hay que evitar la inseguridad jurídica y que estar cambiando permanentemente las leyes produce ese efecto.

En esa línea constatamos que lo que está dando lugar a un mayor incremento de la litigiosidad, por razo-

nes conceptuales, es en todo lo que se refiere a la custodia compartida. Pero es que los problemas concretos que surgen en su aplicación deben de ser resueltos, como se está haciendo de forma satisfactoria, por los Tribunales. En nuestra opinión habría que dotar de más medios técnicos a la administración judicial y facilitar la mediación para que se agilizaran los procedimientos en curso.

2°. Quizás la materia que presenta más incógnitas legales es la que hace referencia a las parejas estables no casadas. Por prestigiosos especialistas, en las actas del foro de Derecho Aragonés de los vigésimos segundos encuentros, se hacen las siguientes reflexiones:

«Está sin resolver qué legislación es aplicable a aquellos casos en los que cada uno de sus miembros tenga vecindad distinta. Aclarar si ha lugar a la percepción simultánea de asignación compensatoria e indemnización compensatoria .

Las leyes procesales deben contemplar de forma homogénea y expresa el cauce procesal por el que deben reclamarse todas las cuestiones que afecten a la pareja de hecho.

Sería necesario establecer normas de conflicto interregional para la articulación de las diferentes leyes autonómicas sobre parejas de hecho, para evitar la posible dualidad de efectos que puede resultar de la legislación aragonesa.

Sería conveniente interpretar los pactos de codisposición de bienes inmuebles contenidos en el convenio de convivencia como prohibiciones de disponer voluntaria, recibiendo la

cobertura legal suficiente para que pudieran tener acceso al Registro de la Propiedad y producir efectos frente a terceros».

Es verdad que algunas de estas materias pueden exceder la competencia de las Cortes de Aragón porque son derecho interregional.

3°. Algunos notarios nos han hecho saber que la constitución de la Junta de Parientes debería ser menos formalista, al menos en aquellos casos en los que interviniesen abuelos de ambas líneas. Por otra parte consideran que la constitución del consorcio foral debería de hacerse a petición expresa del testador, no en defecto de ella, por mandato legal. Hay que tener en cuenta que esta es una institución con escaso raigambre y conocimiento en Aragón y que en la práctica está produciendo muchos efectos indeseados que obligan al otorgamiento de nuevas escrituras de renuncia al consorcio. Esta forma de constitución *ex lege* no se ajusta bien al derecho aragonés que se basa en la libertad. Algún notario también ha hecho constar la conveniencia de considerar los pactos de codisposición de bienes contenidos en el convenio de disposición de bienes como prohibiciones de disponer voluntarias, recibiendo la cobertura legal suficiente para que pudiera tener acceso al Registro de la Propiedad y producir efectos frente a terceros. A esta institución parecería razonable introducir reformas en estos puntos.

4°. Nosotros hicimos constar en su día la necesidad de plantearse la subsistencia de troncalidad, al menos en el ámbito urbano. La finalidad que persigue esta institución es el mante-

nimiento del patrimonio familiar productivo y, como nos hacen ver los Registradores de la Propiedad, esa finalidad nada tiene que ver con aquellos casos en los que lo que se hereda es un único piso. Es verdad que se puede renunciar a una situación creada de forma indeseada, pero con un coste fundamentalmente fiscal muy grande. Y en el ámbito rural a nuestro juicio debería de mantenerse la facultad de los jueces de moderar el ejercicio de este derecho de abolorio cuando la finalidad del que lo ejerce no es el mantenimiento del patrimonio familiar sino simplemente especulativo. Hay quien utiliza los retractos para poder negociar frente a la Administración que pretende expropiar por razones de utilidad pública una finca.

5°. Otro asunto colateral, pero que influye mucho en la aplicación de nuestro derecho foral, es el régimen fiscal aplicable. A nuestro juicio el ejemplo más claro es la fiducia. El Código Foral establece en su art. 448 que: «A todos los efectos legales no se entenderá deferida la herencia hasta que se produzca la ejecución de la fiducia o su extinción». Esta regulación debería comprender también los efectos fiscales; pero la DGA liquida la herencia desde que se produce la muerte del fideicomitente, aunque no sean conocidos los fiduciarios que es que debe de pagar. También habría que tener en cuenta el agravio comparativo que se produce con otras Comunidades Autónomas veci-

nas la persistencia del impuesto de sucesiones, efecto que se ve agravado con la subida de los valores catastrales.

6°. La reciente modificación de la ley de Arrendamientos Urbanos atribuye a las Comunidades Autónomas la posibilidad de regular los arrendamientos turísticos. Es una competencia que excluye la aplicación de la ley de Arrendamientos Urbanos. Sugerimos que se haga uso de esa competencia.

7°. Otra cuestión importante para el derecho aragonés, como para otros derechos, es la determinación de cuál es el régimen económico aplicable al matrimonio cuando los contrayentes tienen distinta vecindad civil. Como es una cuestión cuya regulación es estatal me he dirigido al Ministro de Justicia proponiéndole su regulación. Lo mismo podría decirse con la ley aplicable a las parejas de hecho. Sería muy sencilla la solución en el primer caso si en el expediente matrimonial se les preguntara a los contrayentes a qué sistema matrimonial pretenden acogerse. Algo parecido podría articularse para las parejas de hecho.

Le agradezco la atención que prestará a este escrito. Quedo a su disposición para cualquier ampliación o aclaración.

Atentamente le saluda:

FERNANDO GARCÍA VICENTE
Justicia de Aragón

e) *Informe del Colegio de Abogados de Zaragoza*

Zaragoza, octubre de 2013

Como contestación a su solicitud de información a este R. e I. Colegio de Abogados de Zaragoza sobre aspectos de nuestro Derecho Foral relativos a su aplicación práctica y eventuales vías de desarrollo que puedan ser analizados por una Ponencia Especial de Cámara, le participo algunos de los aspectos que nos han sido puestos de manifiesto por aquellos miembros del colectivo más familiarizados con su práctica:

a) En primer lugar destacamos la necesidad de desarrollar normas procesales relativas a la aplicación del derecho sustantivo contenido en nuestro Código del Derecho Foral de Aragón. Según ya se recogió en las conclusiones del III Congreso de la Abogacía Aragonesa (celebrado en mayo de 2000), será necesaria la norma procesal aragonesa:

- cuando no exista norma estatal o cuando esta no sea satisfactoria para la tutela efectiva de los derechos subjetivos regulados por norma sustantiva aragonesa,
- o cuando la peculiaridad de ese derecho sustantivo o de la institución jurídica así lo requiera,
- o cuando la seguridad jurídica exija la determinación de un concreto procedimiento de entre los varios posibles según la ley procesal estatal.

Y es que nuestra Comunidad Autónoma tiene competencia exclusiva

para regular el derecho procesal derivado de las particularidades del derecho sustantivo aragonés (artículo 71.3.^a de la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón). En la correspondiente ponencia podría analizarse la conveniencia de articularlo como una ley procesal aragonesa o como simple inserción de normas específicas junto a las sustantivas que lo requieran.

De esa forma, deberían desarrollarse tanto los procedimientos de jurisdicción voluntaria como contenciosos, atendiendo especialmente a los de naturaleza cautelar y sumaria, en particular cuando resulta precisa la autorización judicial para la realización de un determinado negocio jurídico (supuestos de conflicto de interés de los padres o tutores con los menores o incapaces).

En particular se nos han trasladado una serie de propuestas concretas en materia de derecho de familia como serían permitir que en caso de acuerdo de las partes en su escrito de demanda y contestación en relación al inventario de bienes, la sentencia de divorcio del proceso contencioso recoja tal acuerdo como declaración de bienes existentes en el patrimonio a fin de evitar la primera fase del proceso de inventario por innecesaria. Y también la posibilidad de permitir el acceso a casación foral de los procesos de inventario (primera fase del proceso de liquidación de régimen económico matrimonial) dejando de tener la consideración de proceso

incidental o secundario al de liquidación y propuesta propiamente dicha.

- b) Dentro del capítulo de disfunciones de la aplicación práctica de las instituciones de Derecho aragoneses cabe señalar la situación de inseguridad jurídica generada con la STS de 30 de enero de 2012 que declara nulo de pleno derecho el apartado 8 del artículo 54 del Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones aprobado por Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, regulador de la liquidación fiscal de la fiducia sucesoria aragonesa, por infringir el principio de jerarquía normativa. Dicha sentencia declaraba que el referido artículo carecía de cobertura legal en cuanto que autorizaba a liquidar el impuesto sobre sucesiones respecto de personas que no se sabe siquiera si van a heredar y porque ignoraba el principio de capacidad contributiva del artículo 31.1 CE.

La declaración de nulidad anterior, basada en motivos de fondo de la regulación, no ha impedido que en la práctica se siga aplicando otra de contenido esencialmente idéntico aunque de ámbito autonómico y no estatal, en este caso la contenida en el Texto Refundido de las Disposiciones dictadas por la Comunidad autónoma de Aragón en materia de Tributos cedidos, aprobado por Decreto Legislativo 1/2005 de 26 de Septiembre, y sucesivamente actualizado por las Leyes de Medidas Tributarias de la Comunidad autónoma de Aragón (la última, Ley 12/2010 de 29 de Diciembre), artículos 131.4 y 133.2.

De un lado sería deseable que la normativa fiscal no penalizase la aplicación de las instituciones aragonesas normalmente presididas por la más amplia libertad de los otorgantes y, de otro, que en ámbitos tan importantes pueda trasladarse a los ciudadanos una mayor seguridad jurídica.

- c) Entre otras disfunciones, podemos también citar la necesidad de llamamiento a la Junta de Parientes cuando el tutor del incapaz tiene intereses contrapuestos, lo que crea situaciones poco efectivas y/o absurdas cuando los tutores son los progenitores.

Si los progenitores son de avanzada edad (supuesto en el que habitualmente tienen que liquidar su patrimonio para hacer frente a las necesidades extraordinarias propias y del incapaz) existen auténticas dificultades para formar la Junta de Parientes porque, o bien han fallecido (ascendientes o hermanos de los progenitores), o son de grado lejano, lo que obliga a la intervención judicial que dilata cualquier enajenación con el riesgo de pérdida del comprador. Hoy en día, condicionar una operación inmobiliaria a obtener la autorización judicial, es casi tanto como perderla.

La propuesta concreta que se realiza en este apartado es que cuando se prorroga la autoridad familiar de los progenitores por incapacidad del hijo, no sea necesario convocar Junta de Parientes si los dos progenitores sobreviven, lo que evitaría problemas en la práctica.

- d) Otro de los aspectos que nos ha trasladado parte del colectivo co-

legal se refiere a la aplicación práctica de la viudedad foral. Y es que no son pocas las ocasiones en las que diseñar la sucesión sobre el patrimonio o sobre el grupo familiar empresarial provoca o adelanta el nacimiento de conflictos en el seno familiar.

En la gran mayoría de las ocasiones –por no decir en todas– una de las inquietudes principales en todos los procesos sobre sucesión se centra en conocer el alcance que pueden llegar a tener los derechos de los cónyuges de los hijos o descendientes para el caso de fallecimiento de éstos y la forma que ofrece la legislación para poder limitar esos derechos y controlar, en definitiva, las personas que se beneficiarán de los rendimientos que pueda generar el patrimonio personal y la empresa familiar en el futuro.

Ciertamente, la redacción de la ley es clara, pues «la celebración del matrimonio atribuye a cada cónyuge el usufructo de viudedad sobre todos los bienes del primero que fallezca» y «los ascendientes no podrán prohibir o impedir que el cónyuge de su descendiente tenga viudedad en los bienes que transmitan a éste por donación o herencia» (artículo 277.2 CDFA). Esta última limitación no es fácilmente comprensible para el testador que está planteando su sucesión, pues suele resultar difícil de entender que la legislación no permita hacer uso de una facultad que sí se reconoce sin embargo a los terceros que no tienen esa relación de parentesco (ex artículo 277.1 CDFA).

Esta prohibición, lejos de servir para disuadir al testador de tratar de

limitar el derecho de los cónyuges de sus descendientes, crea o anticipa conflictos y celos en el seno familiar, pues obliga al ciudadano a encontrar otras vías que le permitan al final conseguir el deseado control sobre su propio patrimonio. De esta manera, se ha generalizado en la práctica la incorporación en los protocolos familiares de cláusulas por las que se obliga a los hijos y demás descendientes a que sus respectivos cónyuges renuncien expresamente al derecho de usufructo sobre los bienes que aquéllos puedan recibir por herencia o donación de sus ascendientes, de tal forma que es inevitable poner sobre la mesa en vida del testador un –muchas veces, malentendido– recelo hacia los afines, al tiempo que se generan importantes puntos de desencuentro y de desconfianza entre los propios consanguíneos (padres e hijos) y entre éstos y los afines.

En opinión de los abogados que nos han hecho llegar esta propuesta, permitir que los ascendientes determinen la forma en la que sus bienes pasarán a sus hijos y descendientes mediante la prohibición expresa –y en la soledad de su decisión sobre la ordenación de la propia sucesión– de que los cónyuges de sus hijos y descendientes gocen del derecho de usufructo sobre los bienes que aquéllos transmitan a éstos por herencia –o donación–, evitaría numerosos problemas y conflictos que no tendrían por qué aflorar en vida del testador.

De esa forma se apostaría por la prevalencia de la autonomía de la voluntad del testador a la hora de ordenar su sucesión sobre los derechos

que reconoce la ley a favor de los cónyuges de los hijos o descendientes por la sola celebración del matrimonio, considerando acertada la oportunidad de adaptar en este momento la legislación a una voluntad social, que la experiencia nos demuestra generalizada en todo testador.

Aun siendo la viudedad aragonesa una de las instituciones jurídicas más antiguas de nuestro Derecho foral, también lo es la protección del patrimonio familiar y, como consecuencia de la misma, el establecimiento de numerosas restricciones, limitaciones y condicionantes respecto de los bienes familiares o troncales. Como quiera que la problemática reseñada se ha puesto de manifiesto principalmente en el ámbito de la empresa familiar, podría restringirse esta propuesta de modificación a los bienes integrantes de dicho patrimonio, en cuyo seno se están ocasionando las principales disfunciones detectadas.

e) Entre otras propuestas concretas dentro del ámbito del derecho de familia, se llama la atención sobre la necesidad de contemplar en el artículo 83 CDFA relativo a la asignación compensatoria, la posibilidad de indemnización por trabajo para la casa como ocurre en la regulación del Código Civil (prevista en su artículo 1438 para el régimen de separación de bienes).

En la indemnización por trabajo para la casa (basada en el 1438 Ce) no resulta trascendente la dedicación futura a la familia ni la existencia de desequilibrio económico, sino la previa contribución en especie al levantamiento de las cargas familiares. En Derecho común ambos derechos –compensatoria e indemnización– son compatibles (AP Valladolid 7-11-11, AP Asturias 21-6-11) mientras que en el CDFA no cabe la segunda.

Fin de la compensatoria 97 Ce	Fin de la indemnización 1438 Ce
Corregir el desequilibrio económico. Compensa desequilibrios futuros.	Salvar la desigualdad patrimonial entre cónyuges que se puede producir a la extinción del régimen de separación de bienes, cuando uno de ellos se ha dedicado de forma exclusiva al cuidado de la familia (frente al que no compartió responsabilidades domésticas). Estimando dicha aportación pasada (función objetiva) como una prestación susceptible de cuantificación económica con valor estimable al momento de la extinción del régimen de separación de bienes, solicitada en proceso de divorcio, separación o nulidad, por fallecimiento esposo o por cese efectivo de la convivencia, no en el de liquidación de bienes. Compensa desequilibrios pasados.

Nace en casos de separación o divorcio.	Nace en todo tipo de extinción del régimen de separación de bienes (incluida la muerte de uno de los cónyuges).

Esta situación ya ha sido puesta de manifestó en dos sentencias:

- SAP Zaragoza, sección 2ª 22-11-2005: El régimen jurídico a cuya regulación pertenece el artículo 1438 Cc no es aplicable al matrimonio de aragoneses que pactan en capítulos matrimoniales el régimen de separación de bienes (caso concreto capítulos de 19-11-91 –y por tanto antes de entrar en vigor la ley aragonesa 2/2003 de régimen económico matrimonial artículos 21 a 27–).
 - SAP, sección 4ª Zaragoza 20-5-2005: El régimen jurídico a cuya regulación pertenece el artículo 1438 Cc no es aplicable al matrimonio de aragoneses que pactan en capítulos el régimen de separación de bienes el 1438 Cc (caso de capítulos de 16-4-1993, y por tanto antes de entrar en vigor la ley aragonesa 2/2003 de régimen económico matrimonial).
- f) Artículo 80.2 CDFA relativo a la custodia compartida y criterios a valorar:
- En su apartado e) relativo a la edad de los hijos y la especial relevancia de opinión del menor a partir de 16 años: Se debería mencionar entre 12 y 14 años «la postura del progenitor más beneficiosa para su formación integral», por cuanto a di-

chas edades el criterio es generalmente voluble y falto de madurez, lo que permite la influencia de presiones externas que no siempre persiguen su beneficio; así como hacer referencia a la «eficacia» de la opinión del menor, valorando lo más beneficioso para su formación integral (hasta los 16 años). El interés del menor no siempre coincide con su voluntad. Así solo es factor decisivo cuando es reflejo de decisión madura y firme autónoma y razonada que responde a hechos, motivaciones, o circunstancias objetivos y no a meros deseos caprichosos o influencia negativa de uno de los progenitores. Es importante cómo lo dice (no palabras aprendidas o inducidas ...) puesto que su declaración podría estar mediatizada.

- En su apartado f) se echa en falta contemplar de forma más concreta entre «Otras circunstancias análogas», los casos en que un progenitor favorece la relación de los hijos con el otro progenitor, por ser beneficioso para el menor, porque frenaría actuaciones que buscan el posicionamiento de los hijos en contra de uno de sus progenitores y que tienen muy difícil solución.
- g) El artículo 80.4 del CDFA recoge lo siguiente: «salvo circunstancias

que lo justifiquen específicamente, no se adoptarán soluciones que supongan la separación de los hermanos». Aunque no precisa dicho precepto si se trata de los hermanos de doble vínculo, como sí recogen los artículos 117 del mismo cuerpo legal o 162, referido también a la no separación de hermanos a efectos de la guarda administrativa y el acogimiento, donde específicamente dice al final del 162.1 «se procurará no separar a los hermanos de doble vínculo». Si realmente el espíritu del 80.4 es referirse a los hermanos de doble vínculo, habría que aclararlo.

- h) En relación al artículo 80.6 del mismo cuerpo, se estima que el mero indicio de violencia doméstica no debería bastar para no conceder la custodia compartida. Sería preferible la exigencia de existencia de condena o al menos lesiones acreditadas, puesto que entretanto rige la presunción de inocencia. Se trataría de evitar denuncias falsas cuyo único objeto es impedir la custodia compartida. En estos casos la custodia exclusiva, acordada en la orden de protección, es difícilmente revocable tras el cese del alejamiento.

Sería conveniente permitir el acceso a la mediación a los progenitores en estos casos, especialmente si no hay condena, lo que no permite el actual artículo 78.5 CDFA, conforme al cual: «En ningún caso cabrá acudir a la mediación familiar en los supuestos previstos en el apartado 6 del artículo 80». Debería dejarse a los interesados tras la sesión informativa por

separado decidir si desean intentar la mediación o no.

- i) En el artículo 79.2.a) relativo a relaciones entre abuelos y nietos, parientes y allegados, debería contemplarse la posibilidad de mediación. Entre las mejoras técnicas de redacción debería ampliarse el artículo 78, actualmente referido sólo a padres o progenitores, a los abuelos u otros allegados.
- j) En la práctica se viene incumpliendo en muchos casos la obligación de aportar Plan de Relaciones Familiares, sin que la norma aragonesa contemple una sanción o pérdida de derechos por no hacerlo, y sin que tampoco los Tribunales hasta el momento estén concediendo gran importancia a dicha su falta de presentación, lo que resultaría deseable también desde el punto de reforzar la aplicación de nuestra regulación propia.
- k) Se han detectado en la práctica casos de huida de la aplicación de la legislación aragonesa de custodia compartida por la vía de marchar la madre a vivir con los niños a otra Comunidad Autónoma. Se debería estudiar la posibilidad de contemplar que el cese de la convivencia no determinase el cambio de residencia de los hijos, siempre salvo circunstancias excepcionales.
- 1) El artículo 69 del CDFA contempla la extinción de los gastos de crianza y educación a 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. Para evitar litigios sobre esta cuestión convendría establecer que el progenitor con el que convivan los hijos mayores de edad esté obligado a comunicar al otro progenitor cualquier tipo de variación en la situación laboral o económica de los mismos, pudiendo recaer la misma obligación sobre los hijos mayores de edad. Alternativamente sugerimos la utilización del proceso de diligencias preliminares como paso previo (mediante la averiguación de patrimonio y laboral) a la modificación de medidas en solicitud de su extinción, o incluso la regulación de un proceso ad hoc.

- m) En la determinación de los gastos extraordinarios se debería acudir al principio de proporcionalidad, huyendo de la distribución automática al 50% y atendiendo, en la custodia compartida, no solo a la capacidad económica de los progenitores sino también a los tiempos de estancia con cada uno de ellos. Sería positivo además respecto a los gastos de los hijos fijar su régimen jurídico como ordinario o extraordinario y especificarlos acudiendo a conceptos genéricos que podrían resultar de gran ayuda en su aplicación concreta.
- n) En cuanto a la temporalidad en el uso de la vivienda, podría ser conveniente implantar algún tipo de tablas orientadoras o referentes objetivos basados en elementos tales como la duración del matrimonio o convivencia, edad de los hijos, recursos y patrimonio, puesto que las respuestas judiciales son notoriamente divergentes, con

merma de la seguridad jurídica desde el punto de vista del ciudadano.

- o) En los artículos 203 y siguientes del CDFA relativos al régimen de separación de bienes, sería precisa una remisión expresa a las normas del consorcio en los reembolsos, que no aparecen en los artículos 205 a 209. Es cierto que entre las normas del consorcio conyugal sí que viene recogido en el artículo 226 CDFA intitulado «relaciones entre patrimonios», pero una remisión directa a este artículo desde la regulación contenida en los artículos 205 a 209 facilitaría la interpretación, evitando la confusión de patrimonios constante matrimonio y sus efectos económicos tras la ruptura, y permitiría extender a estos casos la actualización prevista en el apartado 229.3 para el consorcio.
- p) El artículo 218 CDFA establece como a cargo del patrimonio común las atenciones de los bienes privativos propias de un diligente usufructuario y, por tanto, sin reembolso alguno (artículo 226), pese a que en algunos casos pueden ser de un importe muy considerable y los ahorros obtenidos constante matrimonio verse invertidos en su mayor parte en tales obras.

Le agradezco la deferencia de haber recabado de nuestra institución información sobre tan relevante materia, quedando a su disposición para cualquier aclaración o ampliación que precise.

Reciba un atento saludo:

ANTONIO MORÁN DURÁN
Decano

NOTICIAS*

*NEWS**

* Sección pensada para informar de conferencias, seminarios, cursos, jornadas, encuentros, congresos, premios, becas y, en general, de las novedades o «noticias» que se vayan produciendo y tengan algún interés para los profesionales y estudiosos del Derecho civil aragonés. Los conocedores de alguna noticia de este tipo pueden remitir a la Revista la información oportuna.

A) NOTICIAS DEL JUSTICIA DE ARAGÓN

I. INFORME ANUAL DEL AÑO 2015

Durante el año de 2015 esta Institución ha tramitado un total de 2.285 quejas frente las 2.501 que se instruyeron el pasado año, y se han dictado 455 sugerencias, recomendaciones y recordatorios de deberes legales, mientras que el pasado año se emitieron 452. Debe destacarse el descenso de las quejas relacionadas con los retrasos en la resolución de las solicitudes del IAI y de su renovación, con las sanciones de tráfico así como con la contratación pública, por las razones que se expondrán en los apartados correspondientes; por el contrario, se han incrementado las quejas relacionadas con Hacienda, con los Servicios públicos y con la Vivienda.

El número de personas que se han dirigido a esta Institución en el año de 2015 para presentar su queja, ascendió a 2.126, si bien a esa cifra ha de adicionarse la de los 6.378 ciudadanos que se sumaron a algunas de las quejas ya presentadas, una vez incoadas. El pasado año fueron 2.548 los ciudadanos que presentaron queja.

Además, se ha tramitado un total de 2.986 expedientes, en los que se incluyen tanto los incoados en 2015 como aquellos de años anteriores que se hallaban pendientes y en tramitación a 31 de diciembre de 2014; de ellos, se han archivado 2.220 y se encuentran en fase de instrucción a la fecha de cierre de este Informe, 766.

Sobre el total de expedientes tramitados –2.986–, han sido solucionados a lo largo 2015, 1.827, lo que supone que han sido resueltos de forma satisfactoria el 61% del total; 766 se hallaban en trámite a fecha 31 de diciembre de 2015.

Los expedientes remitidos al Defensor del Pueblo o a otras Defensorías ascendieron a 240 (8%); de la documentación recibida de la Oficina del Defensor del Pueblo, se ha tenido conocimiento de que, en el total de los expedientes trasladados a dicha Oficina, se han dictado 2 Recomendaciones por la mencionada Institución.

No han podido ser solucionados 153 asuntos, que suponen sólo el 5 % del total, bien porque las sugerencias dictadas han sido rechazadas (en 72 casos), o porque la Administración a quien iban dirigidas no ha ofrecido respuesta alguna a la mismas (60 supuestos), o porque la Administración aludida no ha facilitado la información que se le interesaba para el estudio y valoración de la queja, habiéndose dictado, en estos últimos supuestos, Recordatorio de deberes legales por silencio de la Administración (21 casos).

Se han dictado 455 resoluciones a lo largo de 2015. Entrando en el análisis de este apartado de forma detallada, debemos concluir que, de nuevo, el mayor número de sugerencias dictadas ha correspondido al área de Bienestar Social, con 108 resoluciones, de las cuales han sido aceptadas 56 (52% del total), 35 fueron rechazadas (32% del total), 9 se hallan pendientes de respuesta (8%) y 8 no obtuvieron respuesta alguna de la Administración (7%). En el área de Educación se dictaron 70 sugerencias, de las que 44 fueron aceptadas (63%), 4 fueron rechazadas (6%), 21 se encuentran pendientes de respuesta (30%) y sólo una no ha merecido respuesta de la Administración (1%). En materia de Urbanismo se dictaron 54 sugerencias, de las que se aceptaron 41 (76% del total), 3 fueron rechazadas (6%), una se halla pendiente de respuesta (2%) y 9 no obtuvieron respuesta alguna (17%). Por último, en el área de Hacienda se emitieron 50 sugerencias de las que fueron aceptadas 10 (20% del total), 2 fueron rechazadas (4%) y 38 se encuentran pendientes de respuesta (76%).

En las áreas de Vivienda, Trabajo, Industria, Comercio, Ganadería y Derechos se aceptaron todas las sugerencias emitidas.

Como en años anteriores, el objeto y contenido de las quejas sigue siendo un reflejo de la situación de la crisis social y económica en Aragón. Así, y ya desde el año 2012, la materia que ha aunado el mayor número de quejas ciudadanas ha sido la de Bienestar Social (con 390 quejas), seguida este año por Educación (235 quejas), Hacienda (222) y Sanidad (157).

Por su orden, los temas que han suscitado mayor interés en la ciudadanía relacionados con la materia de Bienestar Social han sido la falta de respuesta o la denegación por parte de la Administración de alguna de las prestaciones sociales a los ciudadanos que las han solicitado –retrasos en la resolución de solicitud de IAI y de su renovación y retrasos en la elaboración de los PIA–; en particular, muchas de estas personas han instado la mediación de esta Institución en cuestiones tales como la existencia del requisito previo de empadronamiento para acceder a alguna de estas prestaciones o como el cobro de las comisiones bancarias por el ingreso, a través de cuentas bancarias, del importe de estas prestaciones. La lucha contra la pobreza energética ha sido también objeto del interés y de la actuación de esta Institución.

De otra parte, y dado que el Justicia de Aragón tiene como función primordial la defensa de los derechos y libertades de los aragoneses (siendo esa preocupación más intensa cuando se trata de proteger a las personas que están en situación de pobreza extrema y en riesgo de exclusión social), es por lo que se elaboró el Informe Especial *«Personas en situación de exclusión social en Aragón»*,

entregado a las Cortes de Aragón el pasado mes de diciembre de 2015, cuya presentación ante las mismas se halla pendiente al día de la fecha.

En materia de Educación, la falta de plazas de alumnado en el primer ciclo de infantil ha sido, de nuevo, una de las preocupaciones más relevantes reflejadas en las quejas recibidas; de modo similar, la denegación de las prestaciones de servicios complementarios como el transporte y el servicio de comedor –en este último caso, su gestión y precio–, ha constituido uno de los motivos de queja más repetidos.

En Hacienda, la exención de pago en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y en la Plusvalía Municipal en los casos de pérdida de la vivienda habitual por dación en pago o ejecución hipotecaria ha sido objeto de pronunciamiento de esta Institución, así como su aumento en general y los incrementos del valor catastral de las viviendas. De otra parte, en materia de Sanidad merece destacarse la solución, mediante pago, de los expedientes pendientes de cobro de ayudas por material ortoprotésico y la aceptación por parte de todos los Hospitales de Aragón, de la sugerencia relativa a la elaboración de un Protocolo de Actuación para priorizar la atención de Urgencias a personas en situación de especial vulnerabilidad.

Debe destacarse, además, que han sido numerosos los temas objeto de estudio; además de los anteriormente citados, pueden mencionarse los siguientes: concentraciones parcelarias, aplicación de las ayudas de la política agraria comunitaria, aprovechamientos de montes de las entidades locales, facturaciones de gas y electricidad, deficiencias de accesibilidad y eliminación de barreras, retraso en la resolución de solicitud de IAI y de su renovación, retrasos en la elaboración de los PIA, necesidad de ayudas sociales para el pago de rentas, listas de espera en pruebas diagnósticas y en algunas especialidades, demanda de pisos de alquiler social, acceso al empleo público temporal de personas con discapacidad, provisión de puestos de personal docente no universitario con carácter interino, daños derivados de las crecidas del río Ebro, gestión de residuos, promoción del Inventario de Lugares de Interés Geológico en Aragón, ruidos, expropiaciones, deficiente estado de algunas carreteras, desdoblamiento de la carretera nacional 232, transporte urbano en la ciudad de Zaragoza, participación de menores en federaciones deportivas, dotación presupuestaria de las bibliotecas en Aragón, asistencia jurídica gratuita, solicitud de indemnizaciones en favor de las víctimas del terrorismo en Aragón, sanciones, contratación pública etc.

Esta Institución se ha dirigido en 844 casos a la Administración autonómica, en 691 supuestos, a la Administración Local y en 76, a la Administración del Estado. En 12 ocasiones, se ha interesado la debida información a Colegios Profesionales, y en 59, a empresas que gestionan servicios públicos.

El número de quejas presentadas por personas residentes en Aragón en el año de 2015 fueron 1.888, de las cuales, 236 procedían de Huesca y provincia, 151, a Teruel y provincia y 1.501, a Zaragoza y provincia. En 56 supuestos, las quejas procedieron del resto de Comunidades Autónomas, 2 del extranjero y, en el resto de los casos, no se precisó su procedencia.

Varios han sido los expedientes que se han incoado como consecuencia de la presentación de una queja firmada por un grupo importante de personas. Como ejemplo de ello, cabe citar el expediente 1457/2015-8, en el que una Asociación de Padres y Madres y un grupo de 2.110 ciudadanos solicitaban de esta Institución la mediación ante la autoridad administrativa competente, mostrando su disconformidad con la denegación por parte del Gobierno de Aragón de la apertura y puesta en funcionamiento del Colegio Ánfora Internacional de Cuarte de Huerva. En el expediente 193/2015-3, un grupo de 1.300 ciudadanos interesó el apoyo de esta Institución para reclamar el desdoblamiento de la carretera Nacional 232; 2.321 personas plantearon una queja relacionada con el baremo actual para la provisión de puestos de Técnico Auxiliar en Cuidados Auxiliares de Enfermería (TCAE) del salud con carácter interino, recogido en el Pacto entre Sindicatos y Servicio Aragonés de Salud de 20 de febrero de 2008, dando lugar al expediente 971/2015-4.

El titular y los asesores de esta Institución se han reunido, a lo largo de 2015, con diferentes colectivos de personas, asociaciones, fundaciones, agentes sociales y organizaciones no gubernamentales dedicadas a trabajar por las personas más vulnerables, –personas en situación de exclusión social, personas mayores, menores, personas con alguna discapacidad...–; además, se han girado visitas a 12 centros de menores, 15 residencias para personas mayores, 10 centros dedicados a personas en riesgo de exclusión y 3, a personas con algún tipo de discapacidad, física o mental. Con ello no sólo se pretende escuchar a quienes, por diferentes razones, son personas desfavorecidas, sino, además, promover, desde el respeto y asumiendo sus propias aportaciones, medidas constructivas de carácter estructural que impulsen su integración social y su inserción laboral.

Los ciudadanos se ponen en contacto con esta Institución, de forma mayoritaria, a través de una comparecencia personal: se han recibido 1.031 comparecencias en las oficinas de Zaragoza, Huesca y Teruel así como en las visitas realizadas por el titular a las Comarcas. Aun cuando la comunicación telemática es cada vez mayor, la atención personalizada, el conocimiento directo de quienes van a tramitar las quejas y el ofrecimiento de la información que se demanda, en algunas ocasiones, son las razones por las cuales las personas siguen optando por este medio para acercarse a esta Institución. El número de quejas presentadas por correo electrónico ascendió a 707, y a 165, las recibidas por correo ordinario.

Los expedientes incoados de oficio en 2015, en cumplimiento de las competencias legales y estatutarias, fueron 240.

Además, y como ya hiciera en años anteriores, en 2015 el Justicia de Aragón visitó las comarcas de Teruel –en dos ocasiones–, Cuencas Mineras, Jacetania, Albarracín, Ribagorza, Aranda, Andorra-Sierra de Arcos y Ribera Alta del Ebro; en todas estas ocasiones, el titular se reunió con alrededor de cien personas y representantes de asociaciones, fundamentalmente de carácter social, quienes le trasladaron sus problemas e inquietudes. Desde que se pusiera en marcha esta iniciativa en 2010, las personas recibidas directamente por el Justicia suman alrededor de 600. La finalidad de estas visitas no es otra que acercar la Institución a quienes, por razones diferentes (lejanía física, falta de movilidad, especial vulne-

rabilidad, carencia de recursos etc.), presentan especiales dificultades para acceder a esta Institución y, también, a las distintas administraciones.

El Justicia de Aragón compareció ante las Cortes aragonesas el día 4 de noviembre de 2015 para presentar el Informe Anual correspondiente al año de 2014. En fecha anterior, 24 de febrero de 2015, presentó ante las Cortes de Aragón el Informe Especial «*Las urgencias hospitalarias en el sistema nacional de salud: derechos y garantías de los pacientes*», elaborado de forma conjunta por todos los defensores autonómicos y por la Defensora del Pueblo.

De otra parte, el día 22 de diciembre de 2015 esta Institución remitió a la Cortes el Informe Especial «*Personas en situación de exclusión social en Aragón*», estando a la espera de la indicación de la fecha para su presentación al cierre de este Informe.

Además de ello, de acuerdo con lo previsto en el artículo 8.4.d de la Ley de la Infancia y Adolescencia de Aragón, esta Institución ha dictado el «*Informe sobre la situación de los menores en Aragón*» correspondiente al año de 2015, en el que se valora la actuación de las entidades públicas competentes en lo que se refiere al respeto del ejercicio de los derechos de los menores, así como la situación de aquellos que son objeto de medidas protectoras o que cumplen medidas judiciales. También en virtud del mandato establecido en la Ley Reguladora del Justicia de Aragón, en la actualidad está en período de elaboración el «*Informe sobre el estado de observancia, aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico aragonés*» correspondiente al año de 2015.

2. FORO DE DERECHO ARAGONÉS

El día 29 de septiembre de 2015 se firmó por la Institución El Justicia de Aragón, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, el Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, el Ilustre Colegio de Abogados de Huesca, el Ilustre Colegio de Abogados de Teruel, el Ilustre Colegio Notarial de Zaragoza, los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de Aragón y el Ilustre Colegio de Procuradores de Zaragoza, el convenio de colaboración para la celebración de los «Vigesimoquintos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés», que tuvieron lugar en cinco sesiones durante los meses de noviembre y diciembre, con el siguiente programa de ponencias:

- Día 3 de noviembre de 2015 en Zaragoza: *Homenaje a los hispanistas suecos de los Fueros: Gunnar Tilander y Max Gorosch*, por D. José Antonio Escudero y D. Antonio Pérez Martín.
- Día 10 de noviembre de 2015 en Zaragoza: *25 años del Foro de Derecho Aragonés: presente y futuro del Derecho Aragonés*, por D. Jesús Delgado Echeverría y D. Lorenzo Martín-Retortillo Baquer.

- Día 17 de noviembre de 2015 en Zaragoza: *Espacios naturales protegidos: ¿oportunidad o limitación de derechos?*, por D^a. María Martínez Martínez, D. Joaquín de Guerrero Peyrona y D. Pablo Munilla López.
- Día 24 de noviembre de 2015 en Zaragoza: *Reglamento sucesorio europeo y derecho interregional*, por el Ilmo. Sr. D. Francisco de Paula Puig Blanes, D. Juan María Díaz Fraile y D. Javier Pérez Milla.
- Día 1 de diciembre de 2015 en Teruel: *Seguros de vida, fondos de pensiones e instrumentos de previsión en el régimen económico matrimonial y la sucesión por causa de muerte*, por D. Luis Alberto Marco Arcalá, D. Fernando Félix Alonso Andríu y D. José Antonio Montón del Hoyo.

Actualmente se está preparando la edición de las Actas con el contenido de las Ponencias.

3. REVISTA ARAGONESA DE DERECHO CIVIL

Esta revista, de periodicidad semestral, está editada por la Institución Fernando el Católico dentro de la Cátedra «Miguel del Molino», y comenzó su andadura en 1995. La revista está dirigida por D. Jesús Delgado Echeverría, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza y Director de la cátedra «Miguel del Molino». Su Consejo Asesor está integrado por una nutrida representación de todas las profesiones jurídicas aragonesas. La Institución del Justicia de Aragón está también presente en el citado Consejo.

4. REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Esta revista, de periodicidad semestral, está editada por el Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales y dirigida por el Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza, D. Fernando López Ramón. El Justicia de Aragón colabora con la misma formando parte de su Consejo de Redacción.

5. OTRAS ACTUACIONES

Dentro de este apartado incluimos noticias de otras actuaciones relevantes para la promoción y desarrollo del ordenamiento jurídico aragonés, producidas a lo largo de 2015 y en las que esta Institución ha participado:

XIII Jornadas de la Constitución: el Tribunal Constitucional (Organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza y el Justicia de Aragón).

La jornada tuvo lugar el día 3 de diciembre de 2015.

Las Ponencias fueron las siguientes:

«El Tribunal Constitucional, su compromiso con la Constitución de 1978 y los derechos de los ciudadanos». Excmo. Sr. D. Antonio Narváez Rodríguez, Magistrado del Tribunal Constitucional.

«Tribunal Constitucional y Estado autonómico». Dr. D. Juan José Solozábal Echavarría, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid.

Por otra parte, la labor editorial de la Institución ha continuado a lo largo del año, mediante la publicación y presentación de cinco libros: Las Actas de los Vigesimocuartos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, el libro de D. Lorenzo Martín-Retortillo Baquer «*La reforma de la Constitución vista por un senador constituyente*», «*Formularios de escrituras notariales en castellano y aragonés según el Código de Derecho Foral de Aragón*», de los autores D. Javier Mazana Puyol, D. José Ignacio López Susín y D. Miguel Martínez Tomey; el libro número 55 de la colección del Justicia con el título «*La organización eclesiástica del Reino de Aragón (1035-1164)*» de Doña Rosa María Bandrés Sánchez-Cruza e «*Historia de la familia Lanuza y antiguos documentos del Valle de Tena*», de D. Mariano Fanlo Basail.

B. NOTICIAS DE LA COMISIÓN ARAGONESA DE DERECHO CIVIL

La *Comisión Aragonesa de Derecho Civil* (CADC), en cumplimiento del encargo recibido del Gobierno, terminó los trabajos de preparación del *Código del Derecho Foral de Aragón* en la sesión de 23 de febrero de 2011 (Acta 261). Las últimas «Noticias» de la CADC publicadas en la RDCA-2011-XVII, págs. 340 a 347, concluyen con el relato de la ejecución de la refundición de las Leyes civiles aragonesas, refundición que supone el cierre de una larga etapa en la que, sin pretender agotar las competencias, se ha reformulado, aclarado y completado el Derecho contenido en la *Compilación aragonesa de 1967*, con los añadidos procedentes de las proposiciones de ley relativas a las parejas estables no casadas y los efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo. Con la entrada en vigor, el 23 de abril de 2011, del *Código del Derecho Foral de Aragón*, se inicia una nueva etapa en la vida del Derecho civil aragonés.

1. LA COMISIÓN EN LA VIII LEGISLATURA

En la Legislatura pasada (la VIII), pasados varios meses, el Sr. Consejero de Presidencia y Justicia (Roberto Bermúdez de Castro, del PP) recibió al Presiden-

te y al Secretario de la Comisión el 26 de noviembre de 2013, en una amable entrevista en la que participó también el Director General de Servicios Jurídicos (Jesús Lacruz Mantecón). No asistió el Director General de Desarrollo Estatutario (José María Bescós Ramón, del PAR). Aunque la actitud de las nuevas autoridades fue positiva no hubo un concreto encargo de trabajo para la Comisión, sin perjuicio de poder contar con ella para otras actividades relacionadas con la promoción y difusión del Derecho civil aragonés.

La Dirección General de Desarrollo Estatutario preparó un Anteproyecto de ley de organización y funcionamiento de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral, que fue sometido a informe de diversas entidades y corporaciones profesionales, entre ellas la propia CADC. Los miembros de la CADC, examinado el texto del Anteproyecto, firmaron el dos de abril de 2014 un escrito dirigido al Sr. Consejero de Presidencia y Justicia, en el que hacían las siguientes consideraciones:

«No es necesario que la regulación propuesta para la Comisión Aragonesa de Derecho Foral se contenga en una norma de rango legal. Ello no obstante, si para dotarle de mayor relevancia institucional se considera oportuno aprobar una Ley que la regule, se estima que bastaría con reproducir el contenido del Decreto actualmente vigente para la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, norma que ha permitido que esta Comisión haya cumplido adecuadamente con sus funciones.

«No parece oportuno introducir en la norma nuevas atribuciones, que en unos casos producirían solapamientos y duplicidades con las encomendadas a otras instituciones, como el Justicia de Aragón, y en otros dilatarían el acceso a los órganos judiciales.»

Pese a ello, los Grupos Parlamentarios del Partido Popular y del Partido Aragonés presentaron una Proposición de ley de actualización de los derechos históricos de Aragón (BOCA núm. 250, de 18 de julio de 2014) en la que, entre otras cosas, se incluía una nueva regulación de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil (art. 20); por otra parte, al final de la Legislatura se presentó también el Proyecto de Ley de organización y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Foral (BOCA núm. 291, de 15/12/2014). Ambas iniciativas legislativas, que publica la RDCA 2014-XX, págs. 281 a 302, decayeron con la disolución de las Cortes.

La misma suerte ha corrido la Proposición no de Ley núm. 45/15, sobre la solicitud de un informe a la Comisión Aragonesa de Derecho civil con relación a la prestación del consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo, presentada por el GP de CHA (BOCA núm. 320, de 13 de marzo de 2015) y aprobada por el Pleno de las Cortes de Aragón, en sesión celebrada los días 12 y 13 de marzo de 2015 (BOCA, núm. 324, de 19 marzo 2015), y que dice lo siguiente:

«Las Cortes de Aragón instan al Gobierno de Aragón a que solicite a la Comisión Aragonesa de Derecho Civil un informe en el que determine si la competencia para legislar sobre la prestación del consentimiento para la interrupción

voluntaria del embarazo, en los casos permitidos por la ley, por parte de mujeres menores de edad o con capacidad modificada judicialmente, o mujeres mayores sujetas a tutela o curatela o que no estén en condiciones de prestar su consentimiento, corresponde a la Comunidad Autónoma de Aragón, en virtud de la competencia exclusiva sobre conservación, modificación y desarrollo del Derecho foral aragonés prevista en el artículo 71.2.^a del Estatuto de Autonomía o, por el contrario, corresponde al Estado, y, en consecuencia, manifieste si la normativa estatal vigente al respecto o las previsiones contenidas en la Proposición de Ley Orgánica registrada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados el día 18 de febrero de 2015, en el caso de que llegue a aprobarse, son o no de aplicación a las mujeres con vecindad civil aragonesa.»

2. LA COMISIÓN AL INICIO DE LA ACTUAL LEGISLATURA

En la actual Legislatura (la IX), después del Pilar de 2015, el Presidente de la CADC solicitó al Sr. Consejero de Presidencia (Vicente Guillén Izquierdo, del PSOE) que recibiera a la Comisión. La entrevista tuvo lugar el 5 de noviembre de 2015, en ella participaron, además del Sr. Consejero, el Director General de Servicios Jurídicos (Vitelio Tena Piazuelo) y el de Relaciones Institucionales y Desarrollo Estatutario (Enrique Giménez Allueva), del que depende orgánicamente la Comisión; en representación de ésta acudió exclusivamente el Presidente ante la imposibilidad del Secretario. Es deseo del Sr. Consejero contar con la Comisión para la modificación de los arts. 535 y 536 CDFA, necesaria a juicio de los técnicos del Gobierno de Aragón por la incidencia de la Ley de Jurisdicción Voluntaria sobre la sucesión legal a favor de la Comunidad Autónoma y el Hospital de Nuestra Señora de Gracia.

Poco después, el Gobierno de Aragón, en su reunión celebrada el 17 de noviembre de 2015, acordó «encomendar, al amparo de lo dispuesto en el art. 37, apartado 4º de la Ley 2/2009, de 11 de mayo, del Presidente y del Gobierno de Aragón, a la Comisión Aragonesa de Derecho Civil la redacción del anteproyecto de modificación de los arts. 535 y 536 del Código de Derecho Foral de Aragón».

En este contexto, el dos de diciembre de 2015 la CADC ha vuelto a reunirse oficialmente (Acta 262). No lo hacía así desde la sesión de 23 de febrero de 2011 (Acta 261). El Gobierno de Aragón desea la permanencia de la actual Comisión, con su regulación breve y sencilla pero que ha permitido un funcionamiento ágil y satisfactorio, y quiere contar con ella para posibles encargos concretos que puedan surgir, como el ya indicado. Además, la Comisión considera oportuno que, aun sin un trabajo concreto, haya alguna reunión cada cierto tiempo para observar y reflexionar sobre los cambios y novedades que se vayan presentando y sean de interés para el Derecho civil aragonés. Por otra parte, aprovechando la concreta petición de reforma del Gobierno de Aragón, la CADC considera conveniente comenzar a reflexionar, sin prisa alguna, sobre otros artículos del CDFA afectados por la incidencia de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, y no sólo porque en ocasiones la referencia al Juez haya que entenderla hecha ahora al Letrado

de la Administración de Justicia, sino también para analizar otras influencias que esta ley puede tener en distintas figuras aragonesas.

3. LA REFORMA DE LOS ARTS. 535 Y 536 CDFA

El concreto encargo que el Gobierno ha hecho a la Comisión es fruto de un previo debate interno, con tres informes de tres Direcciones Generales (la anterior de Desarrollo Estatutario, la de Servicios Jurídicos y la de Patrimonio) todos coincidentes en la necesidad de reformar los arts. 535 y 536 CDFA para modificar la expresión «previa declaración judicial de herederos» tras los cambios introducidos por la Ley de Jurisdicción Voluntaria al reformar la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas y establecer un procedimiento para la declaración de herederos a favor del Estado y las Comunidades Autónomas por vía administrativa, suprimiendo la anterior declaración judicial de herederos en este ámbito. La reforma se consideró urgente y se quiso introducir en la Ley de medidas de acompañamiento de los Presupuestos, pero finalmente la reforma del CDFA se ha dejado fuera, no así la del TR de la Ley de patrimonio de Aragón, cuya reforma va ya incluida en dicha Ley de medidas, para establecer el procedimiento administrativo de la declaración de heredero a favor de la Comunidad Autónoma. La tarea que se encomienda a la CADC es, por tanto, muy concreta y limitada.

En el orden del día de la siguiente sesión de la CADC, que tiene lugar el 16 de diciembre de 2016 (Acta 263), se incluye como punto central el de la modificación de los arts. 535 y 536 CDFA. Seis miembros de la Comisión han presentado escritos con propuestas y sugerencias; el presentado por Don Jesús Delgado Echeverría contiene un borrador de anteproyecto de ley de reforma de los arts. 535 y 536 CDFA, con una exposición de motivos y dos artículos, uno para modificar los arts. 535 y 536 CDFA mediante la supresión en sus respectivos apartados 2 del inciso inicial «Prevía declaración judicial de herederos», y otro para determinar la entrada en vigor de la reforma.

Se acuerda partir de este borrador para debatir el punto del orden del día. Se aceptan las mejoras técnicas sugeridas en el escrito de Don José Antonio Serrano García. Se debaten los dos párrafos de la exposición de motivos. Aunque no lo diga directamente así la Ley de Jurisdicción Voluntaria, hay acuerdo en que la decisión del procedimiento para la declaración de heredero del Estado o Comunidad Autónoma es una cuestión de competencia estatal, sin que haya alguna particularidad en el Derecho sustantivo aragonés que aconseje introducir alguna especialidad procedimental (art. 149.1.6ª CE), no la hay en la declaración de heredero legal a favor del Hospital de Nuestra Señora de Gracia, que, según ha dicho el legislador competente, la realizará la Diputación General de Aragón. Se aprueba por unanimidad la Exposición de Motivos.

Se debate si la modificación a introducir en los arts. 535.2 y 536.2 CDFA ha de ser la supresión íntegra del inciso inicial «Prevía declaración judicial de herederos» o simplemente suprimir en este inciso el término «judicial». Se acuerda por unanimidad que es más oportuno esto segundo, porque así se remarca que la Comunidad Autónoma hereda como los demás herederos legales, de modo

que para adquirir la condición de heredero necesita una previa declaración, a efectuar en vía administrativa por la propia Comunidad Autónoma. Se aprueba también por unanimidad la Disposición Final sobre la entrada en vigor de la reforma el mismo día de su publicación en el *Boletín Oficial de Aragón*, que ha tenido lugar el día 17 de febrero de 2016.

Aunque el encargo del Gobierno no incluye la revisión de la proyectada reforma del Texto refundido de la Ley de Patrimonio de Aragón en materia de sucesión legal a favor de la Comunidad Autónoma de Aragón, la Comisión considera oportuno hacerle llegar algunas sugerencias de modificación de los arts. 20.4, 20 bis y 20 ter del citado Texto refundido en la redacción dada por el Proyecto de Ley de Medidas. Estas sugerencias han sido tenidas en cuenta en las enmiendas de modificación presentadas por el Grupo Parlamentario Socialista a los indicados artículos, excepto la que proponía la supresión del apartado 2 del art. 20 ter, que admite que, mediante acuerdo del Gobierno de Aragón y previo informe de la Dirección General de Servicios Jurídicos, se pueda aprobar la repudiación de la herencia a favor de la Comunidad Autónoma cuando quede acreditado que el valor de las deudas del causante es superior al de sus bienes o derechos. El BOA núm. 22, de 3 de febrero de 2016, publica la Ley de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón, que incluye la reforma del Texto refundido de la Ley de Patrimonio de Aragón en su art. 33.

4. PROPUESTAS DE LA CONSEJERÍA DE VERTEBRACIÓN DEL TERRITORIO, MOVILIDAD Y VIVIENDA

Terminada esta minirreforma, la CADC ha vuelto a reunirse el día 10 de febrero de 2016 (Acta 264), con dos cuestiones en el orden del día: a) Propuestas de la Consejería de Vertebración del Territorio, Movilidad y Vivienda; b) Presentación de las Notas de doña María-Ángeles Parra Lucán sobre las relaciones entre el Código del Derecho Foral de Aragón y la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

En el Decreto-Ley 3/2015, de 15 diciembre, del Gobierno de la Aragón, de medidas urgentes de emergencia social en materia de prestaciones económicas de carácter social, pobreza energética y acceso a la vivienda, que ha decaído por el transcurso del tiempo para su convalidación pero que se está tramitando como Proyecto de ley, se incluye la disposición adicional segunda, relativa al régimen de la vivienda habitual en Aragón, cuyo tenor literal es el siguiente: *Por el Departamento competente en materia de derecho foral se encargará a la Comisión Aragonesa de Derecho Civil el estudio del régimen jurídico de acceso y tenencia de la vivienda habitual en Aragón con objeto de proteger a las personas o unidades de convivencia en situación de vulnerabilidad.* Ante la imposibilidad del Sr. Consejero de Vertebración del Territorio, Movilidad y Vivienda (José Luis Soro Domingo, de CHA) de asistir a la reunión, como tenía previsto, es el Director General de Relaciones Instituciones y Desarrollo Estatutario el que, por encargo suyo, traslada a la Comisión sus planteamientos, que la Comisión debate inicialmente a la espera de una próxima reunión con el propio Sr. Consejero de Vertebración Territorial, Movilidad y

Vivienda. Esta reunión ha tenido lugar en el despacho del Sr. Consejero el día 17 de febrero de 2016, a las 17 hs.

Al tratarse de un Proyecto de ley, la existencia de esta disposición adicional no añade nada que no pudiera hacer ya el Gobierno sin ella: encargar a la Comisión los estudios que estime necesarios. Pero la Comisión considera, de entrada, que desde el ámbito de competencias propio del Derecho civil aragonés no es aconsejable intentar construir una norma general entre particulares que sirva para la protección del derecho a la vivienda habitual de las personas en situación de vulnerabilidad. El acceso y la tenencia de la vivienda habitual se rige por las normas generales, y la protección de las personas en situación de vulnerabilidad es propia de las medidas de Derecho público. No se descarta, en cambio, que la Comisión pueda asesorar, desde el ámbito del Derecho privado, en las tareas de preparación de una futura ley de vivienda de Aragón.

5. NOTAS DE DOÑA MARÍA-ÁNGELES PARRA LUCÁN SOBRE LAS RELACIONES ENTRE EL CÓDIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN Y LA LEY DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

En ausencia temporal de la autora de estas Notas, es el Presidente el que hace la presentación de su escrito, que todos los miembros de la Comisión conocen ya. Se estima por todos que es un trabajo muy bien fundado y que puede servir de base para estudiar y reflexionar, sin prisas, sobre las posibles afecciones que la Ley de Jurisdicción Voluntaria puede provocar en nuestro Derecho propio. En las Notas se indica que hay algunas cuestiones concretas que, en opinión de su autora, podrían aconsejar alguna pequeña modificación para su puesta al día. Don Adolfo Calatayud Sierra anuncia que, a partir de las Notas, está trabajando en una propuesta de texto para la reforma.

En Zaragoza, a 22 de febrero de 2016.

C) CURSOS, CHARLAS Y SEMINARIOS SOBRE DERECHO CIVIL ARAGONÉS

1. CURSOS EN LA UNIVERSIDAD DE LA EXPERIENCIA

Desde el curso 2001-2002, en el que se inauguró por primera vez en Zaragoza la llamada Universidad de la Experiencia, se contó con un curso de Derecho civil aragonés.

En la actualidad, y por decimotercer año consecutivo, el Derecho civil aragonés sigue estando en la nómina de los cursos que allí se imparten y cada año con más alumnos y éxito.

En este curso 2015-2016 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, M^a Teresa Alonso Pérez, Elena Bellod Fernández de Palencia, Miguel Lacruz Mantecón, José Luis Argudo Périz, Aurora López Azcona, María Biesa Hernández 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 pasado, en la subse de Alcañiz, los profesores Lalana del Castillo y Tena Piazuelo impartieron, dentro del llamado Programa Básico de la Universidad de la Experiencia, un curso sobre «*Derecho civil aragonés*» que tuvo lugar en los meses de abril y mayo de 2015.

La Universidad de la Experiencia programó una conferencia sobre «Derecho civil aragonés: la compraventa de vivienda», el pasado 4 de marzo de 2015 en el Ayuntamiento de Jaca, que estuvo a cargo del profesor Isaac Tena Piazuelo.

2. XXV EDICIÓN DEL CURSO DE DERECHO ARAGONÉS DE LA «CÁTEDRA LACRUZ BERDEJO»

En anterior número de la Revista dimos cuenta de la imposibilidad de celebrar las que hubieran sido las «bodas de plata» del Curso de Derecho aragonés «Cátedra Lacruz Berdejo», cuyo origen se remonta al año 1990.

Este curso 2015-2016 se han retomado las enseñanzas y se celebra la XXV edición del mismo con una participación de dieciséis estudiantes, la mayoría de ellos letrados judiciales.

El curso, como en las ediciones anteriores, lo dirige Antonio Embid Irujo que cuenta como responsables de área con los profesores, Jesús Delgado Echeverría, Manuel Contreras Casado e Ismael Jiménez Compaired.

3. CURSO ON LINE DERECHO CIVIL ARAGONÉS

El CGPJ, dentro de su programa de formación continua, ha ofertado a lo largo del año 2015 *un curso on line de Derecho aragonés*, con un doble propósito: por un lado ofrecer a los integrantes de la carrera judicial la posibilidad de obtener la titulación que acredita la especialización en Derecho civil aragonés, que podrán hacer valer como mérito preferente en los concursos para órganos jurisdiccionales de Aragón (art. 341.2 LOPJ y arts. 71y ss. del R.CGPJ 2/2011, de 28 de abril, de la Carrera Judicial); y, por otro, fomentar el conocimiento del Derecho propio de Aragón entre los jueces que deben aplicarlo o que pueden hacer-

lo en el futuro contribuyendo así al desarrollo de un Derecho con tan larga tradición histórica y trascendencia en Aragón.

El curso estuvo dirigido por el Excmo. Sr. Manuel Bellido Aspas, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, contando con la Dirección técnica de D. Carlos Uribe Ubago, Magistrado y Director del Servicio de Formación continua de la Escuela Judicial.

En la impartición del curso participaron juristas procedentes de distintos ámbitos: la judicatura (F. Zubiri de Salinas, J. Seoane, C. Samanes, I. Martínez Lasierra; J. Arqué Bescós, J. Medrano Sánchez, L. Gil Nogueras, M. Diego Diago, F. J. Polo Marchador; J. J. Nieto Avellaneda, M. C. Royo Jiménez), la Universidad (J. Delgado, J. A. Serrano, C. Bayod, Alfredo Sánchez-Rubio, E. Bellod, J. L. Argudo, M. Lacruz Mantecón, A. López Azcona) y el Notariado (F. Agustín Bonaga, A. Catalayud, J. M. Enciso Sánchez, J. M. Navarro Viñuales).

La formación académica se desarrolló entre los meses de mayo a diciembre de 2015, impartándose un total 24 temas distribuidos en seis módulos (Historia y Fuentes; Derecho de la persona y familia; Derecho de sucesiones. Sucesión voluntaria; Derechos legitimarios. Sucesión legal y Derecho de bienes, Obligaciones y Procesal).

En mayo de 2016 comienza la 2ª edición de este Curso, en el que se editará un libro en formato electrónico con las lecciones redactadas por los profesores del curso.

4. II SEMINARIO DE DERECHO FORAL ARAGONÉS: SUCESIONES Y PATRIMONIO

La UNED, Barbastro, Calatayud, Teruel, en el marco de los Cursos de Extensión Universitaria, ha impartido, en 2016 en la Sede de Calatayud, el 18 de febrero, y en la de Barbastro, el 25 del mismo mes, el *II Seminario de Derecho foral aragonés: Sucesiones y patrimonio*, dirigido por el catedrático de Derecho civil Dr. Lasarte Álvarez y coordinado por el notario de Calatayud D. Fernando Agustín y por el profesor-tutor de la UNED en Barbastro, D. Francisco Mata Rivas.

El curso, dirigido a estudiantes de las titulaciones de Derecho, Ciencias Jurídicas de las Administraciones Públicas, Trabajo social y demás titulaciones del área de Ciencias jurídicas y Sociales, tuvo una duración de 10 h. lectivas y un reconocimiento de 0,5 ECTS o 1 crédito de libre configuración.

La primera sesión se desarrolló en la sede de Calatayud, con intervenciones de Dña. Carmen Rivas Alonso (Asesora de prensa del Justicia de Aragón) acerca de los hispanistas suecos (Tilander y Gorosch) estudiosos de los Fueros; D. Fernando Agustín Bonaga (Notario y Prof. Tutor de la UNED) habló sobre «La legítima en Aragón» y Dña. Aurora López Azcona (Ac. Titular de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza) sobre «Abolitorio y servidumbres».

La segunda sesión se desarrolló en la sede de Barbastro, con intervenciones de D. Carlos Lasarte, catedrático de Derecho civil en el UNED, que disertó sobre «La nueva regulación sucesoria en la Unión Europea», D. Isaac Tena Piazuelo,

prof. Acreditado a Catedrático de Derecho civil de la UZ, que abordó el tema «Prestaciones para los hijos tras la ruptura de la pareja: especialidades aragonesas» y, por último, con el tema «La herencia pendiente de asignación en Aragón» intervino D. Francisco Mata, abogado.

5. SEMINARIO DE DERECHO Y FISCALIDAD DE LAS SUCESIONES MORTIS CAUSA EN ESPAÑA: UNA PERSPECTIVA MULTIDISCIPLINAR

En la Universidad de Sevilla Pablo Olavide, los días 18 y 19 de marzo de 2015, tuvo lugar un seminario sobre Derecho y fiscalidad de las sucesiones en España. En la sesión de 18 de marzo intervino el profesor Delgado Echeverría con la ponencia «No sólo la legítima y la libertad de testar: otras reformas en nuestro Derecho de sucesiones».

D) OTRAS ACTIVIDADES DE DIFUSIÓN DEL DERECHO CIVIL ARAGONÉS

1. LA DIFUSIÓN DEL DERECHO ARAGONÉS A TRAVÉS DEL INSTITUTO DE DERECHO IBEROAMERICANO (2016)

En la página web de IDIBE en su sección NOTICIAS LEGALES Aurora López Azcona (Ac. Titular de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza y encargada de la sección de Derecho aragonés del precitado Instituto) da noticia de la reciente reforma de los arts. 535 y 536 CDFA por la Ley 3/2016, de 4 de febrero en lo que hace al llamamiento a la sucesión legal de la CC.AA. o, en su caso, el Hospital de Nuestra Sra. de Gracia.

Asimismo, en la misma página web se puede consultar el último número de la publicación de IDIBE, ACTUALIDAD JURÍDICA IBEROAMERICANA, núm. 3 bis, noviembre de 2015, dedicado íntegramente al régimen jurídico de la vivienda familiar en el Derecho latinoamericano. De su tratamiento en los Derechos civiles territoriales se han ocupado Aurora López Azcona en su trabajo sobre «La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura de la convivencia en el Derecho aragonés: Derecho positivo y práctica jurisprudencial» (págs. 45-98); Esther Algarra Prats (Ac. Catedrática de Derecho civil de la U. de la Alicante) y Javier Barceló Domènech (Ac. Catedrático de Derecho civil de la U. de la Alicante) en su trabajo sobre «La atribución del uso de la vivienda familiar: anotaciones al art. 6 de la Ley valenciana de relaciones familiares».

(págs. 99-112), y Ana Seisdedos Muiño (Prof. Titular de la Universidad del País Vasco) en su trabajo sobre «La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura de los progenitores: análisis de la Ley 7/2015, del parlamento vasco» (págs. 145-163)». Del Derecho civil estatal, el profesor De Verdá (Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Valencia) en su trabajo «La atribución del uso de la vivienda familiar en casos de divorcio en el Derecho español: La superación del Derecho positivo por la práctica jurisprudencial» (págs. 9-43). Ello sin olvidar las interesantes aportaciones de Derecho comparado, en particular, italiano, portugués, mexicano y argentino.

E) NOTICIAS SOBRE LEGISLACIÓN ARAGONESA CON INCIDENCIA EN MATERIA CIVIL

1. LEY 1/2015 DE 12 DE MARZO, DE CAZA DE ARAGÓN (BOA Núm. 58 de 23/03/2015, págs. 97979839)

Destacamos el régimen de responsabilidad regulado en la ley. Transcribimos los arts. 68 a 70 de la ley.

TÍTULO IX

Seguro obligatorio y responsabilidad por daños

Artículo 68.—*De la responsabilidad del cazador durante el ejercicio de la caza y del seguro obligatorio.*

1. Todo cazador estará obligado a indemnizar los daños que causare con motivo del ejercicio de la caza, excepto cuando el hecho fuera debido únicamente a culpa o negligencia del perjudicado o en caso de fuerza mayor. En las acciones de caza colectivas, si no consta el autor del daño causado a las personas, responderán solidariamente todos los miembros de la partida de caza.

2. Todo cazador deberá concertar un contrato de seguro de responsabilidad civil que cubra el riesgo de daños corporales durante el ejercicio de la caza, sin perjuicio de asegurar cualesquiera otras responsabilidades a que hubiera lugar conforme a la legislación civil y, en su caso, penal.

Artículo 69.—*Responsabilidad por daños producidos por especies cinegéticas en la agricultura, bienes forestales y ganadería.*

1. La atribución de responsabilidad por daños producidos por especies cinegéticas a cultivos agrícolas, bienes forestales o ganadería dependerá de los siguientes criterios:

a) En el caso de estar pactada la responsabilidad civil entre los propietarios o titulares de los terrenos o ganados afectados y los titulares de los derechos cinegéticos de las especies de caza que produzcan los daños, se estará a lo dispuesto en tales pactos, siempre que se ajusten al ordenamiento jurídico.

b) A falta de pacto, la responsabilidad se atribuirá del siguiente modo:

Si se trata de daños originados por especies de caza procedentes de terrenos cinegéticos, serán responsables los titulares de los derechos cinegéticos del terreno.

Si se trata de daños originados por especies de caza procedentes de terrenos no cinegéticos, serán responsables los titulares de los terrenos no cinegéticos.

Si se trata de daños originados por especies de caza procedentes de vedados, será responsable la Administración que los haya declarado.

En la valoración de la responsabilidad, habrá de tenerse en cuenta la posible existencia de circunstancias específicas, tales como la presencia de zonas de seguridad u otros impedimentos que dificulten la efectividad de las medidas de control.

c) Responsabilidad en zonas de seguridad.

La responsabilidad de la indemnización por los daños agrícolas, forestales o ganaderos producidos por especies cinegéticas provenientes de zonas de seguridad motivadas por la existencia de autopistas, autovías, líneas férreas o infraestructuras hidráulicas, será del titular de la infraestructura. Dicho titular será, además, el responsable de controlar en la zona de seguridad las especies cinegéticas que provoquen este tipo de daños.

d) Exención de responsabilidad por los daños.

No existirá la responsabilidad a la que se refiere el punto b) de este artículo en los siguientes casos:

Tanto en terrenos cinegéticos como no cinegéticos, aquellos casos en los que la Administración competente, en ausencia de otras soluciones prácticas y satisfactorias y si así le correspondiera, haya denegado al titular del derecho cinegético o del terreno no cinegético, incluyendo los englobados en vedados, las autorizaciones de carácter cinegético necesarias para prevenir y evitar los daños o que, en el caso de vedados, la propia Administración, con medios propios o contratados o mediante la autorización a terceros, no haya llevado a cabo tales medidas de control. En este caso, la responsabilidad recaerá en la Administración competente.

Que el titular del cultivo o del ganado en el que se están produciendo daños agrarios o ganaderos no haya notificado documentalmente la existencia de los

mismos, indicando polígono, parcela y recinto, al titular de los derechos cinegéticos reseñados en el artículo 5 de esta ley o al titular de la infraestructura viaria contemplada en la letra c) de este mismo artículo, antes de diez días naturales en el caso de cultivos frutales o de veinte días naturales en el resto de cultivos y bienes desde el inicio de los daños, con el fin de que dicho titular pueda realizar actuaciones encaminadas al control de los daños.

2. Con objeto de prevenir o paliar daños sobre bienes, ya sean de naturaleza agrícola, ganadera, piscícola, cinegética o forestal, las especies cinegéticas presentes en terrenos no cinegéticos, en ausencia de otras soluciones prácticas y satisfactorias, podrán ser objeto de acciones extraordinarias de control por parte de los propietarios o titulares de los terrenos afectados o de quien ellos designen, previa autorización expresa u otro régimen de control administrativo establecido por la Administración competente.

3. En los regadíos de nueva creación puestos en explotación posteriormente a la promulgación de esta ley, el único responsable de los daños agrícolas producidos por especies cinegéticas en los mismos será el propietario de los terrenos donde se hayan producido los daños, no teniendo derecho a solicitar el pago de dichos daños a los titulares de los derechos cinegéticos ni a la Administración.

4. El procedimiento administrativo de responsabilidad por daños agrarios producidos por especies cinegéticas se regulará por orden del consejero competente en materia de caza.

5. La Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón podrá establecer los mecanismos aseguradores oportunos para cubrir el pago de las indemnizaciones que le corresponda en los daños agrícolas producidos por especies cinegéticas.

Artículo 70.—Responsabilidad en accidentes de tráfico ocasionados por especies cinegéticas.

1. En accidentes de tráfico ocasionados por especies cinegéticas en las vías públicas, será responsable de los daños a personas o bienes el conductor del vehículo, sin que pueda reclamarse por el valor de los animales que irrumpen en aquellas.

2. No obstante, la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón asumirá el pago de las indemnizaciones a que haya lugar a favor de los perjudicados por los daños provocados en accidentes de tráfico ocasionados por atropellos de especies de caza mayor, quedando, no obstante, exenta de la obligación del pago de estas indemnizaciones en los siguientes supuestos:

- a) Cuando los propios perjudicados, mediando dolo, culpa o negligencia, hayan contribuido a la producción del daño.
- b) Cuando el accidente o siniestro no sea consecuencia directa de la acción de cazar. En este sentido, se considerará consecuencia directa de la acción de cazar cuando concurran simultáneamente las tres siguientes circunstancias:

- Que se produzca como resultado de una batida de una especie de caza mayor.
- Que la batida se haya desarrollado el mismo día del accidente si este se ha producido en horario hábil para la caza o, en caso de haberse producido fuera del horario hábil, que la acción cinegética se haya desarrollado en las doce horas anteriores al accidente.

A tal fin, los titulares de los cotos, así como los responsables de las batidas autorizadas, deberán llevar al día un libro de registro con la información que permita conocer a la Administración cinegética las jornadas concretas y los lugares en los que se hayan desarrollado las batidas, de acuerdo con lo aprobado en el plan anual de caza o en autorizaciones excepcionales.

Que la batida se haya llevado a cabo en un coto, reserva de caza o vedado cuyo límite esté ubicado a una distancia inferior o igual a mil metros sobre proyección topográfica desde el lugar exacto del accidente.

c) Cuando el accidente o siniestro se hubiera producido como consecuencia de la acción de caza colectiva sobre especie de caza mayor realizada en la modalidad denominada «al salto» en un coto o en zona no cinegética.

d) Cuando el accidente o siniestro se hubiera producido como consecuencia de la acción de caza colectiva sobre especie de caza mayor realizada exclusivamente en una zona no cinegética.

3. Sin perjuicio del régimen sancionador aplicable, cuando de la tramitación del procedimiento administrativo de reclamación de daños se desprenda falta de colaboración de los titulares de los acotados implicados o cualquier otro incumplimiento de las obligaciones que les impone la normativa de caza, la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón ejercerá el derecho de repetición o reclamación contra los titulares y responsables de los acotados para resarcirse de las indemnizaciones que se hubiera visto obligada a reconocer.

4. También podrá ser responsable el titular de la vía pública en la que se produzca el accidente como consecuencia de no haber reparado la valla de cerramiento en plazo, en su caso, o por no disponer de la señalización específica de animales sueltos en tramos con alta accidentalidad por colisión de vehículos con los mismos.

5. Por orden del consejero competente en materia de caza, se establecerá un procedimiento administrativo específico en el que se dará audiencia al titular del acotado ante el órgano competente para determinar, en su caso, la procedencia de dicho pago.

6. La Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón podrá establecer los mecanismos aseguradores oportunos para cubrir el pago de las indemnizaciones que le corresponda en los accidentes de tráfico por atropello de especies cinegéticas.

II. DECRETO-LEY 3/2015, DE 15 DE DICIEMBRE DEL GOBIERNO DE ARAGÓN, DE MEDIDAS URGENTES DE EMERGENCIA SOCIAL EN MATERIA DE PRESTACIONES ECO-

NÓMICAS DE CARÁCTER SOCIAL, PROBREZA ENERGÉTICA Y ACCESO A LA VIVIENDA (BOA Núm. 243, 18/12/2015, págs. 36897 a 36906)

En el Capítulo III de la ley incluye normativa sobre vivienda que responde a la siguiente finalidad, según expresa el Preámbulo del Decreto-ley:

«El **Capítulo III** establece medidas en materia de **vivienda**.

Las medidas que se contienen en esta norma tienen como único objetivo contrarrestar la situación de emergencia habitacional siendo el presupuesto de hecho habilitante de extraordinaria y urgente necesidad que requiere la presente norma.

En primer lugar, se garantiza el derecho a la vivienda a través de una intervención administrativa en procesos de ejecución hipotecaria o desahucio por impago de la renta.

La segunda medida implica a las entidades financieras y a sus sociedades de gestión inmobiliaria, así como a la Sociedad de Gestión de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria, SA. Se regula aquí la colaboración entre la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y estas entidades, así como se concreta, parcialmente, en qué consiste la función social de las viviendas que son propiedad de estas entidades. Todo ello con la mirada puesta en las soluciones habitacionales.

En tercer lugar, se suspenden los lanzamientos derivados de procesos de ejecución hipotecaria.

Se pretende con esta medida que las personas y familias puedan seguir residiendo en sus hogares, sin que se les desarraigue, mientras se promueven otras medidas de carácter económico que combatan la crisis y que permitan a estas personas y familias renegociar sus deudas hipotecarias. Instrumentalmente, en cuarto lugar, se garantiza que la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón tenga conocimiento de las demandas que se admitan a trámite en relación con los desahucios de arrendamientos. De este modo podrán articularse de inmediato medidas administrativas que faciliten el realojo de las personas y familias cuyo desahucio sea inevitable.

La creación del Registro de Viviendas Desocupadas de Aragón, quinta de las medidas, al igual que la anterior se dirige a articular las medidas precisas para hacer efectivo el derecho de acceso a la vivienda en situaciones de vulnerabilidad. Conocer las viviendas en manos del sector financiero o sus entidades dependientes que están desocupadas es fundamental para poder articular mecanismos que promuevan o impongan su ocupación aprovechando al máximo el parque residencial aragonés.

La creación del Fondo Social de Vivienda de Aragón, en sexto lugar, en conexión con todo lo anterior es una medida fundamental para estructurar la oferta de vivienda social existente en Aragón que permita a la Administración de la Comunidad Autónoma, como poder público competente en el conjunto del territorio aragonés, atender las situaciones de vulnerabilidad social aprovechan-

do al máximo los recursos de los sectores público y privado en materia de vivienda, coordinando los esfuerzos de todas las Administraciones Públicas.»

Transcribimos los preceptos que desarrollan estos principios:

CAPÍTULO II

Medidas en materia de pobreza energética

Artículo 7.—*Medidas para evitar la pobreza energética.* 1. Las Administraciones Públicas adoptarán medidas para hacer efectivo el derecho de acceso a los suministros básicos de agua potable, de gas natural y de electricidad a las personas y unidades familiares en situación de emergencia, mientras dure dicha situación. El derecho de acceso se garantiza si la vivienda dispone de instalaciones con capacidad de suministro.

2. Las administraciones públicas establecerán los acuerdos o convenios necesarios con los suministradores de agua potable, de gas y de electricidad para evitar los cortes de suministro, en los casos de impago por falta de recursos económicos de personas o unidades familiares en situación de urgencia social, fomentando la concesión de ayudas o la aplicación de descuentos en el coste de los consumos mínimos.

3. Cuando los profesionales de los Centros de Servicios Sociales detecten un caso de persona o unidad familiar en que se haya procedido o pueda producirse la suspensión del suministro correspondiente a su vivienda habitual como consecuencia del impago de la factura, realizarán una valoración técnica de su situación para determinar si se encuentra en una situación de riesgo de urgencia social y puede ser beneficiaria de una prestación económica destinada a la satisfacción de la deuda y se pondrá en conocimiento del suministrador a los efectos de posibilidad la continuidad o reestablecimiento del servicio en los términos que se establezcan en el acuerdo o convenio.

4. El suministrador de los servicios básicos de agua potable, gas y de electricidad informará a los usuarios, en cualquier aviso o comunicación que haga referencia a la falta de pago del servicio, de las previsiones relativas a la pobreza energética establecidas en este Decreto-Ley.

5. Se considerará que están en una situación de riesgo de emergencia las personas o unidades familiares que acrediten el cumplimiento de los requisitos que se exigen para ser beneficiario de las prestaciones económicas de Ayudas de urgencia.

CAPÍTULO III

Medidas en materia de vivienda

Artículo 8.—*Garantía del derecho a la vivienda digna.* 1. Los poderes públicos de Aragón deberán proveer de una alternativa habitacional a toda persona o unidad de convivencia de buena fe en situación de vulnerabilidad que se vea privada

de su vivienda habitual, como consecuencia de un procedimiento de ejecución hipotecaria, de pago o dación en pago de deudas con garantía hipotecaria, o de desahucio por falta de pago de la renta.

2. La garantía prevista en el apartado anterior podrá extenderse también, fuera de los supuestos anteriores, a otras personas o unidades de convivencia de buena fe que se encuentren en situación de especial vulnerabilidad social o emergencia.

Artículo 9.—*Suspensión de los lanzamientos en situación de especial vulnerabilidad.*

1. Hasta que se ofrezca una alternativa habitacional por parte de la administración, quedarán en suspenso los lanzamientos en los procesos judiciales o extra-judiciales de ejecución hipotecaria cuando la vivienda habitual de persona o unidad de convivencia de buena fe que se encuentren en supuestos de especial vulnerabilidad se adjudique al acreedor o a un tercero por él propuesto.

2. La situación de especial vulnerabilidad se regulará mediante Orden del titular del Departamento competente en materia de vivienda y deberá estar fundada en circunstancias tales como la edad, miembros de la unidad de convivencia, discapacidad, dependencia o enfermedad, exclusión social, víctimas de violencias machistas o circunstancias que afecten a los derechos humanos, económicas, situaciones de desempleo, así como otras de naturaleza análoga. Comprenderá, como mínimo, los supuestos establecidos en el artículo 1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

3. La situación de especial vulnerabilidad se acreditará mediante informe de la administración competente en materia de servicios sociales en los términos que se establezcan reglamentariamente.

Artículo 10.—*Comunicación con órganos judiciales.* 1. Con la finalidad de proporcionar una alternativa habitacional a las personas o unidades de convivencia que puedan verse afectadas por un desahucio o lanzamiento de su vivienda habitual, el órgano judicial que conozca del asunto remitirá mediante procedimientos preferentemente telemáticos al órgano autonómico competente en materia de servicios sociales comunicación de la demanda de desahucio de arrendamiento y las de ejecución hipotecaria admitidas a trámite, indicando además, si le consta, la identidad del demandado y de las personas que habitan habitualmente en la vivienda.

2. Los órganos judiciales solicitarán el consentimiento de las personas afectadas cuando sea preciso para la cesión de los datos señalados en el apartado anterior.

3. Excepcionalmente y para evitar su desahucio de la vivienda habitual, la administración autonómica podrá hacerse cargo del pago de la renta arrendaticia que deban abonar personas o unidades de convivencia de buena fe que se encuentren en situación de especial vulnerabilidad o emergencia. Reglamentariamente se regularán las condiciones y procedimientos para hacer

efectivo este derecho, así como, el plazo temporal máximo de duración del pago de la renta por parte de la administración autonómica.

Artículo 11.—*Colaboración con entidades financieras.* 1. El Gobierno de Aragón podrá suscribir convenios de colaboración con las entidades financieras, las sociedades inmobiliarias bajo su control, la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria, S.A., y las personas o entidades que operan en el sector inmobiliario para incrementar una oferta de alternativas habitacionales que permita dar adecuada respuesta a las necesidades de alojamiento de personas o unidades de convivencia en situación de vulnerabilidad. Estos convenios podrán tener por objeto la cesión de uso de viviendas desocupadas por parte de sus titulares.

2. En los convenios de colaboración se concretarán la modalidad o modalidades de gestión de las viviendas cedidas. La gestión podrá realizarse directamente por parte del propio cedente, a través de entidades privadas sin ánimo de lucro o por la administración pública o sus entidades instrumentales.

3. Los convenios de colaboración podrán incluir otras prestaciones, incluso de naturaleza económica o financiera, dirigidas a incrementar la oferta de alternativas habitacionales, o el acceso a las mismas, a cargo de las entidades privadas que los suscriban. Dichas prestaciones quedarán sujetas, en su caso, a lo establecido en la normativa de contratación o de subvenciones del sector público.

Artículo 12.—*Cesión y uso de viviendas desocupadas.* 1. Las entidades financieras, las sociedades inmobiliarias bajo su control y la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria, SA, deberán poner a disposición de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón las viviendas, situadas en el territorio de Aragón, que sean de su propiedad y provengan de procedimiento de ejecución hipotecaria, de pago o dación en pago de deudas con garantía hipotecaria, cuando el parque de viviendas resultantes de los convenios regulados en el artículo anterior y las viviendas del sector público sean insuficientes para dar adecuada respuesta a las necesidades de alojamiento de personas o unidades de convivencia en situación de vulnerabilidad, y estas se encuentren desocupadas, conforme a lo que se establezca reglamentariamente.

2. El órgano competente en materia de vivienda de la administración de la Comunidad Autónoma de Aragón designará a una persona o una unidad de convivencia para ocupar las viviendas desocupadas puestas a su disposición. La entidad titular de la vivienda estará obligada a otorgar título suficiente para el uso, bajo la fórmula preferente de arrendamiento o, excepcionalmente, otras que resulten admisibles en Derecho garantizando la correspondiente contraprestación.

3. Mediante Orden del titular del Departamento competente en materia de vivienda se determinarán las condiciones básicas del arrendamiento, las rentas aplicables y el modelo de contrato. La renta, que no podrá ser superior al treinta por ciento de los ingresos de la persona o unidad de convivencia, se graduará en función de dichos ingresos. La diferencia entre la renta máxima que abonará

la persona o unidad de convivencia y la aplicable a la vivienda de que se trate la abonará la administración.

4. Se considerarán causas justificadas para no aceptar la persona o la unidad de convivencia propuesta por la Administración las previstas en el artículo siguiente de esta norma como causas justificadas de desocupación.

5. En caso de incumplimiento o demora por parte de la entidad titular de la vivienda de las obligaciones establecidas en este artículo, el titular de la Dirección General competente en materia de vivienda podrá imponer multas coercitivas, cuya cuantía se fijará sobre el valor catastral de la vivienda del siguiente modo:

- a) Por la demora de un mes: uno por ciento del valor catastral.
- b) Por la demora del segundo mes: dos por ciento del valor catastral.
- c) Por la demora del tercer mes, y sucesivos: tres por ciento del valor catastral por cada mes hasta un máximo total del veinticinco por ciento del valor catastral.

6. Los ingresos procedentes de las multas coercitivas previstas en este artículo tendrán carácter finalista, generarán crédito en los programas de gasto de la Dirección General competente en materia de vivienda y serán destinados por ésta a actuaciones en materia de vivienda.

Artículo 13.—*Concepto de vivienda desocupada.* 1. A los efectos de esta norma, se considera que una vivienda está desocupada cuando no se haya destinado a uso residencial, bajo cualquier forma prevista en el ordenamiento jurídico, durante seis meses consecutivos en el curso de un año. En todo caso, la ocupación deberá ser efectiva, no siendo suficiente con la existencia de un título jurídico que habilite para ello.

2. Serán causas justificadas de desocupación de una vivienda las siguientes:

- a) Que las condiciones materiales de la vivienda no permitan su ocupación inmediata por motivos de habitabilidad. Esta situación deberá ser justificada por la entidad propietaria de la vivienda mediante el correspondiente informe técnico.
- b) Que la vivienda esté pendiente de la resolución de algún litigio que afecte a los derechos derivados de la propiedad.
- c) Que la vivienda esté ocupada ilegalmente.
- d) Que la vivienda esté gravada con alguna carga prevista en el ordenamiento jurídico que impida la ocupación.
- e) Que la vivienda tenga un destino legalmente previsto por el ordenamiento jurídico que pueda suponer su desocupación durante más de seis meses consecutivos al año, como pueden ser las de temporada, uso turístico, las destinadas a trabajadoras o trabajadores, y otras situaciones similares.

- f) Otras causas diferentes de las anteriores que impidan la ocupación de la vivienda. En estos supuestos, la carga de la prueba corresponderá a la entidad propietaria, que deberá aportar la documentación que acredite la imposibilidad de ocupación ante el órgano competente en materia de vivienda de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Artículo 14.—*Registro de Viviendas Desocupadas de Aragón.* 1. Se crea el Registro de Viviendas Desocupadas de Aragón en el que se inscribirán las viviendas que reúnan las siguientes condiciones:

- a) Estar situadas en territorio de Aragón.
- b) Estar legalmente desocupadas conforme a lo establecido en el artículo anterior.
- c) Corresponder su titularidad a las entidades financieras o a las sociedades inmobiliarias bajo su control.
- d) Provenir de un proceso de ejecución hipotecaria, o de pagos o daciones o en pago de deudas con garantía hipotecaria.

2. El Registro tiene como finalidad el control y seguimiento de las viviendas a las que se refiere el apartado primero de este artículo, con objeto de que la administración autonómica puede ejercer sus potestades y competencias para la garantía del derecho a la vivienda en situaciones de vulnerabilidad o especial vulnerabilidad conforme a lo establecido en esta norma.

3. La ocupación de una vivienda inscrita en el Registro bajo un régimen de tenencia que no sea el de propiedad no conllevará su baja en los asientos.

4. El Registro de Viviendas Desocupadas de Aragón tendrá como ámbito el de la Comunidad Autónoma y su llevanza corresponderá a la Dirección General competente en materia de vivienda.

5. Las entidades financieras o a las sociedades inmobiliarias bajo su control tendrán la obligación de comunicar al Registro de Viviendas Desocupadas la ocupación de las viviendas sujetas al régimen de inscripción establecido en esta norma.

6. Mediante Orden del titular del Departamento competente en materia de vivienda se establecerá el procedimiento de inscripción, modificación y cancelación de los datos del Registro, así como cuantas disposiciones sean precisas para su correcto funcionamiento.

Artículo 15.—*Fondo Social de Vivienda de Aragón.* 1. El Departamento competente en materia de vivienda constituirá el Fondo Social de Vivienda de Aragón como instrumento para la gestión de las políticas de vivienda social de los poderes públicos de Aragón.

2. El Fondo Social de Vivienda de Aragón abarcará todos los municipios de la Comunidad Autónoma de Aragón y tendrá carácter único.

3. El Fondo Social de Vivienda de Aragón incluirá:

- a) Las viviendas de las entidades del sector público aragonés, incluido el sector público local.
- b) Las viviendas cedidas a cualquier Administración Pública aragonesa por las entidades financieras, las sociedades inmobiliarias bajo su control, la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria, S.A., las personas o entidades que operan en el sector inmobiliario, o por otras personas físicas o jurídicas, afectadas a este fin. Cuando la cesión tenga lugar en propiedad podrán establecerse beneficios fiscales propios de las donaciones para fines sociales.
- c) Las personas o unidades de convivencia con necesidad de vivienda de estas características.

4. El Fondo Social de Vivienda podrá también incluir suelos dotacionales o con cualquier otra calificación compatibles con la promoción de viviendas u otras formas de alojamiento acordes con su finalidad. Dichas viviendas u alojamientos, una vez construidos, se integrarán necesariamente en el Fondo.

5. El Fondo Social de Vivienda de Aragón podrá crearse como un instrumento de intervención administrativa sin personalidad jurídica o constituirse como fundación o cooperativa. Su gestión corresponde a la Dirección General competente en materia de vivienda.

6. Las administraciones públicas competentes, como medida de fomento, podrán concertar el aseguramiento de los riesgos inherentes a la ocupación de las mismas, que garanticen el cobro de la renta, los desperfectos causados, la responsabilidad civil, la asistencia del hogar y la defensa jurídica.

7. Mediante orden del titular del Departamento competente en materia de vivienda se regularán los requisitos materiales y formales de las viviendas que se aporten al Fondo, los que deben reunir los ofertantes y demandantes de vivienda y las modalidades de gestión de las viviendas.

Disposición adicional primera.—*Registros en materia de vivienda.* 1. El Registro de Viviendas Desocupadas de Aragón entrará en funcionamiento cuando se publique la Orden del titular del Departamento competente en materia de vivienda prevista en el apartado quinto del artículo 14.6 de esta norma.

2. El Departamento competente en materia de vivienda integrará todos los registros existentes en materia de vivienda en un único instrumento básico para el control y seguimiento de la demanda y oferta de vivienda en el territorio aragonés, el estado del parque de vivienda existente, la necesidad de vivienda y la efectiva ocupación de las viviendas existentes.

3. Mientras no entren en funcionamiento los instrumentos de registro y recogida de información previstos en esta norma, el Gobierno de Aragón podrá promover la celebración de convenios con otras entidades del sector público y el Poder Judicial, con objeto de recabar información sobre viviendas desocupadas

en el territorio aragonés, sin perjuicio de la obligación de las entidades previstas en la disposición transitoria primera de comunicar las viviendas vacías de que dispongan.

Disposición adicional segunda.—*Régimen de la vivienda habitual en Aragón.*

Por el Departamento competente en materia de derecho foral se encargará a la Comisión Aragonesa de Derecho Civil el estudio del régimen jurídico de acceso y tenencia de la vivienda habitual en Aragón con objeto de proteger a las personas o unidades de convivencia en situación de vulnerabilidad.

Disposición adicional tercera.—*Régimen de inspección.*

Será de aplicación, para la verificación del cumplimiento de lo establecido en esta norma, el régimen de inspección establecido en el título III de la Ley 24/2003, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de política de vivienda protegida.

Disposición adicional cuarta.—*Seguimiento y aplicación del Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual.* 1. Con la finalidad tanto de realizar el seguimiento de la aplicación como de incrementar la eficacia del código de buenas prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual regulado en el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, las medidas contempladas en el mismo se desarrollarán dentro del sistema de mediación hipotecaria que la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y otras Administraciones Públicas aragonesas hayan implantado.

2. A tal efecto, la entidad financiera que inicie el procedimiento previsto en el citado código de buenas prácticas, solicitará a la Administración Pública correspondiente la inclusión del asunto en el sistema de mediación hipotecaria, donde se desarrollará el proceso negociador entre las partes afectadas con el apoyo de los mediadores del sistema público.

3. Una vez haya concluido la negociación, la Administración Pública en cuyo sistema de mediación se haya realizado, expedirá un documento que entregará a las partes donde se acreditará el cumplimiento del código de buenas prácticas. En el caso de que se inicie el proceso de ejecución hipotecaria porque el resultado de la aplicación de las anteriores medidas no haya culminado satisfactoriamente para las partes, la entidad financiera presentará, ante el órgano judicial competente en el procedimiento, el documento expedido por la Administración a los efectos de acreditar que se ha cumplido con lo dispuesto en el código de buenas prácticas, con independencia de cualquier otra documentación o medio de prueba que el órgano judicial estime necesario para comprobar que se ha cumplido con la regulación del código de buenas prácticas.

4. El Gobierno de Aragón fomentará la suscripción de convenios con otras Administraciones Públicas aragonesas para implantar un sistema de mediación hipotecaria coordinado que evite solapamientos entre ellas.

Disposición adicional quinta.—*Referencias de género.* La utilización de sustantivos de género gramatical determinado en referencia a cualquier sujeto, cargo o puesto de trabajo debe entenderse realizada por economía de expresión y como referencia genérica tanto para hombres como para mujeres con estricta igualdad a todos los efectos.

Disposición transitoria primera.—*Declaración de titularidad de viviendas desocupadas.* 1. Mientras el Registro de Viviendas Desocupadas de Aragón no esté operativo, las entidades financieras a las que se refiere el artículo 12 de esta norma deberán declarar cada tres meses ante el órgano autonómico competente en materia de vivienda la titularidad de las viviendas a las que se refiere el apartado primero de dicho artículo.

2. La primera comunicación deberá realizarse dentro del plazo de tres meses desde la entrada en vigor de este Decreto-Ley.

3. La omisión de la declaración de titularidad de una vivienda conforme a lo establecido en esta disposición constituirá una infracción leve que será sancionada con multa de 1.500 a 3.000 euros. Cuando sean varias las viviendas cuya titularidad no haya sido declarada se impondrá una sanción por cada una de las omitidas. Será de aplicación el régimen sancionador establecido en la Ley 24/2003, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de política de vivienda protegida. Los ingresos procedentes de las multas impuestas tendrán carácter finalista, generarán crédito en los programas de gasto de la Dirección General competente en materia de vivienda y serán destinados por ésta a actuaciones en materia de vivienda.

Disposición transitoria segunda.—*Suspensión de lanzamientos.* La suspensión de los lanzamientos de su vivienda habitual de personas o unidades de convivencia en situación de especial vulnerabilidad prevista en el artículo 9 de esta norma será de aplicación en los procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria iniciados a la entrada en vigor de la disposición reglamentaria que defina el marco de especial vulnerabilidad siempre que en dicha fecha no se hubiere ejecutado el lanzamiento.

Disposición transitoria tercera.—*Procedimientos de embargo de ayudas.* Las disposiciones de este Decreto-Ley resultarán de aplicación a los procedimientos de embargo en que, a la entrada en vigor, todavía no se haya acordado o dictado resolución de embargo de las ayudas que son objeto de esta Ley.

Disposición final primera.—*Título competencial.* El presente Decreto-Ley se dicta en ejecución de las competencias exclusivas previstas en los artículos 71.2.^a, 71.3.^a, 71.10.^a, 71.34.^a y 79.1 del Estatuto de Autonomía de Aragón.

Disposición final segunda.—*Desarrollo de la Ley.* 1. Se faculta al titular del departamento competente en materia de servicios sociales para que dicte las disposiciones necesarias para desarrollar y aplicar las normas previstas en los Capítulos I y II de la presente norma.

2. Se faculta al titular del departamento competente en materia de vivienda para que dicte las disposiciones necesarias para desarrollar y aplicar las normas previstas en el Capítulo III.

Disposición final tercera.—*Desarrollo de las ayudas de urgencia y de apoyo a la integración familiar.*

Las ayudas de urgencia y de apoyo a la integración familiar previstas en este Decreto-Ley serán objeto de desarrollo reglamentario en el plazo de un año, manteniéndose la vigencia del Decreto 48/1993, de 19 de mayo, de la Diputación General de Aragón, por el que se regulan las modificaciones de prestaciones económicas de acción social reguladas por la Ley 4/1987, de 25 de marzo, y en el Decreto 88/1998, de 25 de abril, del Gobierno de Aragón por el que se regulan las Ayudas Económicas de carácter personal en el Marco de la Protección de Menores en lo que no resulte incompatible.

Disposición final cuarta.—*Entrada en vigor.* Este Decreto-Ley entrará en vigor el mismo día de su publicación en el “Boletín Oficial de Aragón”.

Zaragoza, 15 de diciembre de 2015.

El Presidente del Gobierno de Aragón,
JAVIER LAMBÁN MONTANÉS

El Consejero de Vertebración del Territorio, Movilidad y Vivienda,
JOSÉ LUIS SORO DOMINGO

La Consejera de Ciudadanía y Derechos Sociales,
MARÍA VICTORIA BROTO COSCULLUELA

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAPHY

A) RECENSIONES

A) *REVIEWS*

LACRUZ MANTECÓN, Miguel L.: *Convivencia de Padres e hijos mayores de edad*, Colección Jurídica general. Monografías, ed. Reus, S. A., Madrid, 2016 (303 págs.) ISBN: 978-84-290-1891-2, por *María del Carmen Bayod López*.

1. EN EL PRINCIPIO: EL ORIGEN DE LA OBRA

El autor, profesor Titular de Derecho civil en la Universidad de Zaragoza, buen compañero y excelente persona, aborda en esta monografía un tema trascendental, en su acepción más kantiana, al versar sobre la *Convivencia entre padres e hijos mayores de edad* y acometer su estudio desde la esencia de las relaciones paternofiliares y extraer, poco a poco, sus efectos y propiedades.

La monografía que ahora ve la luz no ha sido una serendipia y mucho menos una chiripa sino el resultado de varios años de indagación que comenzaron en el 2013 con ocasión de un Seminario sobre *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿un modelo a exportar?*, que se celebró en Zaragoza los días 30 y 31 de mayo en la sede de la IFC de Zaragoza bajo la dirección del maestro Delgado Echeverría, y que fue coordinado por el profesor Serrano García y por mí misma.

En este seminario, el profesor Lacruz Mantecón analizó, con gran acierto, un tema nada estudiado hasta entonces: esa curiosa (e importante) norma que bajo el art. 70 del CDFA, establece que «La dirección de la vida y economía familiar corresponde a los padres. Los hijos deben cumplir las reglas de convivencia que los padres dispongan razonablemente y contribuir equitativamente a la satisfacción de las necesidades familiares. Los padres podrán exigir del hijo el cumplimiento de esa obligación».

La naturaleza de esta regla y su fundamento la anudó el profesor Lacruz al art. 10 CE, al libre desarrollo de la personalidad; derecho que, tras la mayoría de edad de los hijos, aun cuando estén «a cargo», recuperan de nuevo sus padres, al no enfrentarse ahora al «interés superior del menor».

Este primer contacto con el art. 70 dio lugar al estudio del autor, «Convivencia con hijos mayores de edad. Contribución de los hijos y reglas de la casa.

¿Cómo hacerlas valer?», publicado como un capítulo del libro *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿un modelo a exportar?*, que se editó en Zaragoza por la IFC en 2014, y que fue el semillero de esta estupenda monografía, que ahora paso a recensionar.

2. ESTRUCTURA Y CONTENIDO

La convivencia entre padres e hijos mayores de edad, la desarrolla el autor a lo largo de 8 epígrafes o capítulos en los que va desmenuzando la causa y efectos de esta convivencia adulta. Ciertamente, al hallarnos ante un estudio jurídico todo gira en relación a la obligación de alimentos entre parientes, que el Código civil español regula en los arts. 142 y ss., al carecer éste de preceptos normativos que sí aludan expresamente a la convivencia entre los mismos.

En efecto, tras reflexionar el autor en el capítulo primero sobre la familia y el Derecho en el siglo XXI (*Derecho y naturaleza*), en el capítulo segundo (*El sustento de lo hijos mayores*) se analiza la causa primigenia de esta convivencia: la falta de autonomía formativa y financiera de los hijos al alcanzar la mayor edad, lo que encuentra su fundamento para los ciudadanos españoles sujetos al Código civil en la obligación de alimentos entre parientes, *ex art.* 142 Cc.; en especial, en su párrafo segundo, cuando afirma que los alimentos comprenden también «la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor y *aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable*». Esta proposición final es el origen de esta relación de convivencia para los españoles sujetos al Código civil y amparada para todos los nacionales en el art. 39 CE. Los españoles sujetos al Derecho civil de Cataluña, igualmente hallan la causa de esta convivencia a través de la obligación de alimentos, que regula expresamente el Código civil de Cataluña, y por ello debe aplicarse a los españoles de esta vecindad. En Aragón, la relación de convivencia entre padres e hijos mayores de edad, responde al mismo origen (la falta de autonomía) pero se encuentra expresamente prevista en el CDFA a través del mantenimiento del deber de crianza y educación de los padres con hijos mayores de edad a su cargo (art. 69 CDFA) y cuya convivencia se regula en el art. 70 del Código del Derecho foral de Aragón. El autor tiene en cuenta el régimen jurídico aragonés para encontrar soluciones equivalentes también para los sujetos al Código civil español y al Código civil de Cataluña. En este sistema de Derecho comparado, se analiza también el *Code*, ya que el país vecino se ha ocupado con profusión de estas cuestiones.

En los capítulos 3 y 4, se examina en profundidad *La regulación de la convivencia con hijos mayores de edad*, fundada en la necesidad de alimentos de los hijos y, en particular, se analiza en qué, en cuánto, cómo y dónde se prestan los alimentos debidos, atendiendo también a la situación de ruptura de convivencia entre los padres, y proponiendo, incluso, la necesidad de una prórroga de la autoridad paterna para establecer las reglas de convivencia con estos «niños» mayores de edad (capítulo 4).

En el capítulo 5 se estudian meticulosamente todas *Las situaciones convivenciales* entre padres e hijos. El estudio lo lleva acabo el autor a través de análisis de

múltiples sentencias de las Audiencias Provinciales españolas que han tenido que dar respuesta a estas situaciones. Los modelos de convivencia responden, por un lado, i) al mantenimiento del hijo para su formación, desvelando el autor, a través de la experiencia forense, hasta dónde y hasta cuándo deben seguir pagando los padres (¿el máster, el posgrado, etc.?); por otro, ii) al mantenimiento por razón de necesidad (hijos que han terminado los estudios, los «nini», los hijos delincuentes, hijos casados pero sin medios, etc.) y, por último, iii) estudia también el autor la convivencia en el hogar familiar con hijos económicamente autosuficientes pero que no abandonan «el nido»; para este análisis el profesor Lacruz Mantecón se sirve de una ciencia auxiliar: la sociología.

En los capítulos 6 y 7 afronta el autor *Las reglas de convivencia* y las consecuencias de *el incumplimiento de las mismas*, respectivamente. En esta ocasión, y para determinar las reglas de la convivencia, el elemento clave va ser el art. 70 del CDFA, que contiene una regla cuyos principios se encuentran en el ordenamiento jurídico español común y foral. Estudia el autor hasta dónde llega el ámbito de la regulación paterna en lo que atañe a la convivencia (las reglas de la casa, la aportación de esfuerzo y dinero por parte de los hijos a la misma, etc.) y, por último qué mecanismos tienen los padres ante el incumplimiento de las normas de la casa por parte de los hijos. En ese capítulo séptimo, analiza el autor diversas estrategias de actuación de los padres entre las que se encuentran el desahucio y la extinción de la obligación de alimentos.

Este periplo termina con el capítulo 8, que aborda, como en el principio, bajo la rúbrica *Modelos de familia y familia modelo*, cuestiones sociológicas. La parte final de la monografía contiene la bibliografía utilizada en su composición.

Para finalizar, solo me queda decir que estamos ante un estudio completo sobre las relaciones de convivencia entre padres e hijos mayores de edad, estén o no a cargo de sus progenitores; estudio académico que tiene una gran proyección práctica al estar sus páginas repletas de la respuesta que a todas y cada una de estas cuestiones han proporcionado, hasta la fecha, los Tribunales españoles.

Estamos ante una obra que analiza un tema clásico y trascendental, escrita con chispa e inteligencia; y que tal vez, por ello, trae a mi memoria las palabras de Cicerón (106 al 43 a.c.), cuando afirmaba que «Estos son malos tiempos, los hijos han dejado de obedecer a sus padres...». Creo, por ello, que la obra que les presento contribuye a buscar soluciones a esta pandemia atemporal, que hará el gozo de académicos y prácticos.

Carmen BAYOD LÓPEZ

Comentarios al Código del Derecho Foral de Aragón. Doctrina y jurisprudencia. Director: Jesús Delgado Echeverría. Coordinadores: María del Carmen Bayod López y José Antonio Serrano García. Editorial Dykinson, Madrid, 2015 (833 pp.). ISBN 978-84-9085-489-1, por Miguel Ángel Tenas Alós y María-Cruz Lascorz Collada.

A) LA RAZÓN DE LA OBRA Y NECESIDAD DE LA MISMA

El Derecho civil aragonés siempre ha gozado de particularidades específicas que han tenido una enorme trascendencia para la vida y los derechos de los aragoneses. Su estudio y análisis pormenorizado permiten descubrir las numerosas cuestiones cuya resolución tiene lugar de un modo distinto al aplicable a la mayoría de ciudadanos españoles.

La importancia de esta materia se descubre por los ciudadanos día a día, afectando a los aragoneses y sus familias en todos los planos de su vida, tanto jurídica como cotidiana, velando por mantener un especial estatus alcanzado tras siglos de lucha, convicción, nobleza y perseverancia.

En el año 2011 se publicó el Código del Derecho Foral de Aragón, que constituye la piedra angular del Derecho foral de nuestra Comunidad Autónoma. El detallado análisis realizado por los autores en esta obra colectiva permite un mejor conocimiento y comprensión de los diversos artículos que la conforman, yendo mucho más allá. Y es que estos Comentarios, desarrollados en el marco del Grupo de Investigación Consolidado «Investigación y Desarrollo del Derecho Aragonés» (IDDA, referencia 2011-S29), no se refieren sólo al texto de los distintos artículos, sino que también informan de la jurisprudencia existente en la materia y la analizan para facilitar su comprensión al lector.

Por todo lo expuesto con anterioridad, este completo trabajo alcanza la posición no sólo de obra experta en la materia, sino de auténtica referencia para profesionales del Derecho –tanto aragoneses como nacionales– y para aquellos aficionados y curiosos que pretendan iniciarse en la materia, mejorar sus conocimientos o comprender la situación actual del Derecho foral aragonés, tanto normativa como doctrinal y jurisprudencial, de la materia en cuestión.

El Catedrático Emérito de Derecho Civil, Jesús Delgado Echeverría, a la sazón también Director de esta obra, señala que el Derecho aragonés, entre los ciudadanos y distintos profesionales de la materia, se encuentra siempre al servicio de los ciudadanos. Esta afirmación puede extrapolarse también a la obra que aquí estamos analizando.

B) LA ESTRUCTURA DE LA OBRA

Para facilitar la comprensión y consulta de los distintos asuntos de interés, la obra se ha organizado siguiendo el esquema del Código del Derecho Foral de Aragón. De esta manera, el acceso a la información precisa que se desea encontrar es sencillo y rápido. La distribución del análisis de los diversos artículos ha sido asignada a los diversos autores no de un modo lineal, sino atribuyendo el

análisis de cada artículo o conjunto de los mismos al profesional más experto en la materia, garantizando un resultado completo y eficaz.

De esta manera, la obra se divide del mismo modo que el Código del Derecho Foral de Aragón, pudiendo por tanto distinguirse a modo introductorio el Preámbulo y el Título Preliminar, para posteriormente desarrollar el Libro primero –correspondiente a Derecho de la persona–, dividido en varios Títulos. El Título primero analiza la capacidad y el estado de las personas, subdividiéndose en varios Capítulos. Encontramos, así, el Capítulo Primero –capacidad de las personas por razón de la edad, dividido además en varias secciones–, el Capítulo Segundo –incapacidad e incapacitación, disponiendo de dos secciones distintas–, y el Capítulo Tercero, correspondiente a la ausencia.

Dentro del ya mencionado Libro Primero, encontramos tres Títulos más. El Título II se refiere a las relaciones entre ascendientes y descendientes, dividiéndose en tres Capítulos, relativos a los efectos de la filiación –Capítulo Primero; el deber de crianza y autoridad familiar –Capítulo Segundo, dividido en varias Secciones y subsecciones–, y la gestión de los bienes de los hijos –Capítulo Tercero–. En lo que se refiere al Título III de este Libro Primero, referido a las relaciones tutelares, encontramos ocho Capítulos. El Capítulo Primero trata las disposiciones generales, encargándose el Segundo de la delación, dividido a su vez en tres secciones. Posteriormente encontramos el Capítulo Tercero, cuya temática es la capacidad, excusa y remoción. El Capítulo Cuarto –la tutela– se divide en tres secciones, mientras que los Capítulos Quinto –la curatela–, Sexto –el defensor judicial– y Séptimo –la guarda de hecho– quedan constituidos sin ningún tipo de división. Finalmente, el Capítulo Octavo –la guarda administrativa y el acogimiento–, dispone de dos secciones. El último Título de este Libro Primero es el Cuarto, correspondiente a la junta de parientes.

El Libro Segundo del Código del Derecho Foral de Aragón, cuya estructura continúa siguiendo la obra comentada, tiene por título «Derecho de familia», y se encuentra igualmente dividido en varios Títulos. El Título I se refiere a los efectos generales del matrimonio, mientras que el Título II se encarga de los capítulos matrimoniales. El régimen económico y matrimonial de separación de bienes está recogido en el Título III. El Título IV recoge el consorcio conyugal, encontrándose dividido en cuatro capítulos. El Capítulo I regula los bienes comunes y privativos, resultando materia del Capítulo II las deudas comunes y privativas. El Capítulo III recoge la gestión del consorcio, encontrándose a su vez subdividido en tres secciones. También se divide en tres secciones el Capítulo IV, que regula la disolución, liquidación y división del consorcio. Finalmente, encontramos en el Libro Segundo los Títulos V y VI. El Título V regula la viudedad, dividiéndose en tres Capítulos –«Disposiciones generales», «El derecho de viudedad durante el matrimonio» y «Usufructo viudal»–, mientras que el Título VI se encarga de las parejas estables no casadas.

El Libro Tercero, titulado «Derecho de sucesiones por causa de muerte», engloba más de 200 artículos, convirtiéndose en el más extenso del cuerpo legal analizado en la obra, como refleja su división en siete títulos. El Título Primero de este Libro Tercero se refiere a las sucesiones en general, encontrándose a su

vez dividido en varios capítulos. Estos Capítulos se refieren a las disposiciones generales –Capítulo Primero–, la capacidad e indignidad para poder suceder –Capítulo Segundo–, o la sustitución legal –Capítulo Tercero–. La aceptación y repudiación de la herencia copa el Capítulo Cuarto, mientras que el Quinto está dedicado a la responsabilidad del heredero. El Capítulo Sexto es el primero en ofrecer varias secciones, refiriéndose a la colación y partición. Este Título primero finaliza con el Capítulo Séptimo, titulado «Consortio foral».

El Título Segundo de este Libro Tercero regula la sucesión paccionada, dividiéndose a su vez en seis capítulos. El Capítulo Primero se refiere a las disposiciones generales, encargándose el Capítulo Segundo, dividido en tres secciones, de la institución a favor de contratante. Sin ningún tipo de división sectorial encontramos posteriormente los Capítulos Tercero –«Institución recíproca»–, Cuarto –«Pacto a favor de tercero»–, Quinto –«Pactos de renuncia»– y Sexto –«Revocación, modificación e ineficacia»–. Por su parte, el Título Tercero se encarga de la sucesión testamentaria, encontrándose dividido en tres capítulos, titulándose cada uno de ellos «Disposiciones generales», «Testamento mancomunado» e «Invalidez e ineficacia de los testamentos». De los distintos capítulos que conforman el Título Tercero, únicamente el último de ellos se encuentra dividido en secciones.

Continuando con el Libro Tercero, el siguiente es el Título Cuarto, cuya rúbrica es «De la fiducia sucesoria». Se encuentra dividido en cuatro capítulos distintos, encargándose el Capítulo Primero de la regulación de las disposiciones generales. El Capítulo Segundo alude a la herencia pendiente de asignación, mientras que el Capítulo Tercero lo hace a la ejecución de la fiducia y el Capítulo Cuarto regula la extinción de esta figura. Apenas veintiún artículos de extensión ofrece el Título Quinto de este Libro Tercero, dividiéndose no obstante en cuatro capítulos distintos. El Capítulo Primero regula la posibilidad de la designación de sucesor, mientras que el Capítulo Segundo recoge los legados. El Capítulo Tercero trata los derechos de acrecer, y el Capítulo Cuarto regula la figura del albacea.

Los últimos Títulos del Libro Tercero del Código del Derecho Foral de Aragón son el Sexto –«De la legítima»– y el Séptimo –«De la sucesión legal»–. El Título Sexto dispone de seis capítulos, refiriéndose el primero de ellos a las disposiciones generales. El Capítulo Segundo trata la intangibilidad cuantitativa, mientras que el Capítulo Tercero regula la intangibilidad cualitativa. La rúbrica del Capítulo Cuarto es la «Preterición», mientras que la materia del Capítulo Quinto es la desheredación y exclusión. Finalmente, el Capítulo VI trata de los alimentos. El Título Séptimo de este Libro Tercero se encarga, como hemos señalado, de la sucesión legal, encontrándose para esta tarea dividido en seis capítulos en total. El Capítulo Primero establece las disposiciones generales de la materia, mientras que el Capítulo Segundo regula la sucesión de los descendientes. Sin ningún tipo de subdivisión en secciones, el resto de capítulos se rubrican como «Recobros y sucesión troncal» –Capítulo Tercero–, «Sucesión de los ascendientes» –Capítulo Cuarto–, «Sucesión del cónyuge y los

colaterales» –Capítulo Quinto–, y «Sucesión en defecto de parientes y cónyuge» –Capítulo Sexto–.

El último Libro es el Cuarto, relativo al Derecho patrimonial, y que se encuentra dividido en cuatro títulos. El Título Primero de este Libro Cuarto, rubricado como «De las relaciones de vecindad», se encuentra a su vez dividido en varios Capítulos. El Capítulo Primero recoge las disposiciones generales, encargándose de los árboles y plantaciones el Capítulo Segundo. En lo respectivo al Capítulo Tercero, su materia son las construcciones, mientras que el Capítulo Cuarto recoge las aguas pluviales y el Capítulo Quinto se encarga de las luces y vistas. El Título Segundo cuenta también con varios Capítulos, siendo el Capítulo Primero, regulador de las disposiciones generales, el más extenso, puesto que incluso se encuentra dividido en varias secciones, un total de cinco. El Capítulo Segundo recoge las servidumbres de luces y vistas, mientras que el Capítulo Tercero se encarga de la servidumbre forzosa de paso y el Cuarto de la servidumbre forzosa de acceso a red general. El Capítulo Quinto es el último de este Título Segundo, encontrándose dividido en dos secciones y regulando los derechos de pastos y ademprios. El Libro Cuarto dispone, finalmente, de dos Títulos más, el Título Tercero –«Del derecho de abolorio o de la saca»– y el Título Cuarto –«De los contratos sobre ganadería»–.

Finalmente, el Código del Derecho Foral de Aragón dispone se completa, al igual que el análisis realizado en esta obra, de cuatro disposiciones adicionales y veinticuatro disposiciones transitorias.

C) LOS AUTORES

La obra ha sido elaborada por una amplia relación de expertos, dirigidos por el Catedrático Emérito de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, Jesús Delgado Echeverría, permite desde el inicio observar en toda su dimensión la riqueza actual que ofrece el Derecho foral aragonés a sus ciudadanos.

Han participado en la obra un total de diez especialistas, siendo coordinados por la experta capacidad de los profesores María del Carmen Bayod y José Antonio Serrano, ambos acreditados Catedráticos de Derecho Civil. Hay que reseñar, además, que todos los autores participantes en esta obra son miembros del Grupo de Investigación Consolidado 2011-S29, denominado «Investigación y Desarrollo del Derecho Aragonés» (IDDA), de la Diputación General de Aragón, y que cuenta con financiación de la UE (fondos FEDER), y cuyo investigador principal es el director de esta obra, el profesor Jesús Delgado Echeverría.

D) CONTENIDO

El análisis del Código del Derecho Foral de Aragón se ha realizado de una manera sistemática y precisa, abarcando además toda la extensión de la obra, lo que aumenta el valor del trabajo realizado, puesto que permite al lector obtener una panorámica global del presente del Derecho aragonés.

Además de la estructura de la obra, ya reseñada en un epígrafe anterior, debe destacarse el rigor con el que cada autor trata los distintos artículos que ha analizado, ahondándose en el detalle y no limitándose únicamente a exponer una sucinta explicación de los diversos artículos. Más aún, cada autor sigue un esquema único, en el que se recoge la redacción del artículo que va a analizarse y, posteriormente, una reseña a los antecedentes del artículo en cuestión y las distintas concordancias que tiene en el ordenamiento jurídico. A continuación, se incluye un resumen doctrinal de la opinión relativa al artículo concreto, permitiendo que el lector conozca rápidamente las cuestiones más pertinentes del tema que se está tratando. En muchos de los artículos se incluye igualmente la jurisprudencia relativa a la materia, para dotar de una visión global al lector. Al final de cada Sección, se incluye también la bibliografía utilizada para el análisis de la misma.

La obra, por tanto, no se limita a realizar un repaso a todos y cada uno de los artículos del Código del Derecho Foral de Aragón –labor que también realiza–, sino que además expone detalladamente las cuestiones más relevantes de cada artículo de manera individual, lo que aumenta el valor de la obra y la dificultad de elaboración de la misma. La puesta a disposición del lector de los pronunciamientos judiciales más relevantes y de la posición doctrinal respecto a cada artículo supone una labor compleja que los autores y coordinadores de esta obra han logrado plasmar en sus páginas con gran acierto.

E) VALORACIÓN DE LA OBRA

El rigor y valor de la obra queda patente desde el inicio de la misma, tanto por la calidad de sus autores como por la compleja y completa labor de análisis realizada por cada uno de los mismos. De este modo, los autores colaboran con el espíritu del legislador, que trata de adaptar la norma a la realidad social del momento actual, evitando que exista un desfase legislativo.

La obra se encuentra perfectamente actualizada y, puesto que sigue el esquema del propio Código del Derecho Foral de Aragón, no deja pendiente ninguno de los temas importantes de la materia que estudia, pudiendo analizar cada cuestión de modo independiente y permitiendo con esta estructura que el lector interesado en algún punto concreto de la normativa pueda consultarlo fácilmente enriqueciendo el contenido del texto legislativo del Código del Derecho Foral de Aragón.

La realización de la obra es también el resultado del interés jurídico de muchos especialistas y profesionales aragoneses del Derecho. Los autores han sabido percibir esa curiosidad jurídica de los tribunales, los despachos de abogados o notarios, procediendo a analizar las disposiciones del Derecho aragonés. Se trata de una actividad investigadora que persigue hacer llegar a los aragoneses el conocimiento de sus derechos, facilitando su comprensión y colaborando activamente con la actividad emprendida por el legislador.

El Derecho aragonés es, sin duda, un referente de innovación y tradición. La investigación llevada a cabo en esta obra encaja perfectamente con el espíritu del Derecho aragonés. Supone un valor añadido para el conocimiento del Código de Derecho Foral de Aragón, cuyo objeto es la interpretación sistemática de la materia, de los problemas de interpretación y aplicación de sus derechos. Nada se escapa, por tanto, del análisis en la obra relativa a los Comentarios al Código del Derecho Foral de Aragón.

Del cuidado análisis de los autores y el esfuerzo y labor realizados por todos ellos no puede sino concluirse que nos encontramos ante una obra de referencia y vital importancia en el Derecho aragonés, que está al servicio de los ciudadanos y que además de necesaria, bien podría convertirse en una obligatoria obra de consulta tanto para los expertos del Derecho como de los curiosos que deseen saber más de un Derecho con perfil propio, el Derecho aragonés.

TENAS ALÓS, Miguel Ángel
LASCORZ COLLADA, María-Cruz
Personal Investigador en Formación,
Departamento de Derecho Privado,
Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza.

B) REPERTORIO DE BIBLIOGRAFÍA (RDCA-2015/2016-XX/XXI)

B) BIBLIOGRAPHY REPERTOIRE (RDCA-2015/2016-XX/XXI)

IV. OBRAS GENERALES, MANUALES, PANORÁMICAS Y REVISTAS

1. COMENTARIOS Y OTRAS OBRAS COLECTIVAS

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús (Director), BAYOD LÓPEZ, María del Carmen y SERRANO GARCÍA, José Antonio (Coordinadores): *Código del Derecho Foral de Aragón. Concordancias, Doctrina y Jurisprudencia*, Gobierno de Aragón, Departamento de Presidencia y Justicia, Zaragoza, 2015, 882 págs.

Además del Director y los Coordinadores, son autores de esta obra de comentarios breves a los artículos y disposiciones del Código del Derecho Foral de Aragón (CDFA): Teresa Alonso Pérez, José Luis Argudo Périz, Elena Bellod Fernández de Palencia, María Biesa Hernández, Miguel Lacruz Mantecón, Aurora López Azcona y Alfredo Sánchez-Rubio García. Todos los autores son miem-

bros del Grupo de Investigación denominado «Investigación y desarrollo del Derecho Aragonés» (Grupo IDDA), cuyo investigador principal es el Prof. Jesús Delgado Echeverría.

Estos Comentarios son fruto de un encargo del Gobierno de Aragón al Grupo IDDA para hacer un estudio eminentemente práctico, artículo por artículo, del Código del Derecho Foral de Aragón, que oriente la interpretación y aplicación de sus normas, con destino a los distintos profesionales, magistrados, abogados, notarios y registradores de la propiedad; incluyen, para cada artículo, sus antecedentes próximos y remotos, hasta los Fueros de 1247 cuando es el caso; también las concordancias con otros artículos del CDFA, el Código civil español y otros Derechos forales; junto al resumen doctrinal y jurisprudencial de cada artículo, se añade la bibliografía al final del Título o Capítulo.

En estos comentarios se ha pretendido ser exhaustivos en la cita de las Sentencias del TSJA, pero también se indican (además de algunos Autos de este Tribunal) sentencias de las Audiencias y aun de Juzgados que enriquecen el conocimiento de algunos asuntos y aportan ideas de utilidad. Aunque escritos desde la Universidad, estos comentarios están hechos para la vida del foro y en buena parte de ella se nutren. Desde la Universidad, para el Foro, pero siempre al servicio de los ciudadanos, que son las personas por cuya causa existe el Derecho.

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús (Director), BAYOD LÓPEZ, María del Carmen y SERRANO GARCÍA, José Antonio (Coordinadores): *Comentarios al Código del Derecho Foral de Aragón. Doctrina y Jurisprudencia*, Ed. Dykinson, Madrid, 2015, 833 págs.

Esta obra tiene los mismos autores y contenido que la anterior, cambia un poco el título y es otra la editorial, que ha modificado algo la maquetación y presentación de los contenidos. La nueva publicación por una editorial nacional especializada en el ámbito jurídico busca conseguir que la obra salga de Aragón y sea distribuida y conocida en toda España.

3. MANUALES Y OBRAS GENERALES DE DERECHO ARAGONÉS

SERRANO GARCÍA, José Antonio y BAYOD LÓPEZ, M^a del Carmen: *Lecciones de Derecho civil: Persona y Bienes*, Kronos Editorial, Zaragoza, 2015, 494 págs.

Lecciones escritas pensando en los alumnos de la asignatura *Derecho civil: Persona y Bienes* del Grado en Derecho de la Facultad de Zaragoza, que tienen en consideración la pluralidad de ordenamientos jurídico-privados prevista en la Constitución española y, además, que Aragón es una de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio. Por ello, en estas Lecciones se hace una exposición general de las instituciones y materias de la asignatura, en cuanto no se hallan reguladas de manera general e igual para toda España, conforme al Derecho civil aplicable en Aragón en la mayoría de los casos: el Derecho civil aragonés y, supletoriamente, el Derecho civil estatal; además, en la medida de lo

posible en una obra como ésta, no se ha renunciado, en los casos de pluralidad de legislaciones nacionales sobre una figura, a dar una mínima información de todas ellas.

La exposición completa y detallada de las instituciones más específicamente aragonesas se ha reservado para hacerla en la asignatura de Derecho civil aragonés de tercer curso del Grado en Derecho.

4. MANUALES Y OBRAS GENERALES DE DERECHO FORAL

BUSTO LAGO, José Manuel (director): *Curso de Derecho civil de Galicia*, Atelier-Libros Jurídicos, Barcelona, 2015, 481 págs.

Primera obra que, tras la entrada en vigor de la Ley de Derecho Civil de Galicia de 2006, contiene un tratamiento sistemático del Derecho civil –propio– de Galicia. Obra escrita por el Director con la colaboración de dos Profesores Titulares de Derecho Civil de la Universidad de A Coruña: Natalia Álvarez Lata (autora de los Capítulos III y V) y Fernando Peña López (autor de los Capítulos I, II y IV). Los capítulos VI a XV son obra del Director, Catedrático de Derecho civil en la misma Universidad.

URRUTIA BADIOLA, Andrés M.: *La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*. Academia Vasca de Derecho y Dykinson, S. L., Bilbao, 2016, 552 págs.

En esta publicación se recogen una serie de comentarios breves sobre el contenido de la nueva Ley de Derecho Civil Vasco, realizados por diferentes operadores jurídicos que combinan el enfoque teórico y práctico de las instituciones jurídicas reguladas en el Derecho civil vasco. Todos los autores se caracterizan por haber estado próximos al proceso de formulación y aprobación del nuevo texto legal, en su cualidad de miembros de la Academia Vasca de Derecho y del grupo de Estudios de Derecho civil vasco del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia. Junto a los comentarios breves se publica el texto legal con sus antecedentes en el Derecho derogado y, en la parte final, un completo formulario notarial.

6. REVISTAS

VV.AA.: *Actas de los XXIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Teruel, 2013), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2014, 288 págs.

Sesión I: Protección de los bienes de interés cultural dentro y fuera de Aragón (ponente: Fernando García Vicente; coponentes: Rafael Santacruz Blanco e Hipólito Gómez de las Rocas Pinilla); Sesión II: Arrendamientos urbanos y Derecho aragonés (ponente: Gabriel García Cantero; coponentes: José Palazón Valentín y Diego Vigil de Quiñones Otero); Sesión III: Papel del propie-

tario del suelo en la gestión urbanística (ponente: José Fernando Rubio Pérez; coponentes: Ignacio Pemán Gavín y Pilar Lou Grávalos); Sesión IV: Padres e hijos mayores de edad: gastos y convivencia (ponente: María del Carmen Bayod López; coponente: Fernando Baringo Giner).

VV.AA.: *Actas del los XXIV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Huesca, 2014), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2015, 383 págs.

Sesión I: Contratos del sector público: Ley 3/2011 (ponente: José María Gimeno Feliú; coponentes: Ana Isabel Beltrán Gómez y Luis Murillo Jaso); Sesión II: Incidencia del derecho de transmisión en las instituciones sucesorias aragonesas: efectos prácticos (ponente: María del Carmen Bayod López; coponentes: Daniel Bellido Diego-Madrado y José Manuel Enciso Sánchez); Sesión III: Revocación e ineficacia del testamento (ponente: M^a Ángeles Parra Lucán; coponentes: Mariano Jesús Pemán Melero y Ángel García Bernués); Sesión IV: Limitaciones al Derecho de propiedad en suelo rústico: construcciones, parcelaciones y transmisiones (ponente: Manuel Matas Bendito; coponentes: Álvaro Enrech Val y Miguel Viela Castranado).

V. MONOGRAFÍAS Y ARTÍCULOS

1. TEMAS COMUNES A TODOS LOS DERECHOS FORALES

1.4. *Los Derechos forales en la Constitución y los Estatutos de Autonomía*

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: «La sentencia del TC sobre el «Estatut», la situación del Derecho civil español y la huida hacia el Derecho mercantil», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 55, 2015, págs. 35-68.

1.6. *Problemas de Derecho interregional*

MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA: Ana: «Ley aplicable a la sucesión y Ley reguladora de los efectos del matrimonio. Comentario de la STS, sala primera, de 28 abril 2014 (REC. 2105/2011)», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 35, 2014, págs. 415-438.

2. ESTUDIOS DE FUENTES E HISTORIA DEL DERECHO E INSTITUCIONES DEL REINO DE ARAGÓN

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: «El *Vidal Mayor* y los Fueros de Aragón», introducción al libro de Guillermo Fatás Cabeza, *Fueros de Aragón miniados. Las imágenes del Vidal Mayor*. Núm. 30 de la Colección «Mariano de Pano y Ruata», Fundación Caja Inmaculada, Zaragoza, 2014, págs. 11 a 14.

Las miniaturas del *Vidal Mayor* ilustran textos forales aragoneses. El *Vidal Mayor* es un manuscrito miniado de finales del siglo XIII que contiene una traducción (anónima) al aragonés del *Liber In Excelsis*, escrito en latín por el obispo de Huesca Vidal de Canellas. El profesor Delgado recuerda la historia del manuscrito, actualmente en posesión de la fundación Paul Getty (California), y la excelente edición, con estudio filológico y copioso vocabulario, de Gunnar Tilander en 1956, decisiva para el conocimiento de la formación de los Fueros de Aragón.

Vidal de Canellas, de cuya vida se aportan los datos conocidos, es el autor, por encargo del rey Jaime I, del *Liber In Excelsis* o *Compilatio Maior*. Pero la compilación oficial de los Fueros de Aragón (*Compilatio Minor*), aunque tiene exactamente la misma ordenación sistemática y es obra también de don Vidal, es mucho más reducida. La hipótesis del Profesor Delgado es que «la *Compilatio Maior* fue, en la intención de su autor y del rey que se la encargó, legislación (no un comentario de otra obra). Se promulgó como tal, aunque luego, rechazada como extralimitación del poder real, quedó como obra de gran autoridad y naturaleza incierta, que conservó su prestigio hasta los últimos tiempos de la época foral.»

FATÁS CABEZA, Guillermo: *Fueros de Aragón miniados. Las imágenes del Vidal Mayor*. Núm. 30 de la Colección «Mariano de Pano y Ruata», Fundación Caja Inmaculada, Zaragoza, 2014. Con una introducción de Jesús Delgado Echeverría y la coordinación de Ricardo Centellas.

Bonita obra que, tras la presentación del Presidente de la Fundación Caja Inmaculada y la introducción de Jesús Delgado titulada «el Vidal Mayor y los Fueros de Aragón», reproduce, ampliadas en tamaño suficiente y con la debida calidad de impresión, las 156 miniaturas escenificadas del Vidal Mayor, y el Profesor Fatás se encarga de explicarlas con aclaraciones deducidas de la descripción e interpretación de las imágenes, en directa consonancia con lo que dice el texto jurídico foral al que ilustran.

5. PARTE GENERAL DEL DERECHO

5.1. *Fuentes del Derecho. Costumbre. Standum est chartae*

FERNÁNDEZ DOMINGO, Jesús Ignacio: «Significado de la observancia *equus in bello vulneratus*» en *Estudios en Homenaje al Profesor Manuel García Amigo* (Dir. M. Cuadrado y M^a de los D. Núñez; La Ley, Madrid, 2015), T. II, págs. 1867 a 1897.

El autor trata sucesivamente del valor estratégico, social y real del caballo en la Edad Media, para encontrar la justificación de la observancia que Jaime de Hospital emplea para explicar el principio *standum est chartae* trayendo a colación el ejemplo del caballo herido en la batalla, no sólo conocido por él, sino por todos, ya que consta, desde el siglo XII, en los viejos fueros de la Corona de Ara-

gón. Si media un pacto entre partes que no ignoran el alcance y trascendencia de lo que pactan (que pese al gran valor del caballo y al riesgo de que sea herido, sólo se indemnizará su valor si muere en batalla, y no si muere luego a consecuencias de las heridas recibidas en batalla), hay que estar y pasar por lo pactado.

6. PERSONA Y FAMILIA

6.4. *Relaciones entre ascendientes y descendientes*

BARINGO GINER, Fernando: «Reflexiones prácticas sobre la convivencia y los gastos de los hijos mayores a cargo», en *Actas de los XXIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Teruel, 2013), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2014, págs. 271 a 276.

En el supuesto de que los padres mantengan la convivencia entre sí y con los hijos mayores de edad, salvo hijos seriamente conflictivos, raramente va a producirse ninguna problemática familiar. En los casos de hijos violentos sólo nos quedará la vía penal, con solicitud de orden de alejamiento. Con los hijos que no tienen intención de formarse ni de trabajar no hay deber de convivencia, sí lo hay (en su caso) de prestar alimentos, pero no de hacerlo acogidos en la casa del alimentista necesariamente.

Tras la ruptura de la convivencia entre los padres, la problemática de los gastos de los hijos mayores a cargo se resuelve por las reglas de los arts. 82 (gastos ordinarios, extraordinarios necesarios o no necesarios) y 69 CDFA. Si la ruptura de la pareja se produce cuando los hijos son menores, es bueno dejar establecido ya el alcance del deber de crianza y educación tras la mayoría de edad y sus límites temporales. Ante el incumplimiento de un progenitor, el otro podrá pedir la ejecución de la sentencia. Para dar por finalizado el deber de crianza y educación antes de los 26 años, a falta de acuerdo habrá que tramitar una modificación de medidas. La prórroga por el Juez de este deber cumplidos los 26 años es algo muy excepcional, salvo pacto.

BAYOD LÓPEZ, María del Carmen: «Padres e hijos mayores de edad: gastos y convivencia», en *Actas de los XXIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Teruel, 2013), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2014, págs. 181 a 269.

Completo e importante estudio del estatuto de los «mayores de edad en aprendizaje» a partir de lo regulado, sobre todo, en los arts. 69 y 70 CDFA, pero también en otros concordantes. En los tiempos presentes es muy frecuente que la llegada a la mayoría de edad al cumplir los 18 años no vaya acompañada de una situación de autonomía económica y personal de los hijos que, sin haber concluido su formación, siguen viviendo con los padres o con alguno de ellos. Para tales casos, desde la reforma de 2006, hay normas aragonesas que regulan los «gastos de los hijos mayores de edad o emancipados» (art. 69 CDFA) y la «convivencia con hijos mayores de edad» (art. 70 CDFA). Tales gastos no son

alimentos legales de los arts. 142 y ss Cc., sino prolongación del deber de los padres de criar y educar a los hijos que, al alcanzar la mayoría de edad, no han concluido su formación y carecen de recursos para mantenerse por sí mismos, con el tope de los 26 años, salvo que convencional o judicialmente se hubiera fijado una edad distinta. El deber de los padres se extingue cuando, antes de alcanzar esa edad, el hijo consigue un título que le habilita para ingresar en el mercado de trabajo o por cualquier vía obtiene recursos propios o deja de ser razonable mantenerlo más tiempo por la falta de aprovechamiento del hijo. Extinguido el deber de crianza previsto en el art. 69 CDFA (también en el art. 82 para los casos de ruptura de la convivencia de los padres), será el hijo (no los padres *ex art. 93.2 Cc.*) quien podrá, en su caso, reclamar alimentos conforme a los arts. 142 y ss del Cc. (art. 69.2 CDFA).

Respecto de la convivencia con hijos mayores de edad, cualquiera que sea la razón de su permanencia en la casa familiar, afirma el art. 70 CDFA, por un lado, que la competencia para la dirección de la vida y economía familiar sigue correspondiendo a los padres, y por otro, que, si los padres ejercitan dicha competencia, los hijos deben cumplir las reglas de convivencia que los padres dispongan razonablemente y contribuir equitativamente a la satisfacción de las necesidades familiares. Si al hijo no le gustan las reglas de la casa puede marcharse de ella, pero si se queda y las incumple, los padres pueden echarlo de casa (en su caso, mediante el procedimiento de desahucio). Al juez sólo podrían reclamar los padres que el hijo les pague la contribución económica que le corresponda.

En el apartado final de la ponencia, la autora se ocupa de las relaciones jurídicas, de los derechos y deberes, que median entre padres e hijos mayores de edad, distinguiendo los casos en los que los padres conviven entre sí de aquéllos otros en que han roto la convivencia. En estos últimos son aplicables directamente los arts. 77, sobre el pacto de relaciones familiares, y 82, sobre gastos de asistencia a los hijos a cargo; además, por su relación con éste último, son también de aplicación los arts. 80 y 81 CDFA referidos a la convivencia compartida y a la atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar.

BAYOD LÓPEZ, María del Carmen: «Niños mayores de edad. Reflexiones sobre la mayoría de edad en el siglo XXI. Crianza y educación de los hijos mayores de edad a través del modelo aragonés», en *Estudios en Homenaje al Profesor Manuel García Amigo* (Drs. M. Cuadrado y M^a de los D. Núñez; La Ley, Madrid, 2015), T. I, págs. 77 a 111.

Interesantes reflexiones sobre la situación jurídica de los hijos mayores de edad que no han terminado su formación y, por ello, siguen en aprendizaje; «niños mayores de edad» o «mayores en aprendizaje» son expresiones usadas para aludir a este fenómeno que tiene que ver con la edad de mayoría a los 18 y la terminación de los estudios años después. En Aragón hay norma específica que puede servir de modelo para otros legisladores.

DÍAZ ALABART, Silvia: «Obligaciones de los hijos mayores para con sus padres. Respeto y contribución al levantamiento de las cargas familiares», en *Revista de derecho privado*, 2015, septiembre/octubre, págs. 35-68.

RODRÍGUEZ ESCUDERO, María de las Victorias: «La responsabilidad parental y el cambio de domicilio del menor por el progenitor custodio», en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, núm. 746, 2014, págs. 2893-2926.

SERRANO GARCÍA, José Antonio: «Doctrina del TSJ de Aragón sobre los efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo», en *Estudios en Homenaje al Profesor Manuel García Amigo* (Dir. M. Cuadrado y M^a de los D. Núñez; La Ley, Madrid, 2015), T. II, págs. 1867 a 1897.

Breve comentario a los arts. 75 a 84 CDFA, integrantes de la Sección dedicada a los efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo, construido de manera principal a partir de lo dicho por las numerosas sentencias del TSJA sobre el objeto y finalidad de la regulación aragonesa, los derechos y principios que la presiden, el pacto de relaciones familiares, las medidas judiciales sobre guarda y custodia de los hijos, la atribución del uso de la vivienda familiar, los gastos de asistencia de los hijos y la asignación compensatoria.

TENA PIAZUELO, Isaac, *La prestación de alimentos a los hijos tras la ruptura de pareja. Pensiones, gastos, vivienda*, (ISBN: 9788490981375), Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 260.

La monografía cuenta con cuatro capítulos, y el correspondiente apartado bibliográfico. Se da comienzo con un contexto general de la crisis de pareja, desde diferentes puntos de vista, y de las actuaciones con que puede sustanciarse su ruptura en vía judicial. El capítulo segundo («La obligación alimentaria y sus especies») se dedica a clarificar una cuestión que puede parecer especialmente compleja. Pues el Derecho español ofrece (además de las propias especialidades territoriales, que tal vez contrastan con el derecho común del Código civil) una dualidad de regímenes para el concepto de alimentos en sentido jurídico. El capítulo tercero (en cuanto a «La pensión de alimentos para los hijos») sistematiza los elementos personales (acreedores, deudores), cuestiones de ámbito territorial (especialidades del derecho autonómico, y también normas internacionales), y los elementos objetivos (procedimientos para determinar su importe, mínimos, posibilidad de exoneración, modificación y actualización mediante *tablas*, tiempo y modalidades del pago) de la obligación alimentaria. El último capítulo se ocupa de otras prestaciones adicionales, pero igualmente relevantes en la práctica: los gastos ordinarios y extraordinarios, y su tratamiento (con una interesante relación de casuística tomada de la jurisprudencia actual), prestando particular atención a los problemas concretos que plantea la atribución del uso de la vivienda familiar (y su tratamiento tanto en el régimen del Código, como en los derechos territoriales), y concluye con un apartado –no menos práctico–

dedicado a la exposición de las formas de garantía del cumplimiento de las obligaciones alimentarias.

UREÑA CARAZO, Belén: «Hacia una corresponsabilidad parental. La superación de la distinción entre patria potestad y guarda y custodia», en *Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, núm. 69, 2015, págs. 49-69.

6.5. *Relaciones tutelares y parentales. Adopción, guarda, acogimiento. Protección de menores*

LÓPEZ AZCONA, Aurora: «Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia», en *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXX, núm. 2185, enero 2016, págs. 3 a 89.

6.6. *Régimen económico conyugal*

AZAUSTRE GARRIDO, María Dolores: «Problemática del pago de hipoteca y de otras deudas del matrimonio tanto en la fase declarativa como de ejecución», en *Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, núm. 69, 2015, págs. 27-48.

GÓMEZ DE VALENZUELA, Manuel: *Capitulaciones matrimoniales de Sobrarbe (1439-1807)*. El Justicia de Aragón (núm. 53 de su Colección), Zaragoza, 2013, 415 págs.

El autor completa su colección de Capitulaciones matrimoniales ya publicadas (las del Valle de Tena, del Alto Gállego, de Jaca y de la Jacetania) con el estudio y publicación de 105 documentos notariales de capitulaciones matrimoniales de la comarca de Sobrarbe, en el Pirineo y Prepirineo aragonés, desde Francia a los alrededores de Barbastro, con Broto, Boltaña, Bielsa y Aínsa como poblaciones principales.

Los documentos abarcan de 1439 a 1807 y, además del interés jurídico de los pactos que contienen, nos informan de la vida y la estructura social y familiar de la época, de aspectos lingüísticos, filológicos y genealógicos de una sociedad esencialmente rural, agrícola, ganadera y artesanal, con la excepción de Bielsa donde hay minas y fundiciones de plata, cobre y hierro. En general, se trata de gente con pocos recursos, lo que dota de especial interés a estas capitulaciones, pues obliga a los otorgantes, en uso de la enorme libertad civil aragonesa, a prever instituciones, reservas, pactos inverosímiles, casamiento en casa, doble casamiento en casa, sociedad conyugal continuada, etc., para que la Casa subsista ilimitadamente en el tiempo (Moneva).

En la introducción el autor nos presenta los aspectos más relevantes de los pactos y estipulaciones contenidos en estos documentos.

6.9. Parejas estables no casadas

GÁLVEZ CRIADO, Antonio: «El principio general del libre desarrollo de la personalidad y los pactos entre convivientes tras la STC 93/2013, de 23 de abril», en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, N° 750, 2015, págs. 1807-1858.

NANCLARES VALLE, Javier: «Las parejas estables tras la inconstitucionalidad parcial de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio. El retorno de la unión de hecho». En *Revista crítica de derecho inmobiliario*, N° 750, 2015, págs. 1859-1914

7. SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE

7.1.4. Aceptación y repudiación de la herencia

BAYOD LÓPEZ, María del Carmen: «Incidencia del derecho de transmisión en las instituciones sucesorias aragonesas: efectos prácticos», en *Actas de los XXIV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Huesca, 2014), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2015, págs. 51 a 106.

Importante y esclarecedor estudio de la figura de la transmisión del derecho a aceptar o repudiar la herencia o el legado (arts. 354 y 478 CDFA) introducida en nuestras leyes en la reforma de 1999, pero que ya venía siendo de aplicación como Derecho supletorio con anterioridad (art. 1006 Cc.). En la primera mitad del estudio, junto a los antecedentes inmediatos de la figura en Aragón, se recoge la interpretación de sus presupuestos, sujetos, requisitos de cada uno de ellos, y efectos de la transmisión (entre ellos, el derecho de viudedad de cónyuge del transmitente), todo ello según las explicaciones de la teoría moderna o de adquisición directa, mayoritaria en la doctrina y finalmente asumida por el TS como doctrina legal. También se pone de manifiesto con toda claridad el distinto ámbito de aplicación de esta figura y el de la sustitución voluntaria, el derecho de acrecer y la sustitución legal que responden a supuestos de hecho diferentes.

En la segunda mitad del estudio se aborda la posible incidencia del derecho de transmisión en la sustitución legal preventiva de residuo de los arts. 395.3, 419.3 y 531.2 CDFA, el consorcio foral, los recobros y la sucesión troncal. En el primer caso, como en el Cc. y en Cataluña, la sustitución legal preventiva de residuo prevalece sobre la transmisión del derecho a aceptar o repudiar, pero en Aragón sin que la posibilidad de la transmisión quede extinguida o eliminada definitivamente, sino simplemente desplazada o pospuesta por el llamamiento legal a favor de los sucesores legales del premuerto; pero a falta de estos parientes (no los hay, repudian o no reclaman su derecho dentro de plazo), tales bienes quedan integrados en la herencia del sobreviviente.

También considera la autora que es preferible entender que el fideicomiso legal previsto en el art. 374.3 CDFA para el consorcio foral tiene preferencia sobre la transmisión del derecho a aceptar o repudiar a los herederos del llama-

do a ser consorte (que fallece sin haber aceptado o repudiado), salvo si son descendientes o consortes. Si no lo son, su delación consorcial acrece a los demás consortes.

El carácter personalísimo del recobro de liberalidades (art. 524 CDFA), así como la sustitución legal preventiva de residuo que establece el art. 525 para el caso de recobro, habiendo descendientes, hacen que la autora se incline, en un tema muy discutido y difícil, por la exclusión de la transmisión del derecho del recobrante que fallece sin haberlo aceptado o repudiado, que, por tanto, no se transmite a sus herederos (en este sentido: art. 478 CDFA).

Por último, lo mismo sucede en el caso de los llamamientos a la sucesión troncal, que sólo pueden corresponder a los parientes del tronco de procedencia de los bienes, de modo que el derecho de transmisión no es aplicable si los herederos del llamado a suceder en bienes troncales que fallece sin aceptar o repudiar no son parientes troncales del primer causante.

En resumen, en todas estas figuras propias del Derecho civil aragonés, que tienen por finalidad el mantenimiento del principio de troncalidad, hay una personalización legal de la delación que la hace intransmisible a personas distintas de las integrantes de la familia troncal protegida por ellas. Los transmisarios que aceptan la herencia del transmitente, para adquirir directamente los bienes del primer causante, además de aceptar la delación transmitida han de reunir la condición de pariente troncal que exija la norma que rige su sucesión.

BELLIDO DIEGO-MADRAZO, Daniel: «Algunas notas históricas sobre el derecho de transmisión sucesorio de Aragón», en *Actas de los XXIV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Huesca, 2014), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2015, págs. 107-115.

Notas muy oportunas y esclarecedoras que sitúan en el centro del sistema sucesorio aragonés histórico al principio de responsabilidad limitada por ley del heredero: «Así mismo, según el Fuero, los herederos no están obligados más allá de las posibilidades que ofrece la herencia aun cuando no haya hecho inventario» (Obs. 12 *De Testamentis*, 1437). La doctrina aragonesa desde principios del siglo XVI y hasta comienzos del siglo XX (aunque hay voces discrepantes en los siglos XIX y XX) hacen referencia a la interpretación y consecuencias de esta observancia: si la herencia nunca perjudica, aunque no se haga inventario, no es necesario un derecho de deliberar y la herencia, si no media renuncia expresa siempre se presume aceptada, porque se entiende adquirida directamente por la delación. No hay diferencia entre transmisión-adquisición de legado y herencia, no hay posibilidad de herencia yacente. Así que, aun cuando uno no haya llegado a aceptar la herencia que se le ha dejado puramente, la transmitirá a sus herederos, que podrán reclamarla si no la repudian expresamente. Pero ya advierte Isábal que en la práctica se emplaza a la herencia yacente cuando no consta la aceptación expresa o tácita del heredero.

ENCISO SÁNCHEZ, José Manuel: «Incidencia del derecho de transmisión en las instituciones sucesorias aragonesas: efectos prácticos», en *Actas de los XXIV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Huesca, 2014), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2015, págs. 117-131.

Esta coponencia, desde la experiencia práctica de la Notaría, ratifica las soluciones apuntadas por la ponencia: prevalencia de las sustituciones legales preventivas del residuo de los arts. 419.3, 395.3 y 531.2 CDFA, así como del fideicomiso legal en caso de consorcio foral (art. 374.3) y del recobro de liberalidades (arts. 524 y 525) sobre la transmisión del derecho a aceptar o repudiar del art. 354 CDFA. Respecto de la sucesión troncal y el derecho de transmisión, expone las dos posturas posibles, la positiva y negativa, y defiende que si se aplica la teoría de la transmisión directa del primer causante al transmisario, defendida por el TS y la DGRN, no cabe que una persona extraña a la línea de procedencia del bien pueda suceder directamente al primer causante.

Precisa, además, que en el caso de legado, lo que se transmite es la confirmación de una adquisición ya producida o bien la facultad de deshacerse de ella (art. 478 CDFA).

Por otra parte, si el transmitente ha fallecido dejando fiduciario, éste podrá efectuar la designación del heredero o herederos del transmitente, tanto de forma universal o total como de forma parcial, es decir sólo respecto del *ius delationis* del transmitente (arts. 456, 457 y 458 CDFA).

Por último, la posición y los derechos del cónyuge viudo son los previstos en el art. 354.3, que concuerda con el 278 CDFA, y no resultan afectados, al haber expreso pronunciamiento legal, por la asunción de la teoría moderna por el TS y la DGRN.

7.1.5. Responsabilidad del heredero

OBARRIO MORENO, Juan Alfredo: «La regulación del beneficio de inventario en el Código Civil y el Derecho foral español», en *Revista jurídica del notariado*, N° 94, 2015, págs. 149-234.

7.2. Sucesión testamentaria

7.2.2. Testamento mancomunado

PEMÁN MELERO, Mariano Jesús: «Revocación e ineficacia [del testamento mancomunado]», en *Actas de los XXIV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Huesca, 2014), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2015, págs. 199 a 209.

El Notario coponente dedica su intervención a la revocación e ineficacia del testamento mancomunado regulada en los arts. 421 y 422 CDFA. La existencia de disposiciones correspectivas, ahora definidas en el art. 420 CDFA, hace que el

testamento mancomunado comparta rasgos de la sucesión contractual, que especialmente se hacen notar en la revocación unilateral de dichas disposiciones, estableciendo limitaciones si se hace en vida de ambos testadores y la irrevocabilidad si se hace tras la muerte de uno de los testadores, a semejanza de la sucesión paccionada.

El testamento mancomunado es un acto naturalmente revocable (arts. 407 y 421.1 y 2 CDFA); la revocación por ambos testadores en un mismo otorgamiento no plantea problemas; toda revocación unilateral en vida de ambos testadores ha de hacerse, como requisito de forma esencial *ex* art. 423.1.a, en testamento abierto ante Notario (critica la exclusión del testamento notarial cerrado), haciendo saber al Notario la existencia del anterior testamento y el domicilio del otro otorgante para que el Notario le notifique el mero hecho del nuevo otorgamiento (incluso si el testamento revocatorio se limita a revocar el nombramiento de fiduciario efectuado en un testamento mancomunado: art. 443.1); si bien la falta de esas manifestaciones del otorgante o de la notificación no afectará a la eficacia de la revocación o modificación, sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar para el Notario o el otorgante (art. 421.4). Si no hay disposiciones correspectivas, la revocación unilateral en vida de ambos testadores tendrá plena eficacia revocatoria de todas las disposiciones propias del revocante y sin efectos para las del cotestador; si hay disposiciones correspectivas, la revocación unilateral de las suyas por un testador arrastra, a su muerte, la ineficacia total de las correspectivas del otro; pero si éste fallece primero, habiéndosele notificado la revocación se conoce ya que sus disposiciones correspectivas son ineficaces, mientras que si falta la notificación de la revocación de las disposiciones correspectivas del otro (que no puede ser ya revocada) los herederos aparentes del fallecido perderán los beneficios sucesorios obtenidos con las disposiciones correspectivas cuando se constate su ineficacia al fallecer el testador revocante que no notificó.

Tras la muerte de uno de los testadores, el sobreviviente puede revocar sus disposiciones no correspectivas, pero las correspectivas son irrevocables, salvo si concurre alguna de las causa que posibilitan la revocación unilateral de los pactos sucesorios (art. 401), supuesto en el que la revocación produce la ineficacia de las disposiciones correspectivas del testador ya fallecido, con la consiguiente resolución del derecho de sus beneficiarios (adquirentes sujetos a condición resolutoria).

El coponente se ocupa en particular del requisito de la notificación de la revocación otorgada en vida de ambos, de los casos en que no es necesaria, del contenido, forma y plazo, de sus efectos y de la responsabilidad por falta de notificación.

También comenta la llamada revocación material o indirecta por disposición de bienes entre vivos regulada en el art. 422 CDFA, así como las posibles soluciones a los conflictos de leyes a la hora de testar mancomunadamente, y termina aportando datos de la realidad práctica actual sobre el otorgamiento de testamento mancomunado en Aragón.

7.2.3. *Invalidez e ineficacia de los testamentos*

GARCÍA BERNUÉS, Ángel: «Algunas cuestiones acerca de la ineficacia de los testamentos», en *Actas de los XXIV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Huesca, 2014), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2015, págs. 211 a 222.

El coponente cita como ejemplos de ineficacia sobrevenida de la disposición testamentaria los contenidos en los arts. 437, 438 y 506 CDFA, este último dice que es no intencional la preterición, en particular, cuando el disponente, al ordenar la sucesión, desconocía la existencia del legitimario por haber nacido después. Esta regulación aragonesa, en comparación con el art. 814 Cc. y la RDGRN de 13/9/2001, permite entender con más facilidad que no es precisa una declaración judicial para anular en todo o en parte las disposiciones patrimoniales del testador, aunque falte el acuerdo entre todos los interesados.

La otra cuestión que aborda es la jurisprudencia americana sobre casos de influencia indebida sobre personas vulnerables, pero con capacidad y libertad para testar, que en lugar de garantizar la libertad del testador sirve a menudo para coartarla y para primar las expectativas de los herederos «normales» o social o moralmente aceptables. Doctrina no trasladable al Derecho español y menos al aragonés.

PARRA LUCÁN, M^a Ángeles: «Nulidad y revocación del testamento unipersonal. (Especial atención a los límites de la voluntad de disponer y su control)», en *Actas de los XXIV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Huesca, 2014), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2015, págs. 135 a 197.

Magnífica y enriquecedora ponencia que interpreta los arts. 423 a 438 CDFA a la luz de la doctrina y jurisprudencia española, así como, en ocasiones, a la vista de la regulación de algunos países europeos y de lo que sobre ella dice su doctrina y jurisprudencia. Comienza aclarando los conceptos de invalidez, ineficacia y revocación. En la introducción general a la invalidez del testamento, deja claro que no toda irregularidad hace inválido el testamento; que es el legislador quien decide las consecuencias de las irregularidades de que adolecen los actos y, en particular, los testamentos; que el sistema recogido en los arts. 423 a 430 CDFA no contiene un sistema completo de invalidez de los testamentos; que no es preciso el ejercicio de una acción judicial si no hay contienda, de modo que, existiendo acuerdo de las partes, no será necesaria una sentencia que declare la nulidad del testamento (que no sería constitutiva sino declarativa de una invalidez que ya existía); que tanto la invalidez como la ineficacia pueden afectar tanto a todo el testamento como sólo a alguna de sus disposiciones; que aunque el CDFA prescinde de la formulación de un principio de restricción de las causas de nulidad, es aplicable también la presunción de validez de las disposiciones testamentarias y la necesidad de que quien invoca la invalidez ha de acreditarla debidamente, por aplicación de las reglas generales sobre carga de la prueba.

Sobre las tres clases de invalidez reguladas en el CDFA (nulidad imprescriptible, nulidad que prescribe a los quince años y anulabilidad que prescribe a los cuatro años) y las diferencias de régimen jurídico entre ellas, observa que la única distinción se refiere al plazo de prescripción, en lo demás no existe diferencia; en particular, la legitimación activa es la misma en las tres clases, incluida la anulabilidad, lo que permite rechazar la oportunidad de establecer una distinción entre tipos de invalidez en los testamentos; los límites del art. 428 al ejercicio de las correspondientes acciones son también comunes a todos los tipos de invalidez, lo mismo que la prohibición de impugnación prevista en el art. 429, y en los tres casos los efectos del ejercicio con éxito de la acción de invalidez son los mismos. Los plazos de prescripción previstos en el CDFA lo son de las acciones dirigidas a lograr la entrega de los bienes de la herencia, mientras que la acción declarativa de la invalidez no está sometida a prescripción, por lo que quien ha recibido los bienes de la herencia (por sucesión legal o voluntaria) siempre podría defenderse frente a quien esgrime un título nulo demostrando la falta de validez del mismo. Es preferible que los plazos de prescripción no sean excesivamente largos y que sean únicos para todos los supuestos de invalidez. También los problemas de relación entre la usucapión y la prescripción de la acción de invalidez se producen en los tres supuestos, no sólo en la nulidad imprescriptible donde la menciona el art. 426; entre el heredero o legatario «aparentes» y quien está legitimado para ejercer la acción de impugnación del testamento tienen preferencia las normas sobre invalidez, de modo que la acción de nulidad podrá ejercitarse siempre que no haya prescrito, aunque hayan transcurrido los plazos de usucapión.

Supuestos de nulidad imprescriptible del testamento (inexistencia) por inobservancia de los requisitos esenciales (si el requisito no es esencial, la nulidad prescribe a los 15 años) de forma son básicamente la falta de autografía en el testamento ológrafo o la falta de intervención de Notario en el notarial; algunos defectos de forma son irrelevantes porque lo dice el art. 423.1.b, pero también si un juez considera que la voluntad declarada se corresponde con la verdadera voluntad del testador (jurisprudencia flexibilizadora de las exigencias formales). Por falta de los requisitos esenciales exigidos a los testadores es nulo de forma imprescriptible (luego afirma, en cambio, que es nulidad que prescribe a los 15 años) el testamento otorgado sin tener la edad requerida o estando incapacitado para testar y sin observar las cautelas previstas en la ley; en cambio, es anulable el testamento otorgado por persona con la edad requerida para testar y no incapacitada para ello pero que carezca de capacidad natural y el otorgado con engaño, violencia o intimidación grave (art. 423.2). Lo más acertado hubiera sido someter a un mismo plazo de prescripción (4 años) todos los supuestos de falta de requisitos de los testadores. Falta el contenido esencial del testamento cuando falta la voluntad de testar, de disponer de los bienes.

La nulidad que prescribe, ya sea en 15 años o en 4 (anulabilidad), puede afectar a todo el testamento o sólo a alguna de sus disposiciones, el *dies a quo* se identifica en ambos casos con el fallecimiento del testador. La anulabilidad de la disposición testamentaria puede proceder del error en la persona o en el objeto, así como del error en los motivos determinantes de su otorgamiento (art. 424.2).

Especial atención presta la autora a la ilicitud de los motivos del testador, contemplada, con una cierta descoordinación, en los arts. 424.1 y 476 CDFA, que tiene como consecuencia la nulidad que prescribe a los 15 años (art. 426.2), pero hay casos con regulación propia. En su opinión, el orden público no debería servir para negar la posibilidad de que el testador, respetando la legítima, escoja libremente a sus sucesores, ni la moral social debería imponer ni restringir las libertades de las minorías. Estrechamente vinculado con los motivos del testador está el tratamiento que se dispensa a las condiciones ilícitas: para el Derecho aragonés, la interpretación conjunta y sistemática de los arts. 476 y 471 (éste en relación con el art. 424.1), permitirían defender también que la condición ilícita determinante hace nula la disposición (y, por tanto, no se tiene por no puesta, que es la regla que resulta del art. 792 Cc.). No existe un consenso doctrinal sobre las condiciones testamentarias que son contrarias a las buenas costumbres. Por último, el tipo de ineficacia de los motivos falsos determinantes de la disposición del art. 471 resulta de lo dicho en el art. 424.2 para el error determinante: la anulabilidad de la disposición, aunque la autora señala que la anulabilidad no es siempre la sanción más adecuada.

En el apartado final se ocupa de la revocación del testamento que es una facultad esencial del testador, irrenunciable, que puede afectar a todo el testamento o sólo a concretas disposiciones del mismo. Tener por no escrita cualquier cláusula que contraría la facultad de disposición (art. 431.3), tal vez no sea la solución más coherente, pues si una voluntad se ha emitido como irrevocable no es verdadera voluntad testamentaria y no hay testamento (jurisprudencia belga). La discrecionalidad del ejercicio de la revocación es total, y viene exigida tanto por la libertad de testar como por la falta de protección legal de quien confía en recibir una atribución patrimonial en virtud de una disposición testamentaria. Comenta brevemente las reglas interpretativas de la revocación contenidas en los arts. 432 a 436 CDFA; a partir de lo dicho en el art. 431 CDFA trata de las excepciones al principio general de revocación, para terminar discurriendo sobre el testamento irrevocable de hecho cuando el testador, incapacitado o no, carece de la capacidad necesaria para otorgar un nuevo testamento revocatorio del anterior, y por el cambio de circunstancias producido (nulidad, separación o divorcio, por ej.; caso resuelto en el art. 438 CDFA) puede resultar injusto mantener su eficacia.

8.2. *Relaciones de vecindad*

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María: «El árbol medianero en el Derecho foral aragonés», en *Estudios en Homenaje al Profesor Manuel García Amigo* (Dirs. M. Cuadrado y M^a de los D. Núñez; La Ley, Madrid, 2015), T. II, págs. 1361 a 1386.

El título del trabajo es poco expresivo de su contenido que coincide con lo ya publicado en un trabajo algo más extenso titulado «Inmisión de raíces y ramas, distancias entre plantaciones, paso y andamiaje por razón de obras, uso de pared medianera y paso natural de aguas pluviales, según los arts. 537 a 544 del CDFA (Capítulos I a IV del Título Primero del Libro Cuarto)» (en *Derecho civil patrimo-*

nial aragonés. Carmen Bayod, Coord., IFC, Zaragoza, 2013, págs. 63 a 97), del que ya dimos noticia en esta Sección. En concreto, lo ahora publicado tiene que ver con las relaciones de vecindad, sus disposiciones generales y las particulares sobre árboles y plantaciones (inmisión de raíces y ramas, plantaciones y árboles que amenazan caerse).

8.3. *Luces y vistas*

BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena: «Régimen de luces y vistas en el Código de Derecho Foral Aragonés», en *Estudios en Homenaje al Profesor Manuel García Amigo* (Dir. M. Cuadrado y M^a de los D. Núñez; La Ley, Madrid, 2015), T. II, págs. 1151 a 1176.

Clara y sistemática exposición, que distingue entre las luces y vistas como relaciones de vecindad y como servidumbres, para seguidamente analizar cada uno de los elementos a tener en cuenta en uno y otro régimen. En las relaciones de vecindad se analiza el concepto de hueco que puede abrirse para luces y vistas, tanto en pared propia como medianera, atendiendo al caso particular de la pared medianera con edificaciones o construcciones adosadas; se analizan igualmente las protecciones que estos huecos han de tener si están dentro de las distancias marcadas por la ley, y su colocación en las paredes medianeras; estos huecos no menoscaban el derecho a edificar o construir del propietario del fundo vecino. De la servidumbre de luces y vistas se analiza el concepto y naturaleza, los signos aparentes (los voladizos sobre fundo ajeno) y los que no lo son, la constitución y los efectos de esta servidumbre.

9.1. *Derecho de obligaciones en general*

GARCÍA CANTERO, Gabriel: «Antecedentes y marco internacional del arrendamiento de vivienda. La problemática del derecho a la vivienda», en *Actas de los XXIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Teruel, 2013), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2014, págs. 95 a 109.

Ponencia de la segunda sesión del Foro: «Arrendamientos urbanos y Derecho aragonés». Antes de que los coponentes se ocupen del contraste de la LAU con el Derecho aragonés, los tres intervinientes consideraron que era muy conveniente realizar una «ojeada histórica al tema, aludir a sus premisas sociológicas, así como trazar unas pinceladas de la perspectiva internacional, comunitaria y constitucional, que últimamente nos enfrenta a diario con la problemática de los denominados *housing rights*, imposible, a nuestro juicio, de eludir».

En desarrollo de este planteamiento, el prestigioso y veterano jurista escribe un magistral resumen de las principales ideas sobre: 1. La *locatio conducti rei* romana. 2. Presencia de la *locatio conducti rei* romana en el Cc. español de 1889. 3. Nacimiento, desarrollo y ocaso del Derecho arrendaticio especial. 4. La reforma introducida en la LAU 1994 por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de

flexibilización y fomento del alquiler de viviendas. 5. Anotaciones sobre el Derecho fundamental a la vivienda: Tratamiento internacional, comunitario y constitucional.

En el breve resumen final dice que «cuestión todavía no tratada a nivel estatal es la configuración habitual como solidario del arrendamiento que toda persona casada haga de una vivienda. Mérito del legislador aragonés en el Cod. De 2011 es haberlo llevado expresamente a su Derecho foral. En mi opinión lo mismo debiera hacerse si se opta por integrar tal normativa en el futuro Libro IV del Cc. sobre contratos en particular.

PALAZÓN VALENTÍN, Javier: «El Código de Derecho Foral de Aragón y los arrendamientos urbanos de vivienda», en *Actas de los XXIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Teruel, 2013), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2014, págs. 111- 131.

El coponente divide su brillante exposición en dos partes. En la primera expone la incidencia del Derecho aragonés en los arrendamientos urbanos de vivienda desde la posición del arrendador: arrendamiento de bienes de menores de catorce años, incapacitados sometidos a tutela o declarados ausentes por plazo superior a 6 años (arts. 15, 39, 51 CDFA); arrendamientos de bienes de menores mayores de catorce años, emancipados o incapacitados sometidos a curatela (arts. 23, 33, 151 CDFA); arrendamientos concertados por el viudo usufructuario (art. 301 CDFA); arrendamientos de bienes de la comunidad hereditaria; arrendamiento de bienes de la fiducia sucesoria (arts. 452, 453, 454 CDFA); arrendamiento de bienes privativos de persona casada (arts. 205 y 243 CDFA), excepto la vivienda familiar (art. 190 CDFA); arrendamiento de bien consorcial (arts. 233, 235, 232, 231 y 230 CDFA).

En la segunda parte, desde la posición del arrendatario, se aborda de forma completa y exhaustiva la incidencia del régimen económico matrimonial en los derechos del arrendamiento, especialmente cuando el arrendamiento ha sido concertado, como arrendatario, por uno solo de los cónyuges casado en régimen de consorciales (art. 210.2.i CDFA). En tal caso, defiende el coponente, con certeros argumentos, que el cónyuge del arrendatario es arrendatario por derecho propio y no por derecho de subrogación, al existir implícita una situación de coarrendamiento solidario entre ambos cónyuges. En definitiva, en Derecho aragonés es indiferente que el contrato de arrendamiento lo celebren ambos cónyuges o uno sólo de ellos, los efectos son los mismos: ambos cónyuges son arrendatarios.

VIGIL DE QUIÑONES OTERO, Diego: «El arrendamiento urbano a arrendatario casado en consorciales: perspectiva registral», en *Actas del los XXIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Teruel, 2013), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2014, págs. 133 a 144.

El coponente centra su exposición en la conexiones del tratamiento del arrendamiento en el consorcio conyugal con el Derecho hipotecario. A día de hoy, algunos arrendamientos (los sometidos al Cc. y a la nueva LAU) no perjudican a terceros si no están inscritos en el Registro de la Propiedad; otros (los celebrados bajo la vigencia de las anteriores leyes de arrendamientos y los rústicos) perjudican *ope legis*. En la inscripción que en su caso se haga del derecho de arrendamiento, será determinante que conste el régimen de consorciales del arrendatario, pues dicho régimen determina la titularidad consorcial del derecho de arriendo (art. 210.2.ª CDFA). Siendo esencial el dato del régimen económico matrimonial del arrendatario, el Registrador debería exigir al hacer la calificación que dicho dato conste en el título por el que accede el arrendamiento al Registro, razón por la cual habrá que exigirlo en el título. Inscrito el arrendamiento y constando que se trata de un derecho sometido al régimen de consorcio conyugal de Aragón, hay que entender que el derecho del otro cónyuge perjudica a tercero en los mismos términos que le perjudica el mismo contrato de arrendamiento. Lo mismo hay que afirmar para los arrendamientos que, aún no inscritos, tienen eficacia frente a terceros *ex lege*.

VI. OBRAS AUXILIARES

GÓMEZ DE VALENZUELA, Manuel: *Capitulaciones matrimoniales de Sobrarbe (1439-1807)*. El Justicia de Aragón (núm. 53 de su Colección), Zaragoza, 2013, 415 págs.

El autor completa su colección de Capitulaciones matrimoniales ya publicadas (las del Valle de Tena, del Alto Gállego, de Jaca y de la Jacetania) con el estudio y publicación de 105 documentos notariales de capitulaciones matrimoniales de la comarca de Sobrarbe, en el Pirineo y Prepirineo aragonés, desde Francia a los alrededores de Barbastro, con Broto, Boltaña, Bielsa y Aínsa como poblaciones principales.

Los documentos abarcan de 1439 a 1807 y, además del interés jurídico de los pactos que contienen, nos informan de la vida y la estructura social y familiar de la época, de aspectos lingüísticos, filológicos y genealógicos de una sociedad esencialmente rural, agrícola, ganadera y artesanal, con la excepción de Bielsa donde hay minas y fundiciones de plata, cobre y hierro. En general, se trata de gente con pocos recursos, lo que dota de especial interés a estas capitulaciones, pues obliga a los otorgantes, en uso de la enorme libertad civil aragonesa, a prever instituciones, reservas, pactos inverosímiles, casamiento en casa, doble casamiento en casa, sociedad conyugal continuada, etc., para que la Casa subsista ilimitadamente en el tiempo (Moneva).

En la introducción el autor nos presenta los aspectos más relevantes de los pactos y estipulaciones contenidos en estos documentos.

José Antonio SERRANO GARCÍA

JURISPRUDENCIA*

*JURISPRUDENCE**

* En esta sección de la Revista, al cuidado de los Profs. BAYOD y SERRANO, se da cuenta de las resoluciones sobre Derecho civil aragonés del Tribunal Supremo, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, las Audiencias Provinciales de Huesca, Teruel y Zaragoza (o de otras Audiencias) y los Juzgados de Primera Instancia o Primera Instancia e Instrucción de Aragón, se extractan sus principales aportaciones, se construye con ellas un índice por materias con los sumarios de las resoluciones referenciadas en cada número de la Revista y, finalmente, se añade el índice acumulado de la jurisprudencia referenciada en los sucesivos números de la Revista.

Solo se publican algunas de las resoluciones referenciadas, las que a juicio de la Redacción presentan mayor interés doctrinal; de éstas, las de TSJA se publican íntegras, mientras que las de Audiencia o Juzgado solamente sus fundamentos de derecho.

**A) RESOLUCIONES DEL TS
Y DEL TSJA (2015-2016)**

**A) DECISIONS OF THE HIGH COURT
AND THE HIGH COURT OF JUSTICE OF ARAGON(2015-2016)**

1

NÚM. 1

*S. TS (Sala de lo contencioso, secc. 2ª)
de 9 de febrero de 2016*

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: IRPF: Pactos de presente: apartación.: 73: SUCESIÓN PACCIONADA: INSTITUCIÓN DE PRESENTE: Tributación en el IRPF: El art. 33.3.b) LIRPF, no considera ganancias o pérdidas patrimoniales las transmisiones patrimoniales por causa de muerte, cuyo contenido ha de determinarse acudiendo al Derecho civil. Debiéndose resaltar que estamos ante un concepto jurídico de significación unívoca, lo que no cabe es otorgarle distinto significado según estemos ante el impuesto sobre sucesiones o en el de la renta, que es lo que pretende la Administración. Dentro del concepto jurídico de transmisiones patrimoniales por causa de muerte, se comprende, sin duda, los pactos sucesorios, lo que el propio legislador estatal acoge abiertamente, como se ha visto, en el expresado art. 24 del Impuesto sobre Sucesiones, esto es, son adquisiciones patrimoniales lucrativas consecuencia de un negocio jurídico por causa de la muerte de la persona; sin que su naturaleza jurídica sufra

porque el efecto patrimonial se anticipe a la muerte del causante, que constituye, como no puede ser de otra forma en los negocios mortis causa, la causa del negocio. La apartación, como pacto sucesorio, es una transmisión lucrativa por causa de muerte del contribuyente, comprendida dentro del art. 33.3.b) de la LIRPF.

DISPOSICIONES CITADAS: arts. 224 y ss. de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia; art. 33.1.b LIRPF; art. 24 Ley 29/1987, Impuesto de Sucesiones y Donaciones; art. 10 del RD 1629/1991, de 8 de noviembre.

PONENTE: Excmo. Sr. D. José Antonio Montero Fernández.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación en interés de la ley lo interpone el Sr. Abogado del Estado, Agencia Estatal de Administración Tributaria, contra la Sentencia dictada el 29 de octubre de 2014 por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, estimatoria

del recurso contencioso administrativo dirigido contra el acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Galicia de fecha 11 de noviembre de 2013, dictado en la reclamación NUM000 y acumulada NUM001, sobre liquidación provisional practicada en concepto de Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, ejercicio 2009 y sanción dimanante de esta.

Recoge la sentencia de instancia que la controversia gira «en torno a la tributación como ganancia patrimonial en el tributo y ejercicio mentado, de la apartación realizada por el demandante y su cónyuge en favor de su hija, mediante escritura pública de fecha 28 de diciembre de 2009».

La sentencia da cuenta de que sobre la cuestión suscitada existe una consolidada doctrina de la propia Sala, remitiéndose a lo dicho en su sentencia de 12 de marzo de 2014, dictada en el recurso 15471/13, en la que se citaba la de 9 de octubre de 2013 (recurso 15810/12). Analiza profundamente la Sala de instancia la institución de la apartación gallega, dando cuenta de su regulación positiva tanto histórica como actualmente, arts. 224 y ss. de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, disponiendo el citado que «por la apartación quien tenga la condición de legitimario si se abriera la sucesión en el momento en que se formaliza el pacto queda excluido de modo irrevocable, por sí y su linaje, de la condición de heredero forzoso en la herencia del apartante, a cambio de los bienes concretos que le sean adjudicados»; y sobre su naturaleza jurídica se pronuncia en los siguientes términos:

«La Sentencia de 22 de marzo de 2006 recoge un estudio del origen de la apartación como institución de derecho consuetudinario, y un estudio de su naturaleza como negocio mortis causa, señalando entre las razones que conducen a reafirmar esta naturaleza jurídica, las siguientes:

El recurrente ha adquirido, en vida del causante, determinados bienes a cambio de renunciar a su condición de legitimario. Sin duda, una primera conclusión, deducida de la literalidad de los preceptos antes transcritos, inclina a entender, que al menos formalmente, nos encontramos ante una adquisición intervivos, determinada por ser realizada en vida del apartante, si bien las propias exigencias a que se encuentra sometida la adquisición, atendida la renuncia a no suceder que lleva consigo, hace que en la misma conviva en parte con la naturaleza de un título sucesorio, y que no pueda afirmarse sin más un carácter intervivos.

Unido a lo anterior, debe hacerse una precisión al carácter supuestamente gratuito de la adquisición de bienes conseguida por medio de la apartación, en cuanto ello solo podrá así entenderse, si se considera que estamos ante un pacto sucesorio. En efecto, el apartado no adquiere los bienes como los consigue el donatario o el heredero, mediante la simple aceptación, sino que realiza un sacrificio, cual es la renuncia definitiva a su condición de legitimario. No se trata además de un sacrificio que dependa de la liberalidad del apartado, sino obligatorio para éste si quiere adquirir la propiedad de los bienes que integran la apartación, estando indisolublemente unido ese sacrificio a la institución en cuanto que siempre se debe dar. De hecho, la apartación ha sido entendida doctrinalmente por algún sector como «un pago anticipado y definitivo de la legítima, con renuncia por tanto a una eventual acción de suplemento».

A ello se une, con que no podemos desvincular la naturaleza de la apartación, de los sujetos que adquieren la condición de apartante y apartado, que necesariamente han de ocupar la posición de causante y legitimario, correspondientes a un negocio jurídico mortis causa.

En definitiva, la condición de apartado y la adquisición inmediata de bienes que

obligatoriamente ello conlleva, se encuentra íntimamente conectada con la de una adquisición mortis causa, sin el que no es entendible la figura de la apartación, que en caso contrario perdería todo significado, pero para el que el legislador, paradójicamente, no ha previsto un régimen específico de reducciones y bonificaciones, que sin embargo sí prevé para la sucesión».

Entrando sobre la proyección fiscal de la referida institución, se señala «la necesidad de conciliar la naturaleza intervivos de la adquisición patrimonial con la del pacto de no suceder, en cuanto que ambos integran la apartación, lo que solo se consigue otorgando la naturaleza de título mortis causa a la apartación, y que a su vez permite mantener la naturaleza gratuita de la adquisición, que como tal deberá ser entendida, si consideramos que estamos ante un pacto sucesorio de realización anticipada o inmediata». Y como tal pacto sucesorio conforme al «artículo 3 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre», reguladora del Impuesto de Sucesiones y Donaciones (y su correlativo artículo 10 del Reglamento de desarrollo, RD 1629/1991, de 8 de noviembre) determina como hecho imponible de este impuesto «a) La adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio. Es el Reglamento el que en su artículo 11 nos dice qué debe entenderse por títulos sucesorios a efectos de este Impuesto, estableciendo que «Entre otros, son títulos sucesorios a los efectos de este Impuesto, además de la herencia y el legado, los siguientes:

- a) La donación «mortis causa».
- b) Los contratos o pactos sucesorios (...).

En lo que ahora interesa y respecto del IRPF, partiendo de los caracteres y naturaleza de la aportación, llega a la siguiente conclusión: «Por lo que no ninguna duda cabe de que los pactos sucesorios, y entre

ellos los de mejora con entrega de bienes y el de apartación, que como tales aparecen regulados en la Ley 2/2006 bajo el Título X que lleva como rúbrica «De la sucesión por causa de muerte», se trata de negocios jurídicos mortis causa, o celebrados por causa de muerte, de modo que las transmisiones que tengan lugar mediante estos pactos sí se entienden amparadas por la exención fiscal, o excepción de gravamen (en palabras de la DGT) prevista en el artículo 33.3.b) de la Ley 35/2006, reguladora del Impuesto sobre la renta de las personas físicas, según el cual «Se estimará que no existe ganancia o pérdida patrimonial en los siguientes supuestos: b) Con ocasión de transmisiones lucrativas por causa de muerte del contribuyente». Para concluir que «En este contexto de imposición tributaria es en el que se debe determinar la naturaleza jurídica de la apartación, y ello sin olvidar que, aun siendo un negocio jurídico «sui generis», se trata de un pacto sucesorio, y por tanto, que aun cuando la entrega de bienes tiene lugar en vida del causante, esa entrega o transmisión se hace «por causa de muerte». En palabras de este Tribunal en sentencia de 22 de marzo de 2006 (Recurso: 7423/2003) «De lo que se deriva, a los efectos que aquí interesan, la necesidad de conciliar la naturaleza intervivos de la adquisición patrimonial con la del pacto de no suceder, en cuanto que ambos integran la apartación, lo que solo se consigue otorgando la naturaleza de título mortis causa a la apartación, y que a su vez permite mantener la naturaleza gratuita de la adquisición, que como tal deberá ser entendida, si consideramos que estamos ante un pacto sucesorio de realización anticipada o inmediata. «Lo que determina que «Teniendo en cuenta ahora que el párrafo b) del apartado 3 del artículo 33 de la Ley del Impuesto sobre la renta de las personas físicas determina que «se estimará que no existe ganancia o pérdida patrimonial (...) con ocasión de transmisiones

lucrativas por causa de muerte del contribuyente”, y negando en el caso que nos ocupa la existencia de una adquisición por negocio jurídico inter vivos, es de aplicación lo dispuesto en el indicado precepto, lo cual determina la estimación del recurso, debiendo anular tanto la liquidación provisional practicada por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas».

SEGUNDO.- El Sr. Abogado del Estado pone de manifiesto que la apartación gallega desde el punto de vista del apartante o transmitente puede dar lugar a una ganancia o pérdida patrimonial por la diferencia entre el valor de adquisición del bien y el de transmisión, tal y como dispone la Ley 35/2006, de 28 de noviembre del IRPF, arts. 33.1 y 34, no siendo aplicable en estos casos el art. 33.3.b) de dicha Ley, que considera que no existe ganancia o pérdida patrimonial con ocasión de transmisiones lucrativas por causa de muerte del contribuyente; en tanto que, aún cuando se trata de un pacto de no suceder, se produce la adjudicación o transmisión de determinados derechos por un acto intervivos que despliega todos sus efectos en vida del apartante y como consecuencia de su libre voluntad y no a causa del fallecimiento del mismo; y solicita que se declare una interpretación que diga lo siguiente:

«la previsión de que no existe ganancia o pérdida patrimonial con ocasión de transmisiones lucrativas por causa de muerte del contribuyente, contenida en el artículo 33.3.b) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, no es aplicable al incremento patrimonial que se pone de manifiesto con ocasión de la aportación regulada en los artículos 224 a 227 de la Ley 2/2006, de 14 de junio de Derecho Ci-

vil de Galicia, ya que tal apartación gallega es un pacto que no sólo se perfecciona, sino que despliega todos sus efectos en vida del apartante, sin que tales efectos se demoren o resulten condicionados por el fallecimiento de este».

Entra el Sr. Abogado del Estado a analizar la naturaleza jurídica de la institución que nos ocupa, y en dicho sentido afirma que: «Sobre la naturaleza de la apartación lo primero que hay que decir es que no supone una transmisión mortis causa. No es un pacto de suceder, pues precisamente ocurre lo contrario, es un pacto de no suceder... con renuncia a la legítima futura, y una transmisión lucrativa inter-vivos». Lo que le lleva a considerar que no es de aplicación el art. 33.3.b) del texto legal citado, pues estamos ante una transmisión lucrativa intervivos, cuya causa no es el fallecimiento del transmitente, sino la renuncia a la legítima del adquirente, por lo que no nos encontramos ante un título sucesorio de adquisición; por tanto, su naturaleza jurídica es la de renuncia a una expectativa jurídica, no a un derecho, unida a una transmisión lucrativa intervivos que debe seguir el régimen de tributación de las transmisiones de este tipo.

El Sr. Abogado del Estado, bajo el título de «Carácter de norma estatal la determinante del fallo recurrido», afirma que se trata de enjuiciar la correcta aplicación del artº 33.3.b) de la Ley 35/2006, determinante del fallo recurrido, pues «no se trata de enjuiciar la institución de la apartación, propia del Derecho Gallego, sino la tributación de los efectos patrimoniales que produce, y tal tributación se regula en una Ley Estatal».

TERCERO.- Tanto la representación procesal del Sr. Juan Manuel, como el Ministerio Fiscal, oponen como causa de inadmisibilidad que el fallo de la sentencia impugnada se basa de forma determinante

en una norma autonómica, siendo improcedente la invocación de la norma estatal, sólo siendo posible el recurso de casación estatal en interés de la Ley cuando las sentencias recurridas interpreten y apliquen normas estatales que hayan sido determinantes del fallo.

Para la representación procesal del Sr. Juan Manuel no es suficiente para la viabilidad de este recurso casacional que se aplique e interprete una norma estatal, sino que de las mismas se extraiga la consecuencia relevante que determina el fallo de la sentencia. Siendo evidente que el fallo de la sentencia que se recurre se basa en la calificación jurídica de la apartación prevista en la Ley Civil Gallega como pacto sucesorio mortis causa, girando todo el debate sobre la verdadera naturaleza jurídica de este instituto regulado por una Ley autonómica, de suerte que de considerarse una adquisición mortis causa es aplicable el citado art. 33.3.b) y de tratarse una adquisición intervivos no sería aplicable; la sentencia de instancia no realiza una exégesis e interpretación de la legislación estatal, sino que subsume el presupuesto fáctico en la norma después de analizar la verdadera naturaleza jurídica de la apartación gallega conforme a su regulación positiva. Interpretación que sólo cabe hacer al Tribunal de Justicia de Galicia como máximo intérprete de la legislación autonómica gallega. La razón de decidir de la sentencia no ha sido en cómo debe interpretarse el art. 33.3.b), sino como ha de interpretarse el negocio jurídico regulado por la legislación gallega, y una vez despejada la misma aplicar la legislación estatal. Para la recurrida la invocación del citado art. 33.3.b) es puramente instrumental, no se cumple lo dispuesto en el art. 100.2 de la LJCA, pues lo que se pretende por el Sr. Abogado del Estado es que el Tribunal Supremo declare que la apartación es un negocio jurídico inter vivos y que por ello

no se beneficia de lo preceptuado en el art. 33.3.b).

El Ministerio Fiscal comparte el anterior criterio. Considera que la controversia jurídica sobre la que se pretende establecer un criterio de interpretación o aplicación no se concreta en la interpretación o aplicación del art. 33.3.b), sino en determinar la naturaleza jurídica de una institución del Derecho Especial Gallego en función de la cual dicha norma será clara para su aplicación o no, en definitiva todo gira en torno a si estamos ante un negocio jurídico inter vivos o mortis causa conforme a la regulación de la institución de la apartación contenida en los arts. 224 y ss. de la Ley Gallega 2/2006, propugnándose una doctrina que se proyecta directamente sobre el aspecto jurídico-civil del problema, lo que pertenece al ámbito exclusivo y excluyente del Derecho propio de la Comunidad Autónoma.

No procede acoger la causa de inadmisibilidad opuesta por la representación procesal del Sr. Juan Manuel y por el Ministerio Fiscal. La cuestión a dilucidar no radica en determinar y definir la naturaleza jurídica del instituto de la apartación gallega, regulada en norma de Derecho autonómico, arts. 224 y ss. de la Ley Gallega 2/2006, de 14 de junio, que regulan y delimitan sus caracteres y configuran su naturaleza jurídica, sino en la proyección y consecuencia de la aplicación de los concretos actos o negocios realizados con trascendencia fiscal y su encuadramiento a efectos impositivos, y en el caso concreto que nos ocupa si la apartación gallega está o no incluida en la dicción del art. 33.3.b) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre.

Conforme al art. 31.1 de la CE «Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad progresividad que, en ningún caso,

tendrá alcance confiscatorio», recogiendo la LGT, arts. 3 y 4, que la ordenación del sistema tributario se basa en la capacidad económica de las personas obligadas a satisfacer los tributos, correspondiendo la potestad originaria para establecer los tributos al Estado, sin perjuicio de las potestades tributarias atribuidas a las Comunidades Autónomas y a las entidades locales, a través del legislador mediante la creación, modificación o extinción de tributos, determinando aquellas manifestaciones económicas que reflejan cierta capacidad económica susceptible de gravamen que deben ser objeto de imposición, definiendo legalmente los presupuestos fácticos que originan la obligación de contribuir. Ciertamente puede el legislador delimitar la relación jurídica origen de la obligación tributaria sobre actos, negocios jurídicos o situaciones definidas por otras ramas del Derecho, habitualmente civil y mercantil, pero su significación tributaria habrá de realizarse en función a la manifestación de la capacidad económica considerada legalmente al establecer el gravamen.

No le es dado al titular de la potestad tributaria hacer dejación de la misma, ni cabe, por consiguiente, que quien carece de potestad tributaria pueda determinar el nacimiento de la obligación tributaria, o alterarla o modificarla, mediante la configuración jurídica del presupuesto tenido en cuenta por el legislador tributario con potestad para la delimitación de la obligación tributaria.

Si consideramos, como pretende el Ministerio Fiscal y el representante procesal del Sr. Juan Manuel, que no se trata en este caso de la interpretación del art. 33.3.b) de la LIRPF, sino de determinar la naturaleza jurídica de la apartación gallega conforme a su regulación positiva, la que corresponde hacer en exclusividad al Tribunal Superior de Justicia de Galicia, como máxime interprete de la legislación

gallega, se sustrae la potestad tributaria constitucional y legalmente atribuida, posibilitando que el nacimiento y alcance de la obligación tributaria, o en este caso de la tributación de una manifestación de riqueza, de los efectos patrimoniales que se producen, se haga depender de la configuración del negocio jurídico regulado por la legislación gallega y de la interpretación privada de la misma, y no de la proyección y consecuencia de su aplicación en el ámbito tributario. En definitiva es la ley, emanada de quien tiene la potestad para hacerlo, la que define los presupuestos determinantes de la obligación tributaria, si dichos presupuestos lo constituyen negocios o situaciones propias de una rama del Derecho, la correcta interpretación y aplicación de la ley tributaria no pasa determinativamente por la interpretación sobre la naturaleza, las características y el alcance de aquellos negocios o situaciones, sino por las consecuencias económicas o patrimoniales tenidas en cuenta para la delimitación de la obligación tributaria. Por lo tanto, en el presente lo que se dilucida, art. 100.2 de la LJCA, es la interpretación y aplicación del art. 33.3.b) de la LIRPF.

Cosa distinta es que el legislador tributario determine los presupuestos determinantes de la obligación tributaria mediante actos, negocios o situaciones propias de otras ramas de Derecho, en cuyo caso, excepto en aquellos supuestos en los que en base a la autonomía del Derecho Tributario se le dote de un contenido propio asignándole un significado diferente, su significado, sentido jurídico, vendrá dado por la regulación realizada en aquella rama del Derecho de la que procede, art. 12.2 de la LGT. Por lo que es evidente que cuando la ley grava las ganancias y pérdidas patrimoniales, y considera que no existen tales con ocasión de transmisiones lucrativas por causa de muerte, habrá que estar a lo que el Derecho privado entiende por tal, y si la regulación que se hace de la

apartación gallega puede integrarse o no en aquellas transmisiones, teniendo en cuenta que su significado debe ser aquel que se adapte a las consecuencias tributarias consideradas por el legislador tributario en cuanto reveladora de la capacidad contributiva que ha elegido gravar.

CUARTO.- La sentencia impugnada se pronuncia, en lo que ahora nos interesa en los siguientes términos:

«SEGUNDO.- En relación con dicha cuestión existe ya una consolidada doctrina de esta Sala de la que es exponente, entre otras muchas, nuestra sentencia de 12/3/14, dictada en el recurso 15471/13, en la que citábamos la de 9/10/13 (recurso 15810/12), en los siguientes términos: «... El negocio de apartación ya estaba regulado en la Ley 4/1995, de 26 de mayo, de Derecho Civil de Galicia, cuyo artículo 134 dispuso que «1. Podrá adjudicarse en vida la plena titularidad de determinados bienes de cualquier clase, sin ninguna excepción, a quien tenga la condición de legitimario del adjudicante en el momento de la adjudicación, quedando éste totalmente excluido de tal condición de legitimario con carácter definitivo, cualquiera que sea el valor de la herencia en el momento de deferirse. 2. La apartación vincula al apartado y a sus sucesores y legitimarios».

Este precepto fue reiterado en el artículo 155. Y de esta redacción, que configura un pacto de no suceder, se desprende una suerte de adjudicación definitiva de los bienes, en coherencia con la exclusión de la condición de legitimario con el mismo carácter.

El artículo 224 de la vigente Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia dispone que «por la apartación quien tenga la condición de legitimario si

se abriera la sucesión en el momento en que se formaliza el pacto queda excluido de modo irrevocable, por sí y su linaje, de la condición de heredero forzoso en la herencia del apartante, a cambio de los bienes concretos que le sean adjudicados». En esta redacción parece excluirse no tanto la revocación como la renuncia al apartado que tuviera la condición de legitimario en el momento de abrirse la sucesión y, de un modo más perceptible que en la Ley anterior, parece abrirse la posibilidad de una revocación del apartamiento, incluso afectando a los derechos legitimarios sujetos al apartamiento, siempre que la sucesión no se haya abierto.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la apartación esta Sala tiene configurado un cuerpo de doctrina que principia en las sentencias de 22 de marzo de 2006 y 13 de junio de 2006, que, como ya se indica en la de 30 de enero de 2012 (Recurso: 15813/2010, seguida de la de 10 de abril de 2012 (Recurso: 15272/2011) ha sido continuado con algunos matices, incluso corrección de criterio, con independencia de que la apartación fuese anterior o posterior a la vigencia de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, en sentencias posteriores, como son las de 4 de noviembre de 2010 (recurso 15781/09) y 21 de noviembre de 2011 (recurso 15893/10).

La Sentencia de 22 de marzo de 2006 recoge un estudio del origen de la apartación como institución de derecho consuetudinario, y un estudio de su naturaleza como negocio mortis causa, señalando entre las razones que conducen a reafirmar esta naturaleza jurídica, las siguientes:

«El recurrente ha adquirido, en vida del causante, determinados bienes a cambio de renunciar a su condición de legitimario. Sin duda, una primera conclusión, deducida de la literalidad de los preceptos antes transcritos, inclina a

entender, que al menos formalmente, nos encontramos ante una adquisición intervivos, determinada por ser realizada en vida del apartante, si bien las propias exigencias a que se encuentra sometida la adquisición, atendida la renuncia a no suceder que lleva consigo, hace que en la misma conviva en parte con la naturaleza de un título sucesorio, y que no pueda afirmarse sin más un carácter intervivos.

Unido a lo anterior, debe hacerse una precisión al carácter supuestamente gratuito de la adquisición de bienes conseguida por medio de la apartación, en cuanto ello solo podrá así entenderse, si se considera que estamos ante un pacto sucesorio. En efecto, el apartado no adquiere los bienes como los consigue el donatario o el heredero, mediante la simple aceptación, sino que realiza un sacrificio, cual es la renuncia definitiva a su condición de legitimario. No se trata además de un sacrificio que dependa de la liberalidad del apartado, sino obligatorio para éste si quiere adquirir la propiedad de los bienes que integran la apartación, estando indisolublemente unido ese sacrificio a la institución en cuanto que siempre se debe dar. De hecho, la apartación ha sido entendida doctrinalmente por algún sector como «un pago anticipado y definitivo de la legítima, con renuncia por tanto a una eventual acción de suplemento».

A ello se une, con que no podemos desvincular la naturaleza de la apartación, de los sujetos que adquieren la condición de apartante y apartado, que necesariamente han de ocupar la posición de causante y legitimario, correspondientes a un negocio jurídico mortis causa.

En definitiva, la condición de apartado y la adquisición inmediata de bienes que obligatoriamente ello conlleva, se encuentra íntimamente conectada con la de una adquisición mortis causa, sin el que no es

entendible la figura de la apartación, que en caso contrario perdería todo significado, pero para el que el legislador, paradójicamente, no ha previsto un régimen específico de reducciones y bonificaciones, que sin embargo si prevé para la sucesión.

A nuestro juicio, por tanto, y con el exclusivo fin de delimitar la normas fiscales que son de aplicación, no nos encontramos, al analizar la figura de la apartación o apartamiento, ante dos operaciones y actos independientes, sino que, como tantas veces acontece en numerosas actividades económicas sujetas a tributación, que individualmente se encuentran formadas por actos de naturaleza distinta, incluso sujetos a tributos diferentes, que solo encuentran su adecuado destino tributario mediante la observancia conjunta de las distintas operaciones de que están formadas, consideramos, que el fenómeno antes descrito debe ser observado de forma global, integrando de un lado la adquisición de bienes que en vida del apartante-causante dispone para el apartado-exlegitimario, y de otro el pacto sucesorio de no suceder, por el que el apartado, a cambio de adquirir los bienes, pierde el carácter de legitimario.

De lo que se deriva, a los efectos que aquí interesan, la necesidad de conciliar la naturaleza intervivos de la adquisición patrimonial con la del pacto de no suceder, en cuanto que ambos integran la apartación, lo que solo se consigue otorgando la naturaleza de título mortis causa a la apartación, y que a su vez permite mantener la naturaleza gratuita de la adquisición, que como tal deberá ser entendida, si consideramos que estamos ante un pacto sucesorio de realización anticipada o inmediata».

Por su parte, como ya se razona en la sentencia de 13 de junio de 2006, la apartación no se puede calificar de donación pues falta el ánimo de liberalidad, sino de un pacto sucesorio.

Así lo reconocen igualmente los Tribunales civiles, citando a título de ejemplo la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense de 27 de junio de 2002, que a propósito de diferenciar la apartación de la donación, nos dice que son evidentes las diferencias entre ambas figuras jurídicas: negocio inter vivos de disposición a título gratuito en la donación, y disposición sucesoria de los bienes hereditarios en la apartación, constituyendo un pacto sucesorio con renuncia a la legítima.

Y nosotros añadimos que como tal pacto sucesorio debe recibir entonces el trato de lo sucesorio. Así lo considera también la Instrucción 1/1996 de 28 de febrero, de la Consellería de Economía en Facenda de la Xunta de Galicia.

En efecto, el artículo 3 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, reguladora del Impuesto de Sucesiones y Donaciones (y su correlativo artículo 10 del Reglamento de desarrollo, RD 1629/1991, de 8 de noviembre) determina como hecho imponible de este impuesto «a) La adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio».

Es el Reglamento el que en su artículo 11 nos dice qué debe entenderse por títulos sucesorios a efectos de este Impuesto, estableciendo que «Entre otros, son títulos sucesorios a los efectos de este Impuesto, además de la herencia y el legado, los siguientes:

- a) La donación «mortis causa».
- b) Los contratos o pactos sucesorios (...).

Por lo que no ninguna duda cabe de que los pactos sucesorios, y entre ellos los de mejora con entrega de bienes y el de apartación, que como tales aparecen regulados en la Ley 2/2006 bajo el Título X que lleva como rúbrica «De la sucesión por causa de muerte», se trata de negocios jurí-

dicos mortis causa, o celebrados por causa de muerte, de modo que las transmisiones que tengan lugar mediante estos pactos sí se entienden amparadas por la exención fiscal, o excepción de gravamen (en palabras de la DGT) prevista en el artículo 33.3.b) de la Ley 35/2006, reguladora del Impuesto sobre la renta de las personas físicas, según el cual «Se estimará que no existe ganancia o pérdida patrimonial en los siguientes supuestos: b) Con ocasión de transmisiones lucrativas por causa de muerte del contribuyente».

TERCERO.- La postura expuesta en las sentencias objeto de cita y de transcripción parcial en el precedente fundamento jurídico, no es la que comparte la Dirección General de Tributos, en cuya consulta vinculante de 10 de diciembre de 2008 (V2355/2008) se ha pronunciado en el sentido de que, aun cuando la apartación se trata de un pacto sucesorio, al producirse la adjudicación (transmisión) de los bienes o derechos por un acto inter vivos y no a causa del fallecimiento del contribuyente, la ganancia patrimonial que pueda producirse no se encuentra amparada por la excepción de gravamen del artículo 33.3.b) de la Ley del Impuesto.

En la consulta vinculante V1854/2010, de 5 de agosto de 2010 la DGT dice que «la transmisión de las participaciones sociales a los descendientes –consecuencia del pacto de mejora suscrito– comporta, a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, una alteración en la composición en el respectivo patrimonio de cada uno de los adjudicantes que ocasiona una variación en su valor, es decir, se produce una ganancia o pérdida patrimonial por la diferencia entre los valores de adquisición y transmisión de los elementos patrimoniales adjudicados en la mejora, tal como resulta de lo dispuesto en los artículos 33 a 37 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Perso-

nas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (BOE del día 29)».

Esta doctrina fue reiterada en la consulta posterior de fecha 6 de junio de 2011 (Consulta V1438/2011), aunque en ella después de señalar que la adjudicación del inmueble (mediante pacto sucesorio) se produce por un acto inter vivos, finaliza admitiendo que para el adquirente se trata de una operación sujeta al Impuesto de Sucesiones y Donaciones, pero no por el apartado b) del artículo 3 que considera como hecho imponible del ISD «La adquisición de bienes y derechos por donación o cualquier otro negocio jurídico a título gratuito, «inter vivos»», sino por el apartado «a) La adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio».

En esta consulta la DGT se expresa de la siguiente manera: «respecto a la tributación del descendiente, y con un carácter genérico y meramente informativo (pues al no plantearse este aspecto por el propio obligado tributario no pueden aplicarse los efectos vinculantes que se señalan en el último párrafo de esta contestación), procede señalar que la transmisión de bienes al descendiente de forma gratuita mediante un pacto de mejora de los regulados en el artículo 214 de la Ley de Derecho Civil de Galicia constituye una operación sujeta al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, tal como resulta de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre (BOE del día 19), del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, que en su apartado 1, establece:

«Constituye el hecho imponible:

a) La adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio (...). Ciertamente es que la transmisión de los bienes se produce inter vivos, o

como dice la Audiencia Provincial de Pontevedra en sus sentencias de 11 de febrero de 2011 (Recurso: 691/2010) y 12 de junio de 2009, y en el Auto de 1 de octubre de 2009 «la apartación es un negocio jurídico inter vivos de disposición, sin perjuicio de su vocación reguladora de una situación post mortem, en virtud del cual el apartante adjudica al apartado la plena titularidad de los bienes objeto del mismo, de lo que se colige el inmediato y actual desplazamiento patrimonial de aquel a este, en consecuencia produce los efectos propios de todo negocio jurídico de disposición, de forma que el apartado adquiere la plena titularidad de los bienes y derechos adjudicados en pago de su legítima. (...) Lo expuesto nos permite afirmar que la apartación otorgada en escritura pública implica la transmisión simultánea de la propiedad a favor del apartado, pues lo pactado, como título de finalidad traslativa, se completa con la tradición, en la modalidad de traditio instrumental del art. 1.462.2 CC, con la consecuencia de que el apartado adquiere la propiedad inmediata de los bienes objeto de apartamiento».

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que los efectos a los que servía de apoyo tal razonamiento, de naturaleza estrictamente civil (se trataba de comprobar si la apartación implicaba o no la transmisión simultánea de la propiedad a favor del apartado), son muy diferentes a aquellos para los que se debe dar respuesta al conflicto planteado entre las partes en este procedimiento, que lo es en el marco del pago de un impuesto, y en particular del impuesto sobre la renta de las personas físicas.

En este contexto de imposición tributaria es en el que se debe determinar la naturaleza jurídica de la apartación, y ello sin olvidar que, aun siendo un negocio jurídico «sui generis», se trata de un pacto sucesorio, y por tanto, que aun cuando la entrega de bienes tiene lugar en vida del

causante, esa entrega o transmisión se hace «por causa de muerte».

En palabras de este Tribunal en sentencia de 22 de marzo de 2006 (Recurso: 7423/2003) «De lo que se deriva, a los efectos que aquí interesan, la necesidad de conciliar la naturaleza intervivos de la adquisición patrimonial con la del pacto de no suceder, en cuanto que ambos integran la apartación, lo que solo se consigue otorgando la naturaleza de título mortis causa a la apartación, y que a su vez permite mantener la naturaleza gratuita de la adquisición, que como tal deberá ser entendida, si consideramos que estamos ante un pacto sucesorio de realización anticipada o inmediata».

Teniendo en cuenta ahora que el párrafo b) del apartado 3 del artículo 33 de la Ley del Impuesto sobre la renta de las personas físicas determina que «se estimará que no existe ganancia o pérdida patrimonial (...) con ocasión de transmisiones lucrativas por causa de muerte del contribuyente», y negando en el caso que nos ocupa la existencia de una adquisición por negocio jurídico inter vivos, es de aplicación lo dispuesto en el indicado precepto, lo cual determina la estimación del recurso, debiendo anular tanto la liquidación provisional practicada por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Regula el art. 33 de la LIRPF las ganancias y pérdidas patrimoniales, considerando el legislador que son ganancias o pérdidas patrimoniales las variaciones en el valor del patrimonio del contribuyente que se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquel. Es de observar que, a pesar de los términos en los que se pronuncia la ley, cualquier transmisión de un bien o derecho a título gratuito supone para quien lo transmite una pérdida económica, lo que indica que estamos ante una construcción fiscal que difiere de la realidad económica

resultante, en esta construcción que realiza el legislador, ajena a la realidad económica, quiere dejar sentado que no son ni ganancia ni pérdida patrimonial del transmitente, art. 33.3.b), «las transmisiones lucrativas por causa de muerte del contribuyente».

No contiene la normativa fiscal qué ha de entenderse por la citada expresión, por lo que para desentrañar su sentido ha de acudirse a la previsión que nos ofrece el art. 12.2 de la LGT, «En tanto no se definan por la normativa tributaria, los términos empleados en sus normas se entenderán conforme al sentido jurídico, técnico o usual, según proceda». En ausencia de una significación tributaria propia, las exigencias de legalidad y seguridad jurídica que imperan en esta materia, exigen que lo procedente sea que el interprete acuda para determinar su significado y alcance a la rama del Derecho de la que procede y es evidente que las transmisiones por causa de muerte o «mortis causa», constituyen un concepto jurídico elaborado en el marco del Derecho civil perfectamente delimitado; por lo tanto, siguiendo lo ordenado por el citado art. 12.2, estando ante un concepto jurídico procedente de otra rama del Derecho, delimitado por el legislador como presupuesto de la norma, cuya interpretación constituye el presente debate, a su significado y alcance habrá de estarse, primero para determinar qué no considera la ley ganancias o pérdidas patrimoniales, y segundo si la aportación gallega es una transmisión gratuita por causa de muerte del contribuyente. Y siendo procedente acudir a la conceptualización de transmisiones mortis causa del Derecho civil, no es posible atender al ni sentido usual de la expresión, ni en la conceptualización limitada que ofrece el Código Civil sobre las adquisiciones mortis causa, en los que parece recalcar alguna de las Consultas citadas en la sentencia, en la que se pretende exigir para la

aplicación del citado precepto la muerte física del causante-contribuyente.

Ha de indicarse que el Derecho civil patrio no se agota con el Código Civil común, sino que también abarca los especiales y forales elaborados por cada Comunidad Autónoma con competencia en la materia. No se hace cuestión que entre los títulos sucesorios se encuentran las formas convencionales de pactar la sucesión, que prohibidos en el Código Civil, sin embargo se contemplan en algunas de las legislaciones especiales y forales, y que permiten que en vida del causante se produzca la transmisión de elementos patrimoniales, esto es, son atribuciones patrimoniales por causa de muerte o mortis causa aunque la transmisión se produzca en vida del causante; lo cual es tenido bien presente por el legislador estatal tributario, como se comprueba al regular el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, Ley 29/1987, de 18 de diciembre, cuando en su art. 3 dice que «Constituye el hecho imponible: a) La adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio», respecto del devengo dispone que «En las adquisiciones por causa de muerte y en los seguros sobre la vida, el impuesto se devengará el día del fallecimiento del causante o del asegurado o cuando adquiera firmeza la declaración de fallecimiento del ausente, conforme al artículo 196 del Código Civil. No obstante, en las adquisiciones producidas en vida del causante como consecuencia de contratos y pactos sucesorios, el impuesto se devengará el día en que se cause o celebre dicho acuerdo», y su reglamento en su art. 11 establezca que «Entre otros, son títulos, sucesorios a los efectos de este Impuesto, además de la herencia y el legado, los siguientes: b) Los contratos o pactos sucesorios».

Al hilo de lo anterior, no deja de ser un contra sentido que la Administración considere a la aportación gallega, en su condi-

ción de pacto sucesorio, sujeto al citado impuesto sobre sucesiones, y que se niegue en este recurso dicha naturaleza.

Como se ha dicho la ley, art. 33.3.b), no considera ganancias o pérdidas patrimoniales las transmisiones patrimoniales por causa de muerte, lo cual ya se ha indicado constituye un concepto jurídico cuyo contenido –cuando no existe una delimitación fiscal, ni en el impuesto sobre sucesiones, ni en el de la renta, autónomo y propio– ha de determinarse acudiendo al Derecho civil. Debiéndose resaltar que estamos ante un concepto jurídico de significación unívoca, lo que no cabe es otorgarle distinto significado según estemos ante el impuesto sobre sucesiones o en el de la renta, que es lo que pretende la Administración.

Dentro del concepto jurídico de transmisiones patrimoniales por causa de muerte, se comprende, sin duda, los pactos sucesorios, lo que el propio legislador estatal acoge abiertamente, como se ha visto, en el expresado art. 24 del Impuesto sobre Sucesiones, esto es, son adquisiciones patrimoniales lucrativas consecuencia de un negocio jurídico por causa de la muerte de la persona; sin que su naturaleza jurídica sufra porque el efecto patrimonial se anticipe a la muerte del causante, que constituye, como no puede ser de otra forma en los negocios mortis causa, la causa del negocio.

Es evidente, pues, que los pactos sucesorios constituyen transmisiones patrimoniales lucrativas por causa de la muerte del contribuyente. Lo cual nadie lo discute, ni siquiera el Sr. Abogado del Estado, que para negar la aplicación del art. 33.3.b) a la apartación lo que hace es negar a esta su carácter de pacto sucesorio. Para el Sr. Abogado del Estado, «sobre la naturaleza jurídica de la aportación lo primero que hay que decir es que no supone una transmisión mortis causa. No es un pacto de

suceder, pues precisamente ocurre lo contrario, es un pacto de no suceder», sin embargo dentro de los pactos sucesorios cabe distinguir los pactos de suceder, los pactos de no suceder y los que versan sobre la herencia de un tercero, tal y como viene a reconocer explícitamente el propio Sr. Abogado del Estado, distinguiéndose los dos primeros por su contenido, positivo el primero, suceder a alguien, y negativo el segundo, alguien se aparta de la sucesión, sin que quepa negar que el pacto de no suceder sea una forma de sucesión. Por tanto, bastaría acoger la consideración que hace el Sr. Abogado del Estado, esto es, que el apartamiento gallego es un pacto de no suceder, que no es más que una modalidad de los pactos de suceder, para llegar a la conclusión que está comprendido en el citado art. 33.3.b).

En cuanto a la naturaleza de la apartación gallega, ha de estarse a la correcta y profunda interpretación que de la figura hace el Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Debiendo significar que no estamos ante dos negocios uno intervivos y otro mortis causa, sino ante un solo negocio en el que existe una única voluntad y finalidad común, sin que sea procedente descomponer su contenido económico para, desvirtuando su naturaleza jurídica y su funcionalidad, otorgarle un tratamiento tributario en función del impuesto a aplicar; la aportación gallega es un pacto sucesorio, y su tratamiento fiscal es el que se deriva de esta condición cualquiera que sea el impuesto del que se trate, cuando, como es el caso, no existe un tratamiento tributario específico en la regulación de uno u otro impuesto.

En definitiva la apartación gallega, como pacto sucesorio, es una transmisión lucrativa por causa de muerte del contribuyente, comprendida dentro del art. 33.3.b) de la LIRPF; de haberse querido excluir, el legislador bien podría haber excluido los

pactos sucesorios, o imponer como condición la muerte física del contribuyente, al no hacerlo no es más que por su expresa voluntad de haber querido comprenderlo en la inexistencia de ganancia o pérdida patrimonial. El hecho de que se pueda utilizar esta figura de la apartación para facilitar posibles fraudes fiscales, resulta un argumento ajurídico e inútil para ayudar a la interpretación del art. 33.3.b), puesto que en la mano de los responsables está el evitarlo, mediante los servicios de inspección o mediante la reforma legal incorporando cláusulas, como se conocen en algunas Normas Forales por ejemplo, para evitar estas conductas intolerables. Todo lo cual debe llevarnos a desestimar la pretensión actuada.

QUINTO.- Sin que proceda hacer imposición de costas, dada la naturaleza y alcance del recurso de casación en interés de la Ley.

NÚM. 2

S. TSJA 1/2015 de 14 de enero de 2015

6631: CONSORCIO CONYUGAL:
ACTIVO: INMUEBLES EDIFICADOS SOBRE TERRENO EN PARTE DE UNO DE LOS CÓNYUGES: Durante la vigencia del
Apéndice: *El matrimonio se contrae en 1926 por lo que se rige por el Apéndice de 1925. El solar sobre el que se edificó con fondos comunes era, en su mitad indivisa, propiedad de la mujer, y en la otra mitad pertenecía a la sociedad conyugal. La naturaleza de este tipo de bienes no era cuestión pacífica en la regulación entonces vigente, pues mientras algunas sentencias consideraban que debían integrar el activo de la sociedad conyugal tácita (conforme al art. 48.1 Apéndice y al art. 1404.2º Cc.: SATZ*

14/7/1942), otras estimaban no aplicable en Aragón el referido precepto del Cc., sino que debía resolverse el debate con la aplicación de las normas generales sobre accesión (STS 7/2/1945). La Sala, tras recordar la doctrina jurisprudencial sobre la accesión invertida, indica que el caso de construcción por varios comuneros que son propietarios del suelo no se resuelve por las normas de la accesión sino por las de las relaciones entre comuneros (STS 656/2011, de 21/9); criterio trasladable a la relación entre patrimonios en el régimen económico conyugal. De ahí se desprende que el edificio en cuestión tenía la consideración de bien consorcial, sin que sea necesario para ello recurrir a la aplicación del Código civil.

6634: CONSORCIO CONYUGAL: DISOLUCIÓN. LA COMUNIDAD POS-CONSORCIAL: MOMENTO: *El matrimonio contraído en 1926 se disolvió a la muerte del primero de los cónyuges acaecida en 1972, por lo que la disolución (y la liquidación y división) del consorcio conyugal se rige por la Compilación del Derecho civil de Aragón de 1967, entonces vigente.*

6635: CONSORCIO CONYUGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN: DERECHO DE ADJUDICACIÓN PREFERENTE: *Bienes aportados al consorcio: El derecho de adjudicación preferente que el art. 58 Comp. confería tenía, al menos en parte de su contenido, carácter personalísimo y no podía estimarse transmisible a los herederos, como se pretende en este caso. Además en el caso no concurre aportación de un edificio, ni de la totalidad del suelo sobre el que se edificó. Por ser el terreno privativo de la mujer en una mitad indivisa no hay derecho de adjudicación preferente del edificio. No es así porque no se está en presencia de una subrogación real impuesta por el legislador, que solo tiene lugar en el caso de aportación del bien al consorcio, lo que no ocurre*

en este caso. Tratándose de la aportación de una mitad indivisa del suelo no concurre el supuesto de hecho del precepto invocado.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 48 Apéndice; 58 Comp.

PONENTE: *Ilmo. Sr. D. Fernando Zubiri de Salinas.*

En Zaragoza, a catorce de enero de dos mil quince.

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 48/2014 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 8 de abril de 2014 y su auto aclaratorio de fecha 17 de junio del mismo año, recaídos en el rollo de apelación número 323/2012, dimanante de autos de división de herencia 24/2001, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia num. Uno de Tarazona, en el que son partes, como recurrente y recurrido, D. Isidro S. C., representado por el Procurador de los Tribunales D. Fernando Gutiérrez Andreu y dirigido por el Letrado D. Andrés Jiménez Lenguas, frente a D^a. Carmen S. C., también recurrente-recurrida, representada por la Procuradora de los Tribunales D^a. Beatriz Díaz Rodríguez y dirigida por el Letrado D. Félix Martín Polo.

Es Ponente el Magistrado D. Fernando Zubiri de Salinas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Este procedimiento se inició el 29 de enero de 2001 en virtud de demanda presentada por la representación legal de D^a. Carmen S. C. y su esposo, frente a D. Isidro S. C., solicitando la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial de los padres de ambos herma-

nos y la comunidad conyugal continuada entre D^a. Ascensión C. H. y los hermanos D^a Carmen y D. Isidro.

Tramitado el procedimiento conforme a derecho, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza dictó sentencia con fecha 30 de julio de 2012 cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

«Que, estimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Baños Albericio, y desestimando el de la Procuradora Sra. Calvo Romero, cada uno en su respectiva representación, contra la Sentencia dictada el pasado día veinte de marzo de dos mil doce por la Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia de Tarazona (Zaragoza), cuya parte dispositiva ya ha sido transcrita, la revocamos, y en su consecuencia acordamos dividir la herencia formando dos lotes, cada uno con los inmuebles especificados en el FJ segundo de esta resolución, añadiendo al de menos valor la cantidad de 27.644 euros, que se sortearán entre ambos litigantes ante el Sr. Secretario del Juzgado el día que éste designe, deviniendo cada uno propietario del que le corresponda en el sorteo, debiendo abonar Don Isidro a Doña Carmen el importe correspondiente al veinticinco por ciento del valor del suelo sobre el que se construyó el actual edificio de Fueros de Aragón ... que asciende a 105.800 euros, todo ello sin perjuicio de los abonos correspondientes a las cantidades que fueron señaladas en el Auto dictado por esta misma Sección el día 22 de marzo de 2011, sin condena en las costas de la primera instancia, sin costas del recurso interpuesto por Don Isidro, condenando a su pago en las de recurso interpuesto por Doña Carmen.»

A la vista de la anterior sentencia, las partes solicitaron aclaración/complemento de la misma, dictándose Auto con fecha 12 de febrero de 2013, cuya parte dispositiva es la siguiente:

«Estimar el recurso interpuesto por el Procurador Sr. Gutiérrez Andreu, y en parte el de la Procuradora Sra. Díaz Rodríguez, cada uno en su representación, aclarando la Sentencia dictada en el sentido de añadir al lote A la planta ... de la calle Fueros de Aragón por importe de 108.820,58 euros, y en lote B el trastero ... de la calle Fueros de Aragón por importe de 21.253,38 euros, debiendo añadirse un suplemento al segundo lote B de 16.140,85 euros para alcanzar la plena igualdad entre ambos, así como que también las fincas rústicas, respetando los lotes llevados a cabo por el contador partidor, deberán adjudicarse por el mismo sistema del sorteo, denegando las restantes peticiones por improcedentes en Derecho.»

Contra la sentencia anterior y su auto aclaratorio, la representación legal de D^a. Carmen S. C. interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, y, previos los trámites legales, esta Sala dictó sentencia en fecha 5 de noviembre de 2013, cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

«Estimar el motivo de infracción procesal interpuesto por la representación de D^a. Carmen S. C. contra la sentencia de 30 de julio de 2012 y su auto aclaratorio de 12 de febrero de 2013 de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, con anulación de la sentencia recurrida, y ordenar reponer las actuaciones al estado y momento en que se incurrió en la infracción o vulneración, que es el momento del dictado de la sentencia, a fin de ser debidamente motivada.-Sin imposición de las costas del recurso.-Con devolución del depósito constituido.»

SEGUNDO.- Recibidas nuevamente las actuaciones en la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, ésta dictó nueva sentencia con fecha 8 de abril pasado, cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

«**Fallo:** Que, estimando en parte los recursos de apelación interpuestos por los Procuradores Sres. Baños Albericio y Calvo Romero, cada uno en la representación que tiene acreditada, contra la Sentencia dictada el pasado día veinte de marzo de dos mil doce por la Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia de Tarazona (Zaragoza), cuya parte dispositiva ya ha sido transcrita, la revocamos, y así acordamos que la sociedad conyugal de los padres entregue a Doña Carmen S. los inmuebles consistentes en la planta ... de la calle Fueros de Aragón número ... y en la planta ... del mismo edificio, y la sociedad conyugal satisfaga a su hermana Doña Carmen S. la suma de 46.715,40 euros, formándose por el Juzgado papeletas conteniendo cada una de aquellos los bienes que se han señalado en el considerando segundo de esta resolución, procediéndose por sorteo en el día que se señale a la adjudicación de cada uno de estos lotes a los dichos hermanos, de modo que cada uno será propietario de aquel que por suerte le corresponda, debiendo satisfacer aquel a quien se le asigne el de mayor valor la suma de 9.640,96 euros al otro hermano, sin costas en ninguna de las dos instancias.- Dése al depósito el destino legal.»

Habiéndose solicitado por ambas partes aclaración subsanación y además por la demandada, complemento, de la sentencia anterior, previos los trámites legales, la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Quinta, dictó Auto aclaratorio de fecha 17 de junio de 2014, cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

«La Sala acuerda.- Estimar en parte los recursos de aclaración y complemento interpuestos por los Procuradores Sres. Gutiérrez Andreu, cada uno en su respectiva representación, contra la Sentencia dictada por esta Sala el pasado día ocho de abril de dos mil catorce, cuya parte dispositiva ya ha sido transcrita, y en su consecuencia se

aclara y complementa en el sentido que ha sido expuesto en los anteriores fundamentos jurídicos, que se dan ahora por reproducidos, sin condena en costas en ninguno de aquellos.»

TERCERO.- La representación legal de D^a. Carmen S. C. interpuso ante la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de recurso de casación por infracción de los artículos 56 y 58.2 de la Compilación de Derecho Civil Aragonés de 8 de abril de 1967 (hoy materia regulada en los arts. 265 y 267 del Código de Derecho Foral de Aragón).

Solicitando por otrosí la adopción de medida cautelar.

Por su parte, la representación procesal de D. Isidro S. C., interpuso ante dicha Sección de la Audiencia Provincial recurso por infracción procesal y casación, basándolo en infracción del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la indebida aplicación del artículo 55 y siguientes de la Compilación de Derecho Civil de Aragón de 8 de abril de 1967 y la no aplicación de la D.T. 1^a de dicha Compilación.

CUARTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, se dictó Auto de fecha 3 de octubre de 2014, por el que, declarada la competencia de la Sala para el conocimiento del recurso de casación planteado por la representación procesal de D^a. Carmen y del recurso de casación e infracción procesal planteado por D. Isidro, se admitieron a trámite.

Conferido traslado a las partes del recurso planteado de contrario, presentaron ambas escrito de oposición en apoyo de sus pretensiones.

En fecha 20 de noviembre de 2014 la Sala, no considerando necesaria la celebra-

ción de Vista, señaló para votación y fallo el día 17 de diciembre de 2014.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ANTECEDENTES PROCESALES

PRIMERO.- Para la resolución de los recursos interpuestos resultan relevantes los siguientes hechos:

1.- Mediante demanda presentada el 29 de enero de 2001 ante el Juzgado de Primera Instancia de Tarazona, la representación de D^a Carmen S. C. instó frente a su hermano D. Isidro la liquidación del régimen económico matrimonial de sus padres, D. Miguel S. R. y D^a Ascensión C. H., que habían contraído matrimonio el 18 de febrero de 1926 y habían fallecido el 22 de septiembre de 1972 y el 11 de junio de 1996, respectivamente.

2.- Recayó sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Tarazona de 1 de septiembre de 2003 aprobando el inventario de bienes de la comunidad matrimonial de D. Miguel S. R. y D^a Ascensión C. H.

3.- Contra la anterior sentencia interpuso la representación de D. Isidro S. C. recurso de apelación en lo relativo a los saldos resultantes de la rendición de cuentas entre ambas partes, y la sentencia de la Audiencia Provincial de 20 de septiembre de 2004 estimó en parte el recurso de apelación. Interpuesto recurso de casación por la representación de D. Isidro S., fue parcialmente estimado por la sentencia de 21 de junio de 2005 de esta Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en el sentido de incluir en el pasivo de D^a Ascensión C. una deuda a favor del recurrente.

4.- La sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Tarazona de 20 de marzo de 2012 aprobó el cuaderno particional de 28 de febrero de 2011 presenta-

do por el contador partidor, con las modificaciones introducidas el 23 de junio de 2011, desestimando las oposiciones de las partes.

5.- Contra la anterior sentencia las dos partes litigantes interpusieron recurso de apelación recayendo sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 30 de julio de 2012, aclarada por auto de 12 de febrero de 2013, que fue objeto del recurso por infracción procesal y de casación interpuesto por la representación de D^a Carmen S. C.

6.- La sentencia de esta Sala de 5 de noviembre de 2013 estimó el motivo de infracción procesal contra la sentencia dictada y ordenó reponer las actuaciones al estado y momento en que se incurrió en la infracción o vulneración, devolviéndose las actuaciones a la Audiencia Provincial para dictar nueva sentencia, debidamente motivada.

7.- La Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Quinta, dictó nueva sentencia en fecha 8 de abril de 2014. En ella, tras fundamentar ampliamente acerca de la cuestión que fue objeto del anterior recurso por infracción procesal, mantiene en cuanto al fondo el criterio sostenido en la anterior, optando por la formación de dos lotes de bienes con un semejante valor económico y compensación en metálico por la diferencia, estableciendo el sorteo como forma de adjudicación, además de acordar que la sociedad conyugal de los padres de los litigantes entregue a D^a. Carmen S. los inmuebles consistentes en planta ... y planta ... del edificio de Fueros de Aragón n^o ... de Tarazona, y que la sociedad conyugal satisfaga a D^a. Carmen la suma de 46.715,40 euros. Ambas partes instaron aclaración de dicha sentencia, lo que fue resuelto por Auto Aclaratorio de 17 de junio de 2014 el cual, entre otros pronunciamientos, modificó el contenido de los lotes de fincas, en la forma expresada en su Fundamento de

Derecho Primero. Además, aclaró el fallo especificando que «la hermana –D^a. Carmen S. C.– deberá abonar a la sociedad conyugal de los padres la suma restante, esto es, 46.715,40 euros».

8.- Frente a esta sentencia y su auto aclaratorio interponen recurso de casación ambas partes. La representación legal de D^a. Carmen S. C. lo hace, al amparo del artículo 477.2, 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de ley sustantiva, considerando infringidos los artículos 56 y 58.2 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón. La representación de D. Isidro S. C. recurre por infracción procesal, invocando la infracción del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por incongruencia omisiva, y en casación por infracción de derecho sustantivo impugnando la aplicación indebida del artículo 55 y siguientes de la citada Compilación y de su Disposición Transitoria Tercera, y la inaplicación de la Disposición Transitoria Primera del mismo cuerpo legal.

EXTEMPORANEIDAD DEL RECURSO DE D. ISIDRO

SEGUNDO.- En el trámite de oposición a los recursos formulados de contrario, la representación de D^a. Carmen S. C. invoca la extemporaneidad del recurso de la contraparte, alegación que tiene cabida en este trámite procesal, conforme a lo que establece el artículo 485 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Expone que, tras la notificación de la sentencia de la Audiencia Provincial, D. Isidro S. presentó solicitud de aclaración y complemento tres días después; que el auto aclaratorio se notificó el 24 de junio, e interpuso el recurso agotando el plazo de 20 días desde esta última notificación, por lo que el recurso se presentó fuera de plazo.

Esta alegación, de ser estimada, hubiera dado lugar a la inadmisión del recurso interpuesto de contrario, lo que en este trá-

mite se convertiría en causa de desestimación.

Sin embargo, la alegación realizada no es atendible. Examinados los autos resulta lo siguiente:

1.- La sentencia de la Audiencia Provincial fue notificada el 11 de abril de 2014, viernes.

2.- Los siguientes días 12 y 13 de abril, sábado y domingo, son días inhábiles a estos efectos.

3.- La notificación, realizada mediante el sistema Lexnet, ha de tenerse por efectuada al siguiente día de la fecha de recepción en el servicio común de Notificaciones del Colegio de Procuradores, conforme a lo prevenido en el artículo 151.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y artículo 7 del Real Decreto 84/2007, de 26 de enero, sobre implantación del sistema informático de telecomunicaciones Lexnet. En este sentido, la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2014 ha establecido que, habiéndose hecho uso de uno de los medios previstos en el artículo 162.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para llevar a cabo la notificación, dicha notificación habrá de entenderse realizada el día siguiente a la fecha de recepción de la misma en el Servicio Común de Notificaciones.

4.- Por consiguiente, se solicita la aclaración por la representación procesal de D. Isidro el primer día hábil del plazo para recurrir.

5.- Dictado el auto aclaratorio el 17 de junio, fue notificado el día 23 siguiente, contando el plazo para el recurso en la misma forma anteriormente descrita. Por tanto, interpuesto el recurso por infracción procesal y de casación el 22 de julio de 2014, se encontraba en plazo legal para llevar a efecto esta actuación procesal.

En consecuencia, la causa de pretendida inadmisibilidad no puede ser estimada, procediendo entrar a conocer del fondo del recurso interpuesto.

MOTIVO DE RECURSO POR INFRACCIÓN PROCESAL

TERCERO.- Aunque el procurador D. Fernando Gutiérrez Andreu, que lo es de D. Isidro S. C., formula en el mismo escrito recurso por infracción procesal y recurso de casación, debe entenderse en rigor que el primero de ellos constituye un motivo de infracción procesal dentro del recurso de casación, conforme a lo establecido en la Disposición Final Decimosexta, apartado 1, regla 1ª, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Entrando a resolver sobre dicho motivo, la parte recurrente denuncia la infracción del art. 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que exige a las sentencias exhaustividad, congruencia y motivación, indicando que no ha resuelto la Audiencia Provincial acerca de la petición expresa de que las fincas rústicas sean también adjudicadas por sorteo de los lotes establecidos. Refiere que en su recurso de apelación instó de la Audiencia una declaración en tal sentido que no fue atendida, y que en el escrito solicitando la aclaración y complemento igualmente planteó dicha cuestión.

El examen de las actuaciones muestra que, efectivamente, la expresada representación procesal se refirió en su escrito en que interponía recurso de apelación a la necesidad de sorteo de los lotes de fincas, que consideraba fundamental e innegociable, en aras a una garantía total de igualdad de trato, solicitando que dicho sorteo tuviera lugar tanto para las fincas rústicas como para las urbanas –página 10 del escrito de recurso, folio 2786–. Y en el escrito de aclaración se refirió, como segundo apartado de subsanación o complemento, a los inmuebles rústicos, demandando un pronunciamiento expreso sobre la adjudica-

ción por sorteo de los lotes de bienes inmuebles rústicos.

La falta de respuesta de la Audiencia Provincial a esta cuestión determina la prosperabilidad del motivo de recurso, ya que la sentencia y el auto que la complementa no han sido exhaustivos respecto de esta petición, oportunamente deducida. Sin embargo, la estimación de este motivo no determina otra cosa que el pronunciamiento de la Sala de casación respecto de dicha cuestión de fondo, teniendo en cuenta lo que se hubiere alegado como fundamento del recurso, conforme a la regla 7ª de la Disposición Final Decimosexta antes citada.

EXAMEN DEL RECURSO DE CASACIÓN DE D. ISIDRO

CUARTO.- El recurso de casación se funda en la indebida aplicación que realiza la sentencia de la Audiencia Provincial del artículo 55 y siguientes de la Compilación de Derecho Civil de Aragón de 8 de abril de 1967, así como de la Disposición Transitoria Tercera de dicha ley, y en la inaplicación de la Disposición Transitoria Primera de la misma.

Expone, en defensa de su recurso, que el matrimonio concertado por los padres de ambos litigantes se celebró en el año 1926, por lo que la determinación de los bienes integrantes de la comunidad conyugal deberá regirse por el Real Decreto de 7 de diciembre de 1925, que aprobó el Apéndice al Código Civil correspondiente al Derecho Foral de Aragón. Considera que para la determinación del carácter de los bienes integrantes del consorcio no es de aplicación la Compilación de 1967, de conformidad con lo dispuesto en su Disposición Transitoria Primera. Y, en definitiva, entiende aplicable al caso el artículo 1404 del Código civil, en la redacción original –anterior a la reforma operada por ley 11/1981– de forma que el edificio situado

en calle Fueros de Aragón núm. ... de Tarazona debe tener la consideración de ganancial de la sociedad conyugal, y como tal computarse para la liquidación, partición y adjudicación que se realice.

Tras ello, y otras consideraciones relativas a la forma de realizar las compensaciones procedentes, propone dos alternativas de formación de lotes de bienes inmuebles de naturaleza urbana, una de ellas que considere su petición principal y otra subsidiaria.

QUINTO.- Planteado en estos términos el recurso de casación resulta pertinente recordar la naturaleza y ámbito de este recurso extraordinario. La función que corresponde al recurso de casación es la de protección y aseguramiento del ordenamiento jurídico, dotándole de una aplicación e interpretación ajustada y segura, de forma que la función nomofiláctica que le corresponde le distingue de una tercera instancia, revisora de las cuestiones de hecho y de las facultades discrecionales que corresponden a los tribunales de instancia. En este sentido, auto del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2006 y resoluciones que en el mismo se citan.

Por ello, el examen del presente recurso de casación ha de centrarse en la consideración de si la decisión adoptada por la Audiencia Provincial en su sentencia y auto de aclaración y complemento vulnera el ordenamiento jurídico, en los términos en que se pretende en el motivo de recurso.

Examinadas las actuaciones y los hechos comprobados en las instancias, resulta claro que el matrimonio contraído por D. Miguel S. R. y D^a. Ascensión C. H., el 18 de febrero de 1926, se regía por el Apéndice Foral de 1925, cuyo artículo 48 determinaba los bienes que comprende la llamada sociedad conyugal tácita. El solar sobre el que se edificó era, en su mitad indivisa, propiedad privativa de D^a. Ascensión, y en

la otra mitad pertenecía a la sociedad conyugal de los citados consortes.

La naturaleza de los bienes inmuebles edificados sobre terreno perteneciente a uno de ellos no era cuestión pacífica en la regulación entonces vigente, pues mientras algunas sentencias consideraban que debían integrar el activo de la sociedad conyugal tácita, conforme a lo prevenido en el artículo 48.1 del Apéndice y al artículo 1404-2º del Código civil, en su redacción original –sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 14 de julio de 1942–, otras estimaban no aplicable en Aragón el referido precepto del Código civil, sino que debía resolverse el debate haciendo aplicación de las normas generales sobre accesión –sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1945–.

El criterio general comprendido en el artículo 361 del Código civil sigue el principio romano de que lo construido es accesión del terreno o solar en el que se construye. No obstante, la jurisprudencia mayoritaria ha matizado la aplicación de dicha norma atendiendo a un principio más general conforme al cual lo accesorio sigue a lo principal, considerando el valor de lo edificado como superior al del terreno y, haciendo uso del concepto de accesión invertida –de creación jurisprudencial–, establecía que los inmuebles construidos con extralimitación, actuando el constructor de buena fe, podían pasar a ser propiedad del dueño de la obra, abonando el valor al titular del suelo –sentencia del Tribunal Supremo 959/1995, de 7 de noviembre y las que en ella se citan–.

Pero el Tribunal Supremo ha declarado que, en caso de construcción por varios comuneros que eran propietarios de un inmueble arruinado y pactaron una nueva edificación, el litigio no se resuelve por las normas de la accesión sino por las relaciones entre comuneros –sentencia del Tribunal Supremo 656/2011, de 21 de septiem-

bre-; criterio trasladable a la relación entre patrimonios en el régimen económico conyugal.

De ahí se desprende que el edificio antes referido, construido a costa del caudal común, tenía la consideración de bien consorcial, sin que sea necesario para ello recurrir a la aplicación del Código civil.

Disuelto el matrimonio por el fallecimiento del cónyuge que premurió, D. Miguel S. R., hecho acaecido el 22 de septiembre de 1972, la disolución del consorcio se rige por la Compilación del Derecho Civil de Aragón de 1967, entonces vigente.

La liquidación de esta comunidad se ha realizado por la Audiencia Provincial aplicando la citada Compilación, en virtud de lo dispuesto en su Disposición Transitoria Tercera, y dicha liquidación en su precisa formulación no vulnera lo establecido en los artículos 55 y siguientes de la Compilación. No se trata aquí, conforme se ha expuesto precedentemente, de valorar si otra composición de lotes de bienes inmuebles urbanos era posible, o pudiera resultar más conforme a los intereses económicos de las partes, sino de establecer si la división realizada por la Audiencia Provincial contraviene los preceptos denunciados.

Y, examinados la sentencia y el auto aclaratorio recurridos y las alegaciones del recurrente, se concluye que no se ha producido la vulneración del ordenamiento jurídico que se denuncia, procediendo en consecuencia la confirmación de dicho pronunciamiento. El reparto por sorteo de los lotes establecidos es expresamente aceptado por el recurrente D. Isidro y resulta ajustado a derecho, ante la imposibilidad de que ambos litigantes lleguen a acuerdos sobre la disolución y liquidación. Y dicho sistema de reparto se aplicará igualmente a los lotes de fincas rústicas establecidos en el cuaderno particional, según ha sido solicitado expre-

samente por la representación procesal de este recurrente.

RECURSO DE CASACIÓN DE D^a. CARMEN

SEXTO.- La representación de D^a. Carmen S. C. interpone recurso de casación que funda en dos motivos, integrados en la alegación tercera de su escrito de recurso. Como complemento a ellos, en la alegación cuarta formula una propuesta de partición distinta a la efectuada por la Audiencia Provincial en la Sentencia recurrida.

El primer motivo se funda en infracción del artículo 56 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón de 8 de abril de 1967, hoy materia regulada en el artículo 265 del CDFA. Sostiene que la deuda por aportación de su madre de la mitad indivisa del suelo donde radica el inmueble de calle Fueros de Aragón ..., de Tarazona, no es un pasivo de la sociedad conyugal sino un crédito entre los cónyuges y, en este momento, entre sus herederos, siendo una deuda de la sociedad conyugal se ha de pagar con bienes hereditarios al no haber metálico. Por tanto, en aplicación del artículo 56 cuya infracción denuncia debería compensarse en la cantidad concurrente lo que D^a. Carmen debe a la masa con lo que la masa le debe por la aportación del suelo de Fueros de Aragón número En definitiva, concluye que las deudas de los partícipes con la sociedad conyugal han de integrarse en el mecanismo de liquidación (compensaciones e imputaciones) previsto por la ley.

Para el examen del motivo es de considerar que la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial de D. Miguel S. R. y D^a. Ascensión C. H. se rige por la Compilación de 1967, por ser la norma vigente al momento de la disolución. Es de aplicar, efectivamente, el artículo 56, resultando innecesaria la cita que en el recurso se hace del artículo 265 del CDFA que, aun regulando la misma materia o liquidación

ordinaria de la comunidad, lo hace de forma distinta a la legislación anterior.

No se ha producido en la sentencia recurrida la infracción que se denuncia. En ella se expresa la aplicabilidad al caso de lo dispuesto en los artículos 55 y siguientes de la Compilación, y se indica que «correspondiendo a esta (la hermana) por tanto por la señalada razón la suma de 211.600 euros, que deben ser satisfecha (sic) con bienes de la sociedad conyugal de los padres, en aras a esa igualdad que se pretende en la distribución de los bienes hereditarios, y, no existiendo metálico suficiente para hacerla efectiva, se le han de adjudicar a aquella los bienes consistentes en la planta ... de la calle Fueros de Aragón número –valorada en 108.820,58 euros– y la planta ... del mismo edificio –que lo ha sido en 149.494, 82 euros–, en cuanto que son los bienes que más se aproximan en lo posible a la cantidad que debe ser pagada, y siendo que esta excede de la que corresponde, la hermana deberá abonar a la sociedad conyugal de los padres la suma restante, esto es, 46.715,40 euros, quedando así establecida la igualdad entre ambos por este concreto concepto».

Dicha disposición no se opone a lo establecido en el precepto citado por la recurrente, que establece que la liquidación ordinaria seguirá este orden: «*PRIMERO. Reintegro de lo debido por la masa común a los patrimonios privativos y reembolso de lo que estos, por cualquier concepto, deban a aquella, uno y otro hechos por vía de compensación hasta el importe de la respectiva participación en el consorcio*». El reintegro al patrimonio privativo de D^a. Carmen se ha efectuado por vía de compensación y con bienes del haber común, en los términos que se han transcrito, sin que la pretensión que formula la recurrente de que se la compensase con la adjudicación del inmueble de Fueros de Aragón número tenga sustento en el precepto cuya infracción denuncia.

Por lo expuesto, el motivo primero ha de ser desestimado.

SÉPTIMO.- El segundo motivo de recurso denuncia la infracción del artículo 58.2 de la Compilación de 8 de abril de 1967, hoy materia regulada en el artículo 267 del CDFA. Sostiene que D^a. Carmen, como heredera de D^a. Ascensión, tiene derecho a ser compensada con bienes en la liquidación de la sociedad conyugal y, en concreto, tiene derecho a la preferente adjudicación de lo aportado. Dado que el suelo aportado por D^a. Ascensión para la construcción del edificio situado en calle Fueros de Aragón número ... de Tarazona se integra con el edificio, la preferencia en la adjudicación del suelo lleva consigo la del edificio.

Para el examen del motivo hemos de considerar, en primer lugar, el mismo razonamiento que se ha expuesto en el anterior, relativo a la improcedencia de citar el artículo 267 del CDFA que, aun regulando la misma materia que el precepto aplicable, no resulta de aplicación al caso de autos, dada la fecha de disolución del consorcio antes expresada. Así, la especial referencia que del recurso se hace al artículo 267, 2, f) carece de eficacia para la resolución de este proceso.

El artículo 58 de la Compilación, de estricta aplicación al caso, prevenía que: «*Uno. Liquidado el patrimonio, el caudal remanente se dividirá y adjudicará por mitad o en la forma pactada. Dos. El cónyuge sobreviviente podrá hacer incluir en su lote los bienes de su uso personal o profesional que no constituyan ventajas, la explotación industrial, comercial o agrícola que dirigiera, así como los bienes que hubiera aportado al consorcio. Todo ello sin perjuicio de las compensaciones que procedan*».

Como primera consideración hemos de apuntar que el precepto confería un derecho de preferente adjudicación de determinados bienes al cónyuge sobreviviente,

derecho que, al menos en parte de su contenido, tenía carácter personalísimo y no podía estimarse transmisible a los herederos, como se pretende en este caso.

Del texto legal transcrito, únicamente la referencia a la inclusión de *«los bienes que hubiera aportado al consorcio»* puede servir para sustentar el recurso y la pretensión de adjudicación que deriva del mismo.

Sin embargo, el motivo no puede prosperar: resultaría estimable el recurso en el caso de que se declarase probada la aportación de D^a. Ascensión C. a su sociedad conyugal del edificio sito en calle Fueros de Aragón número ..., cuya adjudicación íntegra y exclusiva pretende la recurrente, pero dicho presupuesto fáctico no concurre; tampoco se ha producido la aportación de la totalidad del suelo para la construcción, a cargo de la comunidad, del inmueble citado; en este caso consta acreditado que D^a. Ascensión C. era titular de la mitad indivisa del suelo en que se construyó el edificio de constante mención, como bien privativo. De este hecho no se desprende la consecuencia jurídica interesada por la recurrente, cual es que la preferencia en la adjudicación del suelo lleve consigo la del edificio. No es así porque no se está en presencia de una subrogación real impuesta por el legislador, que solo tiene lugar en el caso de aportación del bien al consorcio, lo que no concurre en este caso.

Tratándose de la aportación de una mitad indivisa del suelo no concurre el supuesto de hecho del precepto invocado, procediendo la desestimación del motivo.

OCTAVO.- Desestimados los motivos de los recursos de casación procede la confirmación de la sentencia recurrida. Respecto del recurso por infracción procesal deducido por D. Isidro, su estimación dará lugar a un complemento del fallo recaído en la segunda instancia, en el sentido de que la adjudicación de las fincas rústicas se

realizará por el mismo procedimiento que el aplicado para los inmuebles urbanos, al ser ésta una pretensión sostenida por el citado recurrente en su escrito de recurso y no resuelta expresamente por la sentencia de la Audiencia.

NOVENO.- Respecto a las costas, la estimación parcial del recurso de D. Isidro da lugar a no formular imposición; y respecto del recurso de D^a. Carmen se adopta la misma resolución dada la naturaleza del litigio, que ha generado sucesivas instancias y resoluciones complementarias y tiene una complejidad jurídica que determina la concurrencia del supuesto de excepción contemplado en los artículos 394.1 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FALLAMOS

PRIMERO.- Estimar el recurso extraordinario por infracción procesal deducido por la representación procesal de D. Isidro S. C., contra la sentencia de fecha 8 de abril de 2014 dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, y su auto aclaratorio de 17 de junio de 2014. En consecuencia, complementando el fallo de la misma, declaramos que la adjudicación de las fincas rústicas correspondientes al haber que se divide y liquida se llevará a cabo por el mismo procedimiento de sorteo que el aplicado para los bienes inmuebles de naturaleza urbana, conforme a los lotes realizados.

SEGUNDO.- Desestimar los recursos de casación deducidos por las representaciones procesales de D. Isidro S. C. y D^a Carmen S. C., contra la sentencia y auto complementario mencionados, resoluciones que se confirman en todos sus pronunciamientos, con el complemento expresado en el apartado anterior.

TERCERO.- No hacer imposición de las costas de ambos recursos.

Contra esta sentencia no cabe recurso jurisdiccional alguno.

Devuélvase a la representación procesal de D. Isidro el depósito constituido para la infracción procesal y dese el destino legal al depósito constituido, por ambas partes, para los recursos de casación que han sido desestimados.

Devuélvanse las actuaciones a la referida Sección de la Audiencia Provincial, juntamente con testimonio de esta resolución, debiendo acusar recibo.

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

3

NÚM. 3

S. TSJA 2/2015 de 15 de enero de 2015

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO.

OTRAS MATERIAS: LEY DE COOPERATIVAS: Reembolso de participaciones al cooperativista que causa baja: *Dicho reembolso debe valorarse por referencia exclusiva al ejercicio económico en que se da de baja (art. 53 Ley 9/1998, de Cooperativas de Aragón). El cooperativista tiene derecho al reintegro de sus previas aportaciones al capital social, actualizadas en su caso, pero no a parte alicuota del patrimonio social, ya que no estamos ante una sociedad de capital sino ante una entidad cooperativa, de naturaleza, regulación y fines muy distintos a las sociedades con ánimo de lucro (STS 48/2014, de 6/2).*

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 53 Ley de Cooperativas de Aragón.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch.

NÚM. 4

S. TSJA 4/2015 de 19 de enero de 2015

75: LEGÍTIMA: CÁLCULO: Trámite previo a la reducción de liberalidades: *Si se admite que hubo una liberalidad que no fue tomada en cuenta en la sentencia de primera instancia, su importe debía ser añadido al del resto de las liberalidades computadas para el cálculo de la legítima (art. 489.1.b CDFa), que así necesariamente resultará superior e infringida en mayor medida, y distinto es que, realizado el cálculo para cuantificar el importe de la legítima y el monto de la infracción de la misma, en la posterior operación de reducción de liberalidades (art. 495 CDFa) se siga el orden legalmente establecido. Pero si en la sentencia del Juzgado no se tuvo en cuenta la liberalidad ahora acreditada, no se pudo practicar adecuadamente la reducción de liberalidades, lo que, añadido el importe de la liberalidad y calculado el importe de la legítima y el de la lesión de la misma, deberá hacerse en ejecución de sentencia.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 489.1.b y 495 CDFa.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasierra.

En Zaragoza, a diecinueve de enero de dos mil quince.

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 47/2014 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Quinta, de fecha 27 de junio de 2014, recaída en el rollo de apelación número 185/2014, dimanante de autos de Procedimiento ordinario núm. 1199/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera núm. Doce de Zaragoza, en el que son partes, como recurrentes, D^a.

4

Esperanza T. J. y D^a. Pilar T. J. representadas por la Procuradora de los Tribunales D^a. Inmaculada Isiegas Gerner y dirigidas por el Letrado D. David Arbués Aisa, frente a D^a. Lidia P. E. representada por la Procuradora de los Tribunales D^a. M^a Lourdes Oña Llanos y dirigida por el Letrado D. Álvaro de Lasala Lobera.

Es Ponente el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasierra.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el Juzgado de Primera Instancia num. Doce de Zaragoza la Procuradora de los Tribunales D^a. Inmaculada Isiegas Gerner, actuando en nombre y representación de D^a. María Esperanza T. J. y D^a. María Pilar T. J., presentó demanda de juicio ordinario contra D^a. Lidia P. 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 sentencia por la que declare:

«1.- Que la disposición testamentaria por la que lega a su esposa, doña María-Lidia P. E., el usufructo vitalicio de un 50 por ciento de la participación que corresponde al testador en los ocho locales sitos en la ciudad de Zaragoza, calle Francisco de Victoria, de los que seis figuran a nombre de José-Antonio y Luis T. S., C. B., y los otros dos a nombre de José-Antonio T. S. e Hijas C.B, fijando como compensación económica que mis mandantes, en forma solidaria y como pago único, deberán satisfacer a Doña María-Lidia por el alquiler de los locales, durante toda la vida de ésta, será la cantidad de DOS MIL SETECIENTOS CINCO EUROS (2.705) al mes, actualizada anualmente conforme al Índice de Precios al Consumo; lesiona cuantitativamente y subsidiariamente cualitativamente la legítima de mis mandantes debiendo reducirse a la cantidad de 1.620,35 €/mes o subsidiariamente a la cantidad de 2.045,81€, como renta inicial y sus correspondientes actuali-

zaciones según IPC; con devolución de las cantidades percibidas en exceso.

2.- que la disposición testamentaria por la que se impone la obligación para el caso de que mis mandantes vendan o enajenen, por cualquier título jurídico, uno o más de los locales antes descritos, de que deban pagar de forma solidaria a María-Lidia P. E., como pago único, la cantidad que corresponda al cómputo acumulado de las rentas que queden por percibir, según la expectativa de vida entonces vigente, conforme al estudio actuarial que proceda, lesiona cualitativamente la legítima de mis mandantes y siendo de imposible reducción debe tenerse por no puesta.

Y CONDENE a la demanda a estar y pasar por tales declaraciones y a liquidar en ejecución de sentencia las cantidades percibidas y las que debieron percibirse para no lesionar la legítima con devolución a mis mandantes del saldo resultante.

Y todo ello con expresa imposición de costas a la demandada si se opusiese.»

Por otrosí interesa la práctica de pruebas periciales.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria emplazándola para que compareciera en autos en tiempo y forma.

Dentro de plazo concedido, la Procuradora de los Tribunales D^a. María Lourdes Oña Llanos compareció en autos en nombre y representación de la demandada, D^a. Lidia P. E., contestando la demanda, oponiéndose a la misma, y terminó suplicando que se dictara sentencia por la que «desestime íntegramente la demanda formulada de contrario. Con costas a la parte actora.»

TERCERO.- Practicada la prueba propuesta que fue admitida, por el Juzgado de Primera Instancia núm. Doce de Zaragoza se dictó sentencia en fecha 17 de marzo de

2014 cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

«Fallo: Que estimando la demanda presentada por el Procurador Sr. Isiegas Gerner en nombre y representación de Dña. María Esperanza y Dña. María Pilar T. J. frente a Dña. María Lidia P. E., DEBO DECLARAR Y DECLARO:

1.- Que la disposición testamentaria por la que el causante lega a su esposa, doña María-Lidia P. E., el usufructo vitalicio de un 50 por ciento de la participación que le corresponde en los ocho locales sitos en la ciudad de Zaragoza, calle ..., fijando como compensación económica que las demandantes, en forma solidaria y como pago único, deban satisfacer a Doña María-Lidia por el alquiler de los locales, durante toda la vida de ésta, la cantidad de DOS MIL SETECIENTOS CINCO EUROS (2.705 euros) al mes, actualizada anualmente conforme al índice de Precio al Consumo, lesiona cuantitativamente la legítima de las demandantes debiendo reducirse a la cantidad que se determine en ejecución de sentencia; con devolución de las cantidades percibidas en exceso.

2.- Que la disposición testamentaria por la que se impone la obligación para el caso de que las demandantes vendan o enajenen, por cualquier título jurídico, uno o más de los locales, de que deban pagar de forma solidaria a María-Lidia P. E., como pago único, la cantidad que corresponda al cómputo acumulado de las rentas que queden por percibir, según la expectativa de vida entonces vigente, conforme al estudio actuarial que proceda, lesiona cualitativamente la legítima de las demandantes. Que procede, en consecuencia, la reducción del gravamen y deberá ser la demandada Dña. María Lidia P. E. la que en ejecución de sentencia determine sobre qué locales ha de persistir el gravamen, de suerte que el valor de los liberados –según tasación del perito judicial Sr. S. R.– alcance o supere el valor de la legítima colectiva (900.709,06).

CONDENANDO a la demandada a estar y pasar por tales declaraciones y a liquidar en eje-

cución de sentencia las cantidades percibidas y las que debieron percibirse para no lesionar la legítima con devolución a las demandantes del saldo resultante.

Sin hacer especial pronunciamiento en materia de costas procesales.»

CUARTO.- Ambas partes presentaron recurso de apelación contra la sentencia confiriendo traslado a la contraparte, contestando e impugnando el planteado de contrario, y previos los trámites legales, se emplazó a las partes para ante la Audiencia Provincial.

Elevadas las actuaciones a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, comparecidas las partes, en fecha 27 de junio de 2014, la Audiencia Provincial dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

«Fallamos.- Que, desestimando los recursos de apelación interpuestos por las Procuradoras Sras. Ona Llanos e Isiegas Gerner, cada una en la representación que tiene acreditada, contra la Sentencia dictada el pasado día diecisiete de marzo de dos mil catorce por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número DOCE de ZARAGOZA, cuya parte dispositiva ya ha sido trascrita, la confirmamos íntegramente, imponiendo a las recurrentes las costas causadas en esta alzada por su intervención.

Dese al depósito el destino legal.»

QUINTO.- La representación legal de D. Esperanza y D^a. Pilar T. J., interpuso ante la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación, basándolo en el siguiente motivo:

«Único.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2.2 LECiv. y 2.1 de la Ley aragonesa 4/2.005, de casación foral por infracción del artículo 489 del Código del Derecho Foral de Aragón (CDFA) (por inaplicación) y 495 CDFA (por interpreta-

ción errónea) al no incluir en la computación del caudal relicto a efectos de legítima las cantidades detraídas de la cuenta bancaria del causante y empleadas por la demandada y recurrida para la adquisición de un vehículo automóvil.»

Una vez se tuvo por interpuesto, se acordó el emplazamiento de las partes para ante esta Sala.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, por auto de 3 de octubre pasado se acordó declarar la competencia de esta Sala, admitir a trámite el recurso y dar traslado a la parte recurrida por veinte días para formalizar oposición.

Dentro de plazo, presentó esa parte escrito oponiéndose al recurso planteado de contrario.

Por providencia de 12 de noviembre pasado, se señaló para votación y fallo el día 17 de diciembre de 2014.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demanda origen del presente procedimiento fue interpuesta por las dos hijas del primer matrimonio de su padre, fallecido el 12 de diciembre de 2007, como únicas legitimarias del mismo, contra la viuda del causante, en solicitud de que se declarara que determinadas disposiciones testamentarias de su padre a favor de su segunda esposa infringían su legítima, y que se condenara a la demandada a liquidar en ejecución de sentencia las cantidades percibidas y las que debieron percibirse para no lesionar la legítima.

La sentencia de primera instancia fijó el caudal computable a los efectos del cálculo de la legítima, conforme a lo dispuesto en el artículo 489 del Código del Derecho Foral de Aragón (CDFA), partiendo del caudal relicto (relictum) más el valor

de los bienes donados a la esposa (donatum) y declaró que las disposiciones testamentarias a favor de la esposa lesionaban, cuantitativamente una y cualitativamente otra, la legítima de las actoras, procediendo la reducción de los gravámenes, y condenó a la demandada a liquidar en ejecución de sentencia las cantidades percibidas y las que debieron percibirse para no lesionar la legítima, con devolución a las demandantes del saldo restante.

Interpusieron recurso de apelación las dos partes.

La actora porque, aceptando en líneas generales el contenido de la sentencia, se había omitido como liberalidad computable en lo donado a la esposa el valor de un vehículo adquirido a nombre de ella antes del fallecimiento del causante y con cargo a dinero existente en cuentas bancarias de éste, lo que implicaría un aumento de lo donado en cuantía de 75.295 euros, y por consiguiente del caudal computable, y por ello un importe superior de la cuantía de la legítima en 37.654 euros, debiendo reducirse en mayor medida los gravámenes sobre la legítima. La omisión se habría producido, a juicio de la parte, porque no se tuvo en cuenta la alegación complementaria introducida por esta cuestión en el momento de la audiencia previa.

La parte demandada interpuso recurso de apelación mostrando su total disconformidad con los pronunciamientos de la sentencia del Juzgado por no haberse producido infracción de la legítima. Solicitaba por ello, con estimación del recurso, la íntegra desestimación de la demanda.

Ambos recursos fueron desestimados.

SEGUNDO.- Tan solo ha interpuesto recurso de casación la parte actora con base en un único motivo: Infracción (por inaplicación) del artículo 489 del CDFA, y del artículo 495 (por interpretación errónea) al no incluir en la computación del

caudal relicto a efectos de la legítima las cantidades detraídas de la cuenta bancaria del causante y empleadas por la demandada y ahora recurrida para la adquisición de un vehículo automóvil.

Partiendo de lo que afirma la sentencia recurrida en su fundamento jurídico noveno, considera la parte recurrente que se tiene por acreditado que la esposa del causante adquirió un vehículo Mercedes por importe de 71.400 euros con dinero de propiedad exclusiva del esposo, por lo que dicha liberalidad debe añadirse a las otras donaciones que fueron computadas para el cálculo de la legítima, y no se puede justificar lo contrario por el hecho de que, reducidas las participaciones en los locales conforme a las pruebas periciales practicadas en primera instancia, ya no exista perjuicio en la cuantía de la legítima. Por el contrario —se afirma en el recurso— se confunde la computación o cálculo de la legítima (reunión ficticia de *relictum* y *donatum*) con la reducción que debe practicarse para restaurar la lesión en la legítima.

En definitiva, que la pretensión de la parte consistía en que se incluyese la liberalidad con las demás para hallar el caudal computable a efectos del cálculo de la legítima, siguiendo así lo dispuesto en el artículo 489 CDFA que la sentencia no aplica, y una vez fijado el caudal y calculada la legítima y su lesión entraría en juego el artículo 495 CDFA, pero no individualmente considerado para una liberalidad sino conjuntamente a todas y por su orden.

El fundamento noveno de la sentencia recurrida dedicado al recurso de la parte actora, que se desestima, dice:

«**NOVENO.-** Recurso interpuesto por la Procuradora Sra. Isiegas Gerner. En dicho recurso se pone de relieve la adquisición por la demandada de un vehículo Mercedes, por un precio de 71.400 euros, con dinero de propiedad exclusiva del actor, que es hecho que se formuló como alega-

ción complementaria en la audiencia previa, y que luego fue objeto de prueba en el periodo correspondiente, acreditando el pago y la procedencia del dinero con la documentación que fue aportada, sin que exista por el contrario hecho obstativo que reste valor a dicha prueba. Pero, no obstante ello, parece que el Derecho Aragonés establece una prelación en el orden de disminución de las liberalidades concedidas en cuanto perjudiquen la legítima. Así, el artículo 495 del Código regional establece en primer lugar que las liberalidades lesivas se reducirán en el orden que el causante hubiera dispuesto y si no se procederá de la siguiente forma: en primer lugar, las liberalidades por causa de muerte a prorrata, con independencia de su título de atribución; en segundo lugar, si no fuera suficiente, las liberalidades entre vivos, empezando por las de fecha más reciente, y las de la misma fecha se reducirán a prorrata. En el caso, conforme a las pruebas periciales que se han practicado en el procedimiento, cuyo resultado ha sido comentado, reducidas las participaciones en los locales en la forma acordada, no existe ya perjuicio en la cuantía de la legítima, que queda indemne, con absoluto respeto a lo dispuesto en el artículo 494 que ha sido citado, por lo que no es necesario entrar en la consideración de la posible reducción de otras liberalidad, que no afectan a la intangibilidad cuantitativa, y perfectamente determinada.»

Conforme al mismo, ciertamente se considera acreditado que la adquisición del vehículo Mercedes por la esposa por un importe de 71.400 euros se hizo con dinero de propiedad exclusiva del esposo, pero se argumenta a continuación que ya se hicieron reducciones de las liberalidades en la primera instancia por lo que ya no habría mayor perjuicio en la legítima.

Como acertadamente afirma la parte recurrente, si se admite que hubo una liberalidad que no fue tenida en cuenta en la sentencia de primera instancia, su importe debía ser añadido al del resto de las liberalidades computadas para el cálculo de la legítima (artículo 489.1 CDFA), que nece-

sariamente resultará superior e infringida en mayor medida, y distinto es que, realizando el cálculo para cuantificar el importe de la legítima y el monto de la infracción de la misma, en la posterior operación de reducción de liberalidades (artículo 495 CDFA) se siga el orden legalmente establecido. Pero si en la sentencia del Juzgado no se tuvo en cuenta la liberalidad ahora acreditada, no se pudo practicar adecuadamente la reducción de liberalidades, lo que, añadido el importe de la liberalidad y calculado el importe de la legítima y el de la lesión de la misma, deberá hacerse en ejecución de sentencia.

En consecuencia, debe concluirse que ha sido infringido el artículo 489.1.b), y el artículo 495 del CDFA en cuanto no es argumento para no incluir la liberalidad que no fue tenida en cuenta en la primera instancia, y por ello debe ser estimado el recurso y casada parcialmente la sentencia, con estimación del recurso de apelación de la parte ahora recurrente para que se incorpore al importe de las liberalidades computadas en la sentencia de primera instancia la que fue objeto de dicho recurso por el importe que resulte de la actualización de la suma de 71.400 euros, para así realizar el nuevo cálculo del importe de la legítima y de la lesión producida en la misma, y la posterior reducción de liberalidades.

TERCERO.- No hubo condena en las costas de primera instancia, pronunciamiento que se mantiene, y en cuanto a las del recurso de apelación se mantiene la imposición de las del recurso de la parte demandada y apelante que vió desestimado su recurso y se revoca la imposición a la parte actora y apelante a la que, conforme a lo dispuesto en el artículo 398.2 LEC, no pueden serle impuestas al haber sido estimado su recurso. En cuanto a las del recurso de casación, no cabe condena en ellas a

tenor de lo dispuesto en el artículo 398.2 LEC.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

PRIMERO.- Declaramos haber lugar al recurso de casación formulado por la Procuradora de los Tribunales D^a. Inmaculada Isiegas Gerner actuando en nombre y representación de D^a. Esperanza T. J. y D^a. Pilar T. J., contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Quinta en fecha 27 de junio de 2014, que casamos y dejamos sin efecto en cuanto a lo resuelto sobre el recurso de apelación de esa parte.

SEGUNDO.- En su lugar, estimamos el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Isiegas para que, al importe de las liberalidades computadas en la sentencia de primera instancia, se incorpore la que fue objeto de dicho recurso por el importe que resulte de la actualización de la suma de 71.400 euros, y así realizar el nuevo cálculo del importe de la legítima y de la lesión producida en la misma, y la posterior reducción de liberalidades.

TERCERO.- No se hace imposición de las costas del recurso de casación, se mantiene el pronunciamiento sobre las de primera instancia y, en cuanto a las de los recursos de apelación, se mantiene la imposición de las del recurso de la parte demandada y apelante que vió desestimado su recurso y se revoca la imposición que se hizo a la parte actora y apelante por el suyo.

CUARTO.- Devuélvase a la parte recurrente el depósito constituido.

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

Esta sentencia es firme por ministerio de la Ley, y contra ella no cabe recurso jurisdiccional alguno.

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.

debían regir el régimen de visitas y pensión de alimentos entre el ahora demandante, don José Alberto F. B., y su hijo menor, Kevin F. P.

Incoado por iniciativa de Don José Alberto el presente procedimiento de modificación de las medidas definitivas acordadas en la resolución antes citada, el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Zaragoza dictó sentencia de 7 de febrero de 2014, que estableció la modificación de la pensión por alimentos que debía abonar el demandante, reduciéndola de 350 € a 250 €. Apelada esta resolución por la demandada, la Audiencia Provincial de Zaragoza estimó el recurso en la sentencia ahora recurrida, dictada el día 24 de junio de 2014, y denegó la modificación de la pensión que había acordado el Juzgado de Primera Instancia.

Contra la anterior sentencia se formula el presente recurso de casación, en los términos que han sido expuestos en los anteriores antecedentes de hecho y que, en lo necesario, se concretarán más adelante.

SEGUNDO.- Indica el recurrente que la cuestión controvertida ahora es el nacimiento de su nueva hija el día 9 de junio de 2013. Y entiende que este hecho no ha sido debidamente valorado por parte de la Audiencia Provincial, que ha razonado de modo ilógico e irracional, con vulneración patente de la norma aplicable, al mantener en el mismo importe la pensión por alimentos que venía abonando el actor a favor de su hijo Kevin, nacido el día 26 de enero de 2006 en la relación sentimental anterior habida entre las partes.

La sentencia de la Audiencia Provincial, al proceder a la aplicación del artículo 82, apartados primero y segundo, del Código de Derecho Foral Aragonés (CDFA en adelante) enumera, primero, la situación actual de la demandada. Considera que ya no tiene a su disposición la vivienda familiar cuyo uso le atribuyó la sentencia de 4

NÚM. 5

S. TSJA 5/2015 de 28 de enero de 2015

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GASTOS DE ASISTENCIA A LOS HIJOS: Modificación de la pensión: *Como establece con claridad la STS de 30/4/2013 (rec. casación 988/2012), «quien pretende la disminución de la pensión alimenticia por haber tenido un hijo en una nueva relación debe probar los recursos económicos del otro progenitor del nuevo descendiente». Y esto es, precisamente, lo que aquí no ha hecho el actor. Y es esta situación de falta de prueba uno de los elementos decisivos que condujo a que la sentencia impugnada acordará la no modificación de la pensión.*

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 82 CDFA.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por sentencia dictada el día 4 de julio de 2011 por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 2 de Zaragoza, fueron acordadas las medidas que

de julio de 2011. Y recoge que la demandada percibió salario cuando encontró y desarrolló trabajo en ciudad distinta de Zaragoza, pero que ahora se encuentra en paro y carece de ingresos.

La sentencia recurrida pondera así varias circunstancias fácticas que han cambiado desde que fue dictada la sentencia cuya modificación se solicita, y no sólo la que pretende hacer valer en exclusiva el recurrente, de nacimiento de nuevo hijo. Respecto de esta última cuestión, de especial relevancia en la medida en que implica directamente a un menor, la resolución impugnada concreta, en seguimiento de doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, que «hay que valorar si es o no procedente redistribuir la capacidad económica del obligado, sin comprometer la situación de ninguno de los menores en cuyo interés se actúa. Lo que exige ponderar, no solo las posibilidades económicas del alimentante, sino las del otro progenitor, que tiene también la obligación de contribuir conforme a sus recursos a la atención de los alimentos de los descendientes, pues ha de determinarse si la nueva situación supone una merma de la capacidad económica del alimentante, que incluso puede haber mejorado en razón al patrimonio de su pareja».

Y, en atención a lo considerado, y a la omisión por el demandado del cumplimiento de su obligación de acreditar, mínima, pero suficientemente, los ingresos de su nueva pareja, concluye que son dudosos hechos relevantes, por referencia a la falta de conocimiento sobre si el actor ha visto o no mermada su situación económica por relación a la que tenía en el momento de la sentencia del año 2011.

TERCERO.- Como se desprende de lo expuesto, no cabe aceptar la afirmación de irracionalidad de la sentencia recurrida que esgrime el recurrente. Por el contrario, la resolución impugnada valora con

claridad el conjunto de datos a considerar para estimar si, por referencia a todo lo conocido realmente, ha habido o no una disminución de la capacidad económica del recurrente desde que se fijaron las medidas iniciales, tal y como ordena el artículo 82 CDEFA para el caso de solicitarse el cambio de las medidas previamente adoptadas.

La pretensión del actor de que se tenga en cuenta sólo uno de los datos que es necesario ponderar es, en cambio, contraria a la previsión legal. Ciertamente, el nacimiento de un nuevo hijo supone un nuevo gasto para él. Pero, al lado de ello, se presenta una situación económica peor de la demandada, por cuanto ya no tiene trabajo y no puede usar el inmueble que sí pudo utilizar en el año 2011, con el efecto, beneficioso para el actor y recogido en la sentencia dictada por el Juzgado, de que el demandante está procediendo a la venta del piso.

CUARTO.- Las consideraciones anteriores, que conducen a la desestimación del recurso de casación no se ven alteradas, total o parcialmente, por la invocación que hace el recurrente de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo el día 30 de abril de 2013 en recurso de casación 988/2012 y que es recogida en la resolución ahora impugnada. Por el contrario, son reafirmadas por la doctrina sentada en tal sentencia del Alto Tribunal, que establece con claridad que quien pretende la disminución de la pensión alimenticia por haber tenido un hijo en una nueva relación debe probar los recursos económicos del otro progenitor del nuevo descendiente. Y esto es, precisamente, lo que aquí no ha hecho el actor. Y es esta situación de falta de prueba uno de los elementos decisivos la que condujo al dictado de la sentencia impugnada en la forma que lo fue. Con lo cual, lejos de imputarle a esta resolución que haya contrariado la doctrina sentencia por el Tribunal Supremo, lo que debe predicarse es que ha

dado pleno cumplimiento a lo establecido en ella.

QUINTO.- Desestimando el recurso de casación procede imponer al recurrente el pago de las causadas por el presente recurso, conforme a los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

6

NÚM. 6

S. TSJA 6/2015 de 4 de febrero de 2015

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR: Pronunciamientos discrecionales: *En doctrina reiterada de esta Sala (por ej., Ss. de 11/7/2013 y 18/7/2013) se sostiene el carácter discrecional de la decisión relacionada con la limitación del uso de la vivienda familiar. Salvo supuestos de decisión arbitraria o ilógica, no corresponderá al Tribunal de Casación pronunciarse sobre tal cuestión, que queda reservada al juzgador de instancia, esto es, al Juzgado de Primera Instancia y a la Audiencia Provincial que conoce del recurso ordinario de apelación contra la sentencia dictada por el órgano unipersonal. No se observa arbitrariedad alguna en los razonamientos de la sentencia y no cabe estimar tampoco que el plazo total de uso de la vivienda sea anómalo o no atienda a los principios legales y jurisprudenciales sobre necesidad de respeto a los derechos de todos los copropietarios de la vivienda y de limitación de su libre decisión sobre el destino del inmueble.*

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 81.3 CDFA.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch.

NÚM. 7

S. TSJA 7/2015 de 11 de febrero de 2015

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GASTOS DE LOS HIJOS MAYORES O EMANCIPADOS: Inaplicación del art. 69 y concesión de alimentos legales: *La sentencia de Audiencia concede pensión de alimentos no en aplicación del art. 69.1 CDFA sino del 142 Cc. En consecuencia, sólo podría prosperar el recurso basado en vulneración del primero, si, en efecto, fuera el aplicable al caso. Pero no lo es: la pretensión actora se ha basado en la alegación y prueba de que no concurren los presupuestos que el art. 69.1 establece para aplicar la consecuencia en él prevista: la continuación del deber de sufragar los gastos de crianza y educación. Tal planteamiento prosperó en la primera instancia y se aceptó en la sentencia de apelación. Habría que apreciar infracción por inaplicación si, acreditados los presupuestos del art. 69.1 (y siendo por ello procedente mantener el deber de pago), el precepto hubiera sido ignorado por el tribunal a quo, lo que no ha sucedido. Tampoco se ha producido la aplicación indebida porque la sentencia recurrida declaró la procedencia de abono de la pensión no como gastos de crianza y educación del art. 69 CDFA, sino como pensión de alimentos de los arts. 142.*

Alimentos legales: *No hay una vía intermedia y sin determinar (o una pensión «híbrida») entre los gastos de crianza y educación del art. 69 CDFA y los alimentos legales de los arts. 142 y ss. Cc.; la sentencia impugnada ha acordado una pensión de alimentos al amparo de los arts. 142 y ss. Cc. Podría discutirse si la solución dada por la Audiencia es o no correcta, teniendo en cuenta que el art. 142 Cc. se invocó por la demandada en la apelación y no al contestar la demanda. Pero esta cuestión queda fuera*

7

del control que esta Sala debe ahora realizar, ya que no se articuló un motivo de infracción procesal que la sometiera a nuestro examen. Voto particular. Respecto del derecho de opción del art. 149 Cc., tiene declarado el TS que no confiere un derecho absoluto, sino que la oportunidad de su concesión constituye una cuestión de hecho a valorar por los tribunales, que lo darán cuando no exista impedimento legal o justa causa.

Crianza y educación: Voto particular:

Los gastos y cargas propios de la crianza y educación comprenden, por su generalidad y por la previsión del art. 65.1.b del CDFA, todos los conceptos que pueden presentarse bajo el término de contenido más reducido, y propio del Cc., de «alimentos». Mientras exista la autoridad familiar originaria, y también en los casos del art. 69 CDFA, la norma aragonesa comprende los tres contenidos de crianza, educación y alimentos. Cuando ya no se den los presupuestos para el mantenimiento de la pensión del art. 69 CDFA, y conforme a este precepto, tal pensión debe extinguirse, «sin perjuicio del derecho del hijo a reclamar alimentos», esto es, dejando a salvo la posibilidad de que el hijo, ya mayor de edad, y si lo estima oportuno, accione (fuera ya del proceso matrimonial) al amparo de la petición de «alimentos» strictu sensu que recoge el Código civil. La remisión a los alimentos en el art. 93 Cc. y en el art. 69 CDFA es de naturaleza radicalmente distinta: el art. 93 Cc. integra y hace propia la previsión del art. 142 Cc. en el seno de la patria potestad, mientras el art. 69 CDFA deslinda autoridad familiar y alimentos legales, sin integrar en aquélla el derecho a alimentos legales.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 69 CDFA, 142 y ss. Cc.

PONENTE: Ilma. Sra. D^a Carmen Samanes Ara.

En Zaragoza, a once de febrero dos mil quin-ce. 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 51/2014 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 22 de julio de 2014, en el rollo de apelación número 289/2014, dimanante de autos de Modificación de Medidas núm. 432/13, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D. Abelardo, representado por el Procurador de los Tribunales D. Roberto Pozo Paradís y dirigido por la Letrada D^a. M^a. Pilar Romero Sebastián, y como parte recurrida D^a. María, representada por el Procurador de los Tribunales D. Oscar David Bermúdez Melero y dirigida por la Letrada D^a. M^a. José Escolá Hernando.

Es Ponente la Magistrada de la Sala Ilma. Sra. D^a. Carmen Samanes Ara.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Procurador de los Tribunales D. Roberto Pozo Paradis, actuando en nombre y representación de D. Abelardo, presentó demanda de Modificación de Medidas contra D^a. María en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que previos los trámites que procedan, se dicte sentencia por la que «se modifique el pronunciamiento acordado en la sentencia de divorcio de fecha 25 de julio de 2005, por lo que respecta a la pensión alimenticia fijada y se declare:

1º Que cese la obligación establecida en la cláusula sexta del Convenio aprobado judicialmente de contribuir a las cargas familiares por parte de mi representado, sin perjuicio del derecho de alimentos que pueda corresponder a sus hijos; así como que cese la obligación de seguir realizando un ingreso mensual en la cuenta de los hi-

jos del matrimonio por parte de mi representado.

2º Que dé opción a los hijos, Eleuterio y Heraclio de pasar a convivir con el padre, quien se hará cargo de los gastos de educación de los mismos si bien con la obligación de o bien proceder a la realización de unos estudios con un rendimiento medio normal o iniciarse en una actividad laboral con la que poder cubrir sus necesidades.

Con expresa condena en costas a la parte demandada».

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria, emplazándola para que compareciera en los autos en el plazo de 20 días y contestara a la demanda.

Dentro de plazo concedido a la parte demandada, ésta compareció en autos contestando la demanda planteada de contrario, oponiéndose a la misma, y terminó suplicando se dictase sentencia por la que «se desestime la demanda presentada por D. Abelardo con expresa condena en las costas del presente procedimiento.

Por otrosí se solicita la práctica de prueba anticipada».

TERCERO.- Admitida a trámite la contestación a la demanda y practicada la prueba propuesta que fue admitida, por el Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco se dictó sentencia en fecha 18 de febrero de 2014 cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

«Fallo: 1º- Estimo parcialmente la demanda presentada por D. Abelardo contra Dª. María. Por tanto:

1.1.- Queda extinguida la pensión de alimentos del hijo Eleuterio. La última pensión exigible será la de este mes de febrero.

1.2.- El padre seguirá abonando la pensión del hijo Heraclio .

2.- No hago especial pronunciamiento sobre costas».

Por el Procurador Sr. Pozo Paradis en nombre del demandante, se ha interesado la aclaración/omisión en el fallo de la misma, y en fecha 27 de marzo se dicta Auto de aclaración cuyo tenor literal es «Ha lugar a la aclaración de la sentencia en el sentido de que el apartado 1, del N° 1 del fallo de la misma cuando habla de la extinción de la pensión se refiere también a la cantidad a ingresar en cuenta».

CUARTO.- El Procurador de los Tribunales Sr. Óscar Eleuterio Bermúdez Meleiro, en nombre y representación de Dª. María, presentó recurso de apelación contra la sentencia confiriendo traslado a la otra parte, contestando y oponiéndose.

Elevadas las actuaciones a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, y comparecidas las partes, en fecha 22 de julio de 2014, la Audiencia Provincial dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

«Fallamos.- Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Dª. María frente a la sentencia de fecha 18 de febrero de 2014 dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Zaragoza en autos de Modificación de Medidas nº 432/13, debemos revocar y revocamos dicha resolución en el sentido de que la pensión alimenticia a favor del hijo Eleuterio queda fijada con efectos de febrero del presente año en trescientos euros (300 €/mensuales), confirmando la sentencia en el resto de sus pronunciamientos.

Todo ello sin hacer especial declaración sobre las costas ocasionadas por el recurso».

QUINTO.- La representación legal de D. Abelardo, interpuso ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación, basándolo en los siguientes motivos:

«Primero.- Infracción del artículo 69 del Código de Derecho Foral, así como la infracción de la doctrina jurisprudencial relativa a los mismos (*sic*). (...) Segundo.- Conforme al artículo 477.3 de la LEC, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. (...) Artículo 147, artículo 152 ordinales 3 y 5 y artículo 149 del Código Civil en relación al artículo 1.2 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del gobierno de Aragón (CDFA) (...)».

Una vez se tuvo por interpuesto, se acordó el emplazamiento de las partes para ante esta Sala.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, pasaron las actuaciones al Magistrate Ponente para resolver. Por auto de 17 de noviembre 2014 se acordó declarar la competencia de esta Sala para el conocimiento del recurso y su admisión a trámite, confiriéndose traslado a la parte contraria por 20 días para oposición. Dentro de plazo, presento su oposición al recurso planteado de contrario.

Por providencia de 14 de enero de 2015, se señaló para votación y fallo el día 27 de enero de 2015.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El ahora recurrente formuló demanda de modificación de medidas frente a su ex esposa pidiendo que se declarase el cese de su obligación de pago de pensión para sus hijos (de 21 y 18 años) y de la de seguir realizando un ingreso mensual en la cuenta de éstos. Pidió, ade-

más, que se diese opción a los hijos de pasar a convivir con él, que se haría cargo de sus gastos de educación (con las condiciones literalmente reproducidas en el antecedente primero de esta sentencia). Y basó, en síntesis, su pretensión, en la alegación de que no se daban los presupuestos establecidos en el artículo 69 del Código de Derecho Foral de Aragón (en adelante, CDFA).

La sentencia de primera instancia estimó la demanda parcialmente, considerando que, en cuanto al hijo mayor, procedía la extinción de la obligación y, en cuanto al menor, su continuación. En la motivación, tras indicar que, aun concurriendo las circunstancias previstas en el artículo 69 del CDFA, deberá ser razonable mantener la exigencia de cumplimiento de la obligación y normal el tiempo empleado para obtener la formación, concluye, en relación con el mayor Eleuterio, que no es razonable exigirle al padre, ya que *no ha completado su formación por causas a él imputables*.

SEGUNDO.- En la sentencia de apelación se viene a asumir el planteamiento que hace el juzgador de instancia como fundamento de su decisión. Pero se indica, con cita de jurisprudencia reciente de esta Sala, que cabe que una persona no tenga derecho a que sus progenitores sigan sufragando los gastos de crianza y educación conforme al artículo 69 del CDFA y lo tenga sin embargo a pensión de alimentos entre parientes. Señala también, que la cuestión ha sido oportunamente deducida en el proceso, pues la progenitora apelante invocó, aparte de otros argumentos, los artículos 142 y ss. del Cc. Afirma que no nos encontramos ante un supuesto de parasitismo social que determinaría la supresión de la pensión conforme al artículo 152 del Cc. Y finalmente expresa que procede mantenerla, dado que concurre la situación de necesidad y siendo evidentes las posibilidades económicas del alimentante, aun cuan-

do estima que no podrá tener la amplitud de la pactada, reduciéndola prudencialmente a la cantidad de trescientos euros mensuales.

TERCERO.- El primero de los motivos de casación se funda en la alegada infracción del artículo 69 del CDFA.

En el desarrollo del motivo la parte, tras una referencia a los hechos que la sentencia de primera instancia declara probados, reproduce el texto del artículo 69 y enuncia los presupuestos que en él se exigen para que, alcanzada la mayoría de edad del hijo, se mantenga el deber de los padres de costear los gastos de crianza y educación. A continuación cita una serie de sentencias de esta Sala en interpretación de dicho precepto, y termina expresando que, dado que Eleuterio «no ha hecho nada académicamente hablando», puede concluirse que dio por concluida su formación hace años, por lo que «aduce» clara la vulneración del artículo 69.

Como ha quedado expuesto, la sentencia de la Audiencia Provincial no resolvió en aplicación del artículo 69.1 CDFA sino del 142 del Cc. En consecuencia, sólo podría prosperar el recurso basado en vulneración del primero si, en efecto, fuera el artículo 69 el aplicable al caso. Pero no lo es: según hemos indicado, la pretensión actora se ha basado en la alegación y prueba de que no concurren los presupuestos (los hechos jurídicamente relevantes) que el artículo 69.1 establece para aplicar la consecuencia en él prevista: la continuación del deber de sufragar los gastos de crianza y educación. Tal planteamiento prosperó en la primera instancia y se aceptó en la sentencia de apelación. Aquellos hechos son, como hemos declarado en ocasiones anteriores, que el hijo no haya completado su formación profesional, que no tenga recursos propios para sufragar los gastos, y que sea razonable exigir a los padres el cumplimiento del deber de costearlos. Ha-

bría que apreciar infracción por inaplicación si, acreditados tales presupuestos (y siendo por ello procedente mantener el deber de pago) el precepto hubiera sido ignorado por el tribunal a quo, lo que no ha sucedido. Y es evidente que tampoco se ha producido la aplicación indebida del repetido precepto, porque «cabe reiterarlo» la sentencia recurrida declaró la procedencia de abono de la pensión (en cuantía inferior a la que venía siendo satisfecha por el recurrente) no como gastos de crianza y educación al amparo del artículo 69 del CDFA, sino como pensión de alimentos, conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del Código civil.

En suma, el precepto no ha sido aplicado por la sentencia que aquí se recurre y no hay infracción por inaplicación (tampoco por interpretación errónea). Por tanto, el motivo no puede acogerse.

CUARTO.- En el segundo de los motivos esgrimidos se denuncia infracción de los artículos 147, 152 ordinales 3 y 5 y artículo 149 del Código civil en relación con el artículo 1.2 del CDFA.

Esa cita de varios preceptos en un solo motivo comporta cierta ambigüedad o indefinición en la infracción alegada, que no se despeja con la lectura de las expresiones que la siguen. Porque, tras reproducir el texto de los citados artículos, refiere la parte que de la fundamentación jurídica de la sentencia de la Audiencia Provincial «se desprende la distinción entre la pensión por alimentos legales –ex art. 142 y ss del Cc– y los gastos de educación y crianza del artículo 69 de la Ley Foral, y por una vía intermedia y sin determinar, entre ambas concluye manteniendo una pensión que fija en 300 € para Eleuterio, eso sí, sin determinar la naturaleza de la misma, de ahí que esta representación entienda infringidos tanto el artículo 69 del CDFA –motivo primero– como los artículos mencionados del Código Civil en aplicación del artículo 1.2 del CDFA».

Con independencia de que ese modo de razonar no explica por qué se entienden infringidos los artículos 147 y 152 3 y 5, lo que ha quedado reseñado en el Fundamento Segundo conduce a no poder compartir el punto de vista del recurrente. No hay tal vía intermedia y sin determinar (en otro apartado del recurso se alude también a una pensión «híbrida»); la sentencia es bien clara en cuanto resuelve que procede satisfacer una pensión de alimentos al amparo de lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del Código civil. Podría discutirse si la solución dada por la Audiencia es o no correcta, teniendo en cuenta que el artículo 142 se invocó por la demandada en la apelación y no al contestar a la demanda. Pero esta cuestión queda fuera del control que esta Sala debe ahora realizar, ya que no se articuló un motivo de infracción procesal que la sometiera a nuestro examen.

A continuación, y pese a haber citado como infringidos en el epígrafe los artículos 147 y 152 ordinales 3 y 5, ambos del Cc, lo que razona en el desarrollo del motivo es la improcedencia de abonar una pensión de alimentos conforme a lo dispuesto en el artículo 142 del Cc. Pero, sin haber articulado el oportuno motivo procesal, afirma que ni se acredita la necesidad, ni la imposibilidad de acceder a un empleo. Se formula así una construcción distinta de la utilizada por la sentencia impugnada para llegar al resultado pretendido. Es decir, no tiene en cuenta las premisas de hecho que tuvo en consideración la sentencia, incurriendo en el defecto casacional de la petición de principio que consiste, como en ocasiones anteriores hemos declarado, en partir de un supuesto fáctico contrario al proclamado por la sentencia recurrida, en no respetar los hechos probados y las determinaciones de carácter eminentemente fáctico que pertenecen al ámbito sentenciador de la instancia o en soslayar los hechos probados para, a partir de una construcción propia y unilateral, extraer

consecuencias jurídicas de un supuesto de hecho que no ha sido el declarado probado por el Tribunal de apelación. (Pueden verse al respecto, entre otras muchas, la STS de 9 de julio de 2014 y las citadas en ella).

Pero es que, además, al sostener la improcedencia de satisfacer pensión de alimentos incurre la parte en una contradicción con lo que poco después manifiesta.

QUINTO.- En efecto, en el recurso se aduce asimismo como vulnerado el artículo 149 del Cc, *«al privar del derecho de opción a mi representado en la forma de prestar alimentos, cuando ya la propuso en el suplico del propio escrito de demanda; desconociendo por tanto que la opción es del obligado a dar alimentos, no del que los recibe, máxime sin acreditar que tiene derecho a ello»*.

Con ello se viene a reconocer –ya desde la demanda– que el hijo Eleuterio tiene derecho a prestación de alimentos conforme a lo regulado en el artículo 142 y siguientes del Cc.

Ahora bien, la sentencia recurrida no contiene pronunciamiento alguno en relación con el artículo 149, de manera que la cuestión hubiera debido, en su caso, es decir, si es que el recurrente apreció incongruencia omisiva, plantearse por otra vía (la de infracción procesal). Sucede, sin embargo, que la sentencia de primera instancia fue apelada únicamente por la demandada; aquella petición formulada en la demanda (con carácter principal y no subsidiario) se abandonó en la segunda instancia, donde el ahora recurrente se limitó a oponerse a la apelación y a pedir la confirmación íntegra de la sentencia dictada. Por tanto, no tiene razón cuando dice que la sentencia atacada le privó del derecho de opción del art. 149 Cc.

En todo caso tiene declarado el TS que el art. 149 Cc. no confiere un derecho absoluto, sino que la oportunidad de su con-

cesión constituye una cuestión de hecho a valorar por los tribunales, que lo darán cuando no exista impedimento legal o justa causa. El propio recurrente conoce que ello es así, como se desprende de lo expresado en el escrito de oposición a la apelación: «Él mismo le ha dado la *posibilidad de trasladarse a vivir con él, solicitud que se vuelve a realizar en el escrito de demanda, pero obviamente, al ser ambos mayores de edad, si su voluntad –como se manifiesta por la representación de la madre– no es convivir con el padre, nada puede hacer la justicia al respecto*».

Es consecuencia de todo lo anterior la desestimación del recurso.

SEXTO.- Por aplicación de lo dispuesto en el artículo 398.2 LEC, procede hacer imposición de las costas causadas en el presente recurso a la parte recurrente. El depósito para recurrir se rige por la DA 15 LOPJ.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

PRIMERO.- Declaramos no haber lugar al recurso de casación formulado por el Procurador D. Roberto Pozo Paradis actuando en nombre y representación de D. Abelardo contra la sentencia de fecha 22 de julio de 2014 dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial en recurso de apelación núm. 289/2014.

SEGUNDO.- Imponemos las costas del presente recurso a la parte recurrente.

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

Con pérdida del depósito constituido al que se dará el destino legal. Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Así por esta nuestra sentencia, anunciando Voto Particular el Magistrado Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

VOTO PARTICULAR

que formula el Magistrado Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch.

El Magistrado que suscribe formula el siguiente voto particular, sin perjuicio del pleno respeto al criterio mayoritario de la Sala, respecto de la sentencia dictada el día 11 de febrero de 2015 en recurso de casación núm. 51 de 2014, y al amparo de lo establecido en los artículos 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No existe disconformidad alguna con lo recogido en los antecedentes de hecho y en los fundamentos de derecho primero y segundo de la citada resolución. Se discrepa, sin embargo, del resto.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La sentencia objeto de reparo resuelve las relaciones jurídicas derivadas de las medidas reguladoras del divorcio de los litigantes, unidos en su momento en matrimonio contraído en Aragón, entre aragoneses, y en el que tuvieron dos hijos, también aragoneses.

Aplicable la legislación propia de la Comunidad Autónoma de Aragón para regular las relaciones personales y económicas derivadas del matrimonio y la filiación habida en él, también lo es para resolver las controversias que puedan suscitarse a partir del divorcio. Sólo cabrá la aplicación del Código Civil si se está ante la previsión contenida en el artículo 1 del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA en adelante), cuyo apartado 2, literalmente, señala: «2. El Derecho civil general del Estado se aplicará como supletorio solo en defecto de normas aragonesas y de acuerdo con los

principios que las informan». Dentro de esta posible aplicación del Derecho Civil General la referencia al derecho no aragonés debe entenderse hecha en este caso al Código Civil, pues sería el cuerpo normativo a observar si se considerara que la cuestión no está íntegramente regulada en derecho aragonés.

Por tanto, antes de proceder, como hace la sentencia de referencia, a la aplicación del Código Civil, debe determinarse si la cuestión controvertida está regulada o no en el CDFA, pues sólo en caso de laguna en la ley aragonesa cabrá estar a lo dispuesto en el Código Civil.

SEGUNDO.- En el recurso de casación ahora resuelto el debate queda centrado en si procede o no mantener a cargo del padre la pensión a favor de uno de los hijos de ambos litigantes, a pesar de que haya alcanzado la mayoría de edad.

Tal situación es la prevista en el artículo 69 del CDFA, de aplicación directa si se está ante el mantenimiento de la convivencia familiar, y por referencia del artículo 82 del CDFA si se está ante los supuestos de crisis matrimonial.

Según resulta, literalmente, de la previsión del artículo 69 del CDFA: «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 y no tuviera recursos propios para sufragar los gastos de crianza y educación, se mantendrá el deber de los padres de costearlos, pero solo en la medida en la que sea razonable exigirles aún su cumplimiento y por el tiempo normalmente requerido para que aquella formación se complete.

2. El deber al que se refiere el apartado anterior se extinguirá al cumplir el hijo los veintiséis años, a no ser que, convencional

o judicialmente, se hubiera fijado una edad distinta, sin perjuicio del derecho del hijo a reclamar alimentos.»

En atención a tal precepto, debe mantenerse la obligación propia de la autoridad familiar aragonesa de subvención de los gastos de crianza y educación del hijo aun cuando éste haya alcanzado la mayoría de edad, siempre y cuando continúe su formación y con el límite de los 26 años de edad. Así lo han interpretado numerosas sentencias de esta Sala, entre las que cabe citar las recientes de 28 de marzo o 25 de septiembre de 2014.

Los gastos y cargas propios de la crianza y educación comprenden, por su generalidad y por la previsión del artículo 65.1.b) del CDFA, todos los conceptos que puedan presentarse bajo el término de contenido más reducido, y propio del Código Civil, de «alimentos». Según indica tal artículo 65: «1. La crianza y educación de los hijos comprende para quienes ejercen la autoridad familiar los siguientes deberes y derechos: (...) b) Proveer a sus sustento, habitación, vestido y asistencia médica, de acuerdo con sus posibilidades».

No cabe, por tanto, entender que la autoridad familiar en Aragón, inicial o prorrogada, se rija por dos normas al mismo tiempo, de modo que fuera el CDFA aplicable a la «crianza y educación» y el Código Civil a los «alimentos», sino que es un solo precepto el que debe observarse mientras exista la autoridad familiar originaria, y también cuando se haya alcanzado la mayoría de edad y se dé la situación prevista en el artículo 69 del CDFA, que comprende los tres contenidos de crianza, educación y alimentos.

La situación del supuesto de autos es la prevista en el artículo 69 del CDFA, y ha sido este precepto el regulador de la relación económica entre padre e hijo desde la entrada en vigor del CDFA hasta la fecha

(conforme a la disposición transitoria sexta del CDFA): el hijo ha dependido de los progenitores mientras era menor y, luego, alcanzada la mayoría de edad, y extinguidas por ella las relaciones personales propias de la autoridad familiar que son legalmente reguladas, el padre vino obligado a abonar todavía la pensión global por crianza, educación y alimentos hasta el momento en que el hijo cumpliera 26 años o terminara su formación. También las partes consideran que el artículo 69 CDFA era la norma aplicable, pues, aunque la sentencia de la que se discrepa no le da relevancia a este aspecto, lo cierto es que los interesados fijaron su causa de pedir en la demanda y en la contestación conforme a la previsión de tal precepto, y no por invocación del Código Civil.

Una vez que ya no se den los presupuestos para mantenimiento de la pensión que prevé el artículo 69, y conforme al mismo precepto, tal pensión debe extinguirse, «sin perjuicio del derecho del hijo a reclamar alimentos», esto es, dejando a salvo la posibilidad de que el hijo, ya mayor de edad, y si lo estima oportuno, accione al amparo de la petición de «alimentos» strictu sensu que recoge el Código Civil.

En resumen, por tanto, toda la relación personal y económica derivada en el caso presente de la convivencia familiar, y también desde el momento de su crisis, viene recogida en la ley aragonesa. De modo que sólo una vez que terminan todas las relaciones propias de la autoridad familiar aragonesa inicial, que fue prolongada más allá de la mayoría de edad por razón de mantenimiento de la formación del hijo, es cuando el artículo 69 deja expedita la posible aplicación del artículo 142 y siguientes del Código Civil. Pero mientras la autoridad familiar aragonesa mantiene su vigencia, debe estarse a las previsiones del CDFA, sin posibilidad de imposición de normas del Código Civil.

TERCERO.- La relación entre la norma aragonesa y el Código Civil que se ha expuesto es la que, a juicio del suscribiente del presente voto, no es respetada por la sentencia dictada por la Sala. En la resolución se da lugar a la aplicación del artículo 142 del Código Civil como se hacía antes de la entrada en vigor del artículo 69 CDFA (y de su antecedente inmediato, al artículo 66 de la Ley de Aragón 13/2006, de 27 de diciembre), aceptando la forma, momento y legitimación para aplicar el artículo 142 del Código Civil contenida en la sentencia recurrida, esto es, por la vía del artículo 93 del Código Civil, regulador en el Derecho Civil General de las relaciones económicas con el hijo mayor de edad cuando la convivencia se ha roto.

Este artículo 142 del Código Civil, conforme a lo ya expuesto, no es de observancia en Aragón mientras se mantenga vivo el vínculo derivado de la autoridad familiar, ya que en nuestra comunidad autónoma el artículo 69, por relación al artículo 82, ambos del CDFA, regulan en su integridad, sin necesidad de suplencia alguna, las relaciones derivadas de la necesidad de crianza y educación (y, por tanto, de alimentos) de los hijos mayores de edad que estuvieron sometidos a la autoridad familiar y han mantenido su derecho al sostenimiento por parte de sus progenitores, mientras se sigan formado, y ello cuando se está en la normalidad de la convivencia familiar, y también en su crisis.

El hecho de que tanto el artículo 93 del Código Civil como el artículo 69 del CDFA remitan a los alimentos previstos en el artículo 142 del Código Civil no altera la conclusión citada, ni permite la equiparación de ambas normas o la aplicación alternativa o simultánea a que da lugar la sentencia de referencia. Porque la remisión a los alimentos en uno y otro precepto es de naturaleza radicalmente distinta: el artículo 93 del Código Civil integra y hace propia la

previsión del 142 del Código Civil en el seno de las obligaciones propias de la patria potestad que tal Código recoge. En cambio, el artículo 69 del CDFA deslinda cuáles son las relaciones derivadas de la autoridad familiar y las de los alimentos de los artículos 142 y siguientes del Código Civil, de modo que ordena aquéllas, sin integrar en ellas, en absoluto, el derecho a alimentos del Código Civil, y las regula hasta que se han extinguido totalmente las relaciones propias de la autoridad familiar aragonesa, bien originaria hasta los 18 años, bien prolongada hasta los 26.

Y sólo una vez terminada la previsión propia de la autoridad familiar por su total extinción es cuando el CDFA cita el artículo 142 del Código Civil, y, aún en este caso, no lo invoca para asumirlo en la norma aragonesa, ni para permitir su aplicación directa o indirectamente en el seno de la relación familiar, sino sólo para dejar a salvo que el hijo mayor de edad, fuera ya del proceso matrimonial, pueda tomar, si lo estima oportuno, la decisión de reclamar a su amparo los alimentos previstos en el Código Civil.

CUARTO.- En resumen, quien suscribe no comparte que pueda estarse inicialmente la aplicación del artículo 69 del CDFA y, luego, cuando no se mantienen las previsiones para sostenimiento de la pensión recogida en él, dar lugar a la aplicación del artículo 142 del Código Civil por la vía de su cita en el artículo 93 del Código Civil. Se considera que debe estarse en su íntegra regulación al artículo 69 del CDFA, tanto si conforme a él corresponde mantener la pensión como si no. Y si no procede la pensión por aplicación del artículo 69 del CDFA, no corresponde ampliar su contenido con la previsión de los artículos 93 y 142 del Código Civil para mantenerla por vía de los alimentos que estos preceptos prevén, sino observar lo que previene el propio artículo 69 del CDFA, esto es, que sea el

hijo quien, en su caso, reclame los alimentos, fuera ya de la relación continuada de la autoridad familiar aragonesa a que atiende el artículo 69 del CDFA.

QUINTO.- En consecuencia con lo expuesto, como se adelantó al principio de este voto particular, se discrepa con todo respeto de lo resuelto en la sentencia dictada por esta Sala el día 6 de febrero de 2015 y, especialmente, de su afirmación de no ser aplicable el artículo 69 del CDFA. En lugar de lo resuelto en tal resolución, y precisamente por observancia de tal precepto, base de la demanda y contestación, el recurso debe ser estimado, casada la sentencia recurrida en el sentido interesado por el recurrente, y declarada la extinción del derecho a la pensión que por gastos de crianza, educación y alimentos quedó fijada en la sentencia de divorcio a favor de D. Edmundo. Sin perjuicio de que éste pueda reclamar, si así lo estima oportuno, los alimentos que pudieran corresponderle conforme a los artículos 142 y siguientes del Código Civil. Todo ello con imposición de costas a la parte recurrida, y devolución al recurrente del depósito constituido.

Voto particular que firmo en Zaragoza, a once de febrero de dos mil quince.

NÚM. 8

S. TSJA 8/2015 de 17 de febrero de 2015

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR: Modificación del límite temporal pactado: Solicitada por el padre la modificación del límite temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar, que la sentencia de divorcio de 1999, conforme a lo pactado en el convenio regulador, había

atribuido «hasta que el hijo alcanzara la independencia económica», las sentencias de instancia lo limitan «hasta el 30 de junio de 2018», fecha de la mayoría de edad del hijo. El art. 96 Cc., bajo cuya vigencia los litigantes pactaron su convenio regulador, no contenía disposición alguna sobre necesaria limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar a los menores y cónyuge en cuya compañía quedaran. La novedosa regulación actualmente contenida en el art. 81.3 CDFA es norma introducida con posterioridad a la sentencia de divorcio, de plena aplicación ahora por virtud de la DT 6ª CDFA. Ante esta situación, debe valorarse que como antes de la Ley 2/2010 la limitación temporal, habiendo hijos, sólo era posible mediante acuerdo, «el pacto venía necesariamente condicionado por tal circunstancia, de forma que el progenitor no custodio no tenía otras alternativas que, por el contrario, se hacen muy presentes para ambos si por ley se ha de imponer necesariamente una limitación temporal» (STSJA de 12/10/2014). Por tanto, si existe un cambio de circunstancias que permite modificar el convenio inicialmente aprobado, el cambio debe afectar también a lo pactado respecto del uso de la vivienda familiar.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 81.3 CDFA.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En sentencia del día 22 de enero de 2009 por el Juzgado de Primera Instancia número Cinco de Zaragoza se acordó la disolución por divorcio del matrimonio celebrado el día 27 de agosto de 1999 entre los litigantes, don Eusebio R. G. y doña María Remedios G. C., en el que ha-

bía nacido un hijo, Iñaki R. G. el día 4 de agosto de 2006.

En los aspectos relevantes a efectos de resolución del presente recurso de casación, la madre quedó encargada de la guarda y custodia del hijo menor, y el uso de la vivienda familiar, sita en Zaragoza, fue atribuido a favor de la madre e hijo hasta que éste alcanzara independencia económica.

Incoado por iniciativa de don Eusebio el presente procedimiento de modificación de las medidas acordadas en la sentencia antes citada, el mismo Juzgado dictó sentencia el día 3 de marzo de 2014, que fue apelada por la demandada, en recurso que la Audiencia Provincial desestimó en la sentencia ahora recurrida, dictada el día 10 de junio de 2014. De manera que, respecto de lo que es objeto ahora de recurso, la atribución del uso del domicilio familiar queda atribuido a la madre hasta el día 30 de junio de 2018, y no, como inicialmente se acordó, hasta la independencia económica del hijo.

Contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial se formula por la demandada y apelante el presente recurso de casación, en los términos que han sido expuestos en los anteriores antecedentes de hecho y que, en lo necesario, se concretarán más adelante.

SEGUNDO.- De los dos motivos de casación admitidos a trámite, parece más conveniente comenzar con la resolución del numerado como cuarto, relativo a si existió no modificación de circunstancias que permita alterar los pronunciamientos contenidos en la sentencia de divorcio dictada el día 22 de enero de 2009, ya que su estimación supondría la denegación de cualquier variación de las medidas y, por tanto, conllevaría la imposibilidad de conocer del motivo tercero, referente a si es procedente fijar un término concreto al

uso de la vivienda familiar que es atribuido a la madre e hijo.

El motivo cuarto del recurso recoge como razón de la impugnación la indebida aplicación de la previsión contenida en los artículos 77 y 79.5 del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA en adelante), con cita de los artículos 91 y 100 del Código Civil, porque, en tesis del recurrente, no se ha producido en el supuesto de autos una alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta cuando se dictó la sentencia de divorcio. En consecuencia con la ausencia de modificación de las circunstancias, entiende la parte que no cabe alterar el pronunciamiento de aquella sentencia de divorcio en el extremo concreto referido a la limitación temporal de uso de la vivienda familiar, sino que debe respetarse la atribución a la madre hasta que el hijo alcance su independencia económica.

A lo largo del motivo de recurso, la parte enumera distintas consideraciones respecto de la inexistencia de alteración relevante de las circunstancias relativas tanto a la situación económica de los progenitores, como a las necesidades y recursos del menor. Expone, en definitiva, una serie de valoraciones sobre el resultado de la prueba obrante en autos que altera las obtenidas en la sentencia recurrida, y concluye partiendo de unos hechos probados distintos de los considerados en la resolución dictada en la Audiencia Provincial y, por su aceptación expresa en ella, de los valorados en la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia.

Esta pretensión de la parte de que se modifique la resultancia fáctica concretada en la resolución impugnada es inadmisibile en vía de este recurso de casación, como señalan reiteradamente sentencias de esta Sala (por ejemplo sentencia 43/2014, de 8 de octubre, o 12/2014, de 4 de marzo), y del Tribunal Supremo (por ejemplo, sentencia 77/2014, de 3 de marzo, o 199/2014,

de 2 de abril). En el ámbito del recurso de casación en que se dicta la presente sentencia debe estarse al objeto delimitador de esta vía de impugnación recogido en el artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que permite la comprobación de si ha existido infracción de norma sustantiva aplicable. Pero no recoge que pueda tener lugar un nuevo estudio sobre el resultado de la prueba valorado en las sentencias de instancia, como pretende la parte en su escrito de recurso. Por el contrario, salvo casos excepcionales, y previa su presentación por la vía impugnativa de la infracción procesal, no empleada ahora, debe estarse a los hechos probados constatados como tales en la sentencia recurrida y, en lo que por ella sean aceptados, de la previamente dictada por el Juzgado de Primera Instancia. De modo que, consecuentemente, en la medida en que las argumentaciones formuladas ahora parten de hechos distintos de los considerados acreditados en la resolución impugnada, no cabe aceptarlas, por partir de un supuesto de la cuestión distinto del que este Tribunal de Casación viene obligado a respetar.

En aplicación de la legislación y doctrina expuestas debe, por tanto, desestimarse el motivo de recurso ahora estudiado.

TERCERO.- El motivo de casación numerado como tercero se enuncia por vulneración del artículo 81.3 del CDFA y contiene, como ocurría en el motivo cuarto, una serie de referencias sobre el resultado de la prueba practicada que, por idénticas razones que las expuestas en el Fundamento de Derecho anterior, procede rechazar como habilitantes para casar la sentencia.

Además, se argumenta en el motivo de recurso que el pronunciamiento de la sentencia de divorcio que fijó la atribución del uso de la vivienda familiar a favor del progenitor custodio fue tomado por razón del acuerdo de las partes plasmado en el convenio regulador, de modo que, de confor-

midad con lo previsto en el artículo 81.3 del CDFA, debe estarse a tal acuerdo, pues tal precepto prevé, expresamente, «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».

Hasta la entrada en vigor de la Ley de Aragón 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, la atribución del uso del domicilio conyugal se regía por las previsiones contenidas en el artículo 96 del Código Civil, cuyo apartado primero no contenía disposición alguna sobre necesaria limitación temporal de tal atribución a los hijos menores y cónyuge en cuya compañía quedaran. Bajo la vigencia de tal norma es como los litigantes pactaron en su convenio regulador, luego aprobado por la sentencia de divorcio, que «El domicilio conyugal se asigna a la esposa hasta que el hijo alcance independencia económica (...)».

Después de dictada la sentencia de divorcio, entró en vigor la referida Ley de Aragón 2/2010, cuyo artículo 7.3 (luego reproducido en el artículo 81.3 del CDFA) recoge una importante novedad sobre la atribución del uso de la vivienda familiar, como lo es que tendrá una limitación temporal, bien acordada por las partes, bien fijada por el Juez en atención a las circunstancias concretas de cada familia. Esta nueva regulación (de plena aplicación ahora por virtud de lo previsto en las Disposiciones transitorias primera de la Ley 2/2010 y sexta del CDFA) no pudo, evidentemente, ser tenida en cuenta por los cónyuges cuando acordaron su convenio regulador. Ante esta situación, como ya indicó sentencia de esta Sala del día 12 de octubre de 2014, debe valorarse que, como la limitación temporal del uso de la vivienda, habiendo hijos, sólo era posible mediante

acuerdo antes de la Ley 2/2010 «el pacto venía necesariamente condicionado por tal circunstancia, de forma que el progenitor no custodio no tenía otras alternativas que, por el contrario, se hacen muy presentes para ambos si por ley se ha de imponer necesariamente una limitación temporal».

Consecuentemente, al igual que en tal sentencia se concluyó, si existe un cambio de circunstancias que determine a modificar el convenio inicialmente aprobado, su cambio puede y debe alcanzar también a lo pactado respecto del uso de la vivienda familiar. De modo que la sentencia que así lo aprecia no infringió la previsión legal ahora vigente que se aduce como motivo de recurso, por lo que debe ser desestimada tal razón de impugnación.

CUARTO.- Desestimados todos los motivos de impugnación, procede imponer al recurrente el pago de las causadas por el presente recurso de casación, conforme a los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña M^a Remedios G. C. contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza el día 10 de junio de 2014 que confirmamos en todos los pronunciamientos contenidos en su fallo, imponiendo al recurrente a la recurrente el pago de las costas causadas en el presente recurso de casación.

Se hace saber a las partes que contra esta sentencia no cabe la interposición de recurso.

Dese su destino legal al depósito constituido y líbrese a la mencionada Audiencia

la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

9

NÚM. 9

S. TSJA 9/2015 de 13 de marzo de 2015

76: SUCESIÓN LEGAL: BIENES TRONCALES: *No lo es la vivienda construida sobre solar troncal: La condición de bien privativo del solar troncal no implica la troncalidad de la vivienda construida sobre el mismo, en este caso con dinero consorcial luego reembolsado al consorcio. Ni el art. 226.3.a) CDFA, ni el 1359 Cc. (que no es aplicable al consorcio conyugal), llevan a la conclusión de que lo edificado sobre un bien troncal adquiera también el mismo carácter troncal. El bien que el causante recibió de sus padres a título gratuito (art. 528.1 CDFA) fue el solar, y no otra cosa. Por otra parte, los alegados artículos de la accesión relativa a los bienes inmuebles (arts. 358 a 374 Cc.) tratan de resolver los problemas que nacen de la edificación, plantación o siembra en predios ajenos, lo que no ocurrió en nuestro caso. El bien resultante por la edificación sobre un solar troncal es un bien distinto del recibido de los ascendientes, sobre el que no se proyecta el carácter troncal del solar. No sería defendible que una persona, con la debida legitimación de parentesco, pretendiera ejercitar un retracto de abolorio de una edificación, sobre la base del carácter troncal del solar.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 226.3.a, 528.1 CDFA; 1359, 353 y ss. Cc.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasierra.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El actor solicitó en su demanda, dirigida contra la viuda de su hermano D. Pedro Antonio, la declaración de que la vivienda unifamiliar sita en Zaragoza, dirección 000, núm. 000, es un bien troncal procedente de su hermano, fallecido el 11 de enero de 2012 sin descendencia y sin haber otorgado testamento, en estado de casado en segundas nupcias con la demandada. También solicitaba la declaración de que la vivienda es de su propiedad, por herencia de su hermano, así como la declaración de nulidad parcial de la escritura de manifestación y aceptación de herencia otorgada por la viuda el 20 de septiembre de 2012 y, finalmente, la entrega de la posesión de la referida vivienda, así como la condena a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a entregar la vivienda, y al pago de una indemnización de daños y perjuicios.

Los hechos recogidos en las sentencias de instancia y de apelación, que no resultan controvertidos, parten del reconocimiento de que ambos hermanos eran propietarios proindiviso de un solar en el lugar de referencia, por haber sido heredado de su padre en cuanto a una mitad y la otra mitad recibida por donación de su madre. Mediante escritura de 3 de julio de 1995 cesaron en la proindivisión del solar y declararon la obra nueva de dos viviendas, privativas de cada uno, construida la del fallecido D. Pedro Antonio con dinero común del primer matrimonio, si bien en la liquidación de la sociedad conyugal se declaró que la vivienda era privativa y se compensó a la esposa con el importe correspondiente. D. Pedro Antonio, tras el divorcio con su primera esposa, contrajo segundo matrimonio con la demandada el 10 de septiembre de 2010, en régimen de separación de bienes, falleciendo el 11 de enero de 2012.

El actor, D. Carlos, instó la declaración de herederos abintestato respecto de los

bienes troncales de su hermano D. Pedro Antonio, aceptó la herencia el 6 de julio de 2012 e inscribió a su nombre la vivienda el 19 de julio de 2012.

La viuda, ahora demandada, instó la declaración de herederos abintestato respecto de los bienes no troncales de su esposo y aceptó la herencia el 20 de septiembre de 2012.

La demandada se opuso a la demanda y en su demanda reconventional solicitó la declaración de su derecho de propiedad sobre la vivienda, la declaración de la nulidad parcial de la escritura de aceptación de herencia otorgada el 6 de julio de 2012 por el actor, en lo relativo a la vivienda, y que se ordenara la cancelación de la inscripción registral de la vivienda a favor del actor.

SEGUNDO.- La sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda con la siguiente argumentación:

«El inmueble es un bien distinto del solar sobre el que se construyó, lo que se hizo con dinero consorcial, con una nueva descripción registral, dividido en propiedad horizontal y constituyendo una finca independiente de la que se adjudicó a su hermano en el mismo solar, por lo que no se puede entender que forma parte del patrimonio familiar, lo que es fundamento de la troncalidad.

Por este motivo la edificación no puede ser considerada troncal desde el momento en que de forma voluntaria los hermanos construyeron sobre el solar troncal sendos edificios a cargo de sus respectivas sociedades conyugales, disolviendo la comunidad existente y adjudicándose cada uno de ellos una finca totalmente independiente, tal y como consta en el documento nº 3 de la propia demanda. Todo ello siguiendo el criterio sentado por el TSJA en sentencia de fecha 5 de octubre de 2012.

Los argumentos vertidos en la demanda relativos al carácter privativo de la finca en nada afectan a su carácter troncal, por cuanto la demandada ha sido declarada heredera de todos los bienes no troncales del esposo, entre los que es evidente que se incluyen los que fueran privativos constante matrimonio, los únicos que no pasaría a heredar son los bienes troncales pero sí los privativos de su cónyuge.»

La sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, insistiendo en que la condición de bien privativo del solar troncal no implica la troncalidad de la vivienda construida sobre el mismo, argumenta sobre este punto lo siguiente:

«QUINTO.- *El núcleo del debate es lo que se plantea en esa alegación segunda, pues no se discute que fuera un bien privativo, por más que se reconociera reembolso a favor del consorcio. El conflicto pues se puede resolver completamente al margen de esa circunstancia, de suerte que el interrogante a despejar es si se mantiene la troncalidad en un bien sobre el que se han hecho por su propietario transformaciones que le alteran su identidad. No sería un bien troncal sino otro que ex-novo surgió en vida del causante, aunque sobre la base de otro anterior, como se ha dicho troncal, familiar.*

La Sala se inclina por la última solución. Un bien troncal al que se le realizan tales transformaciones físicas y jurídicas ha perdido su identidad y ha generado un bien diferente en el tráfico jurídico. No es un solar sino una vivienda unifamiliar, sometida, además a un régimen de propiedad horizontal en el que, por lo tanto, se produce una yuxtaposición de elementos privativos del comunero con otros que pertenecen a la comunidad, en los que hay por tanto amenidad y alteridad.

La entidad económica del bien es nueva. Es la vivienda unifamiliar la que le otorga valor en el mercado. Se ha alterado la sus-

tancia del bien y por tanto nos encontramos ante un bien diferente cuya identidad trae causa, no del que fuera familiar, sino de la inversión y modificación realizada por el causante. La edificación y el solar son bienes que tienen una autonomía y diferenciación jurídica inicial como resulta implícitamente del art. 334 C.Civil. Pero la precisión que ese precepto contempla y define el derecho tras la incorporación, se considere esta última un modo de adquirir la propiedad o bien el ejercicio de una facultad extensiva del dominio, ese régimen jurídico, se repite, no permite ensombrecer, en lo que aquí ahora interesa, que el edificio incorporado es una cosa nueva que configura jurídica y económicamente un bien distinto al que en origen era un mero solar. Con la pérdida de identidad física y jurídica del solar, con una obra nueva sometida además al régimen de propiedad horizontal, no puede defenderse que la troncalidad se proyecte y alcance a un bien distinto por la transformación operada en él.

Ciertamente la edificación es un inmueble por incorporación (art. 353 C.Civil), de suerte que se produce una integración indisoluble entre el edificio y el suelo que forman ahora un todo que es diferente al bien inicialmente troncal, el mero solar. El mencionado precepto, el art. 353 C. Civil, que contiene la disposición *general en sede de accesión contempla un principio conforme al cual la cosa principal continúa incrementada con la accesoria a ella incorporada. Pero esto es relevante para delimitar el derecho de propiedad de lo nuevo, pero no significa que ese nuevo bien conserve otras singularidades, también jurídicas, que pudo tener el bien originario principal. Y tan esto es así que para los casos de accesión de edificaciones construidas en propiedad ajena, para los supuestos de buena fe, el dueño del terreno en que se edificase o sembrase de buena fe, tiene «derecho a hacer suya la obra o siembra, previa la indemnización establecida en los artículos 453 y 454, o a obligar al que edificó o sembró, a pagarle el precio del terreno, lo cual ha*

de ser interpretado no sólo en su sentido literal, sino en el sentido de que mientras esa indemnización no tenga efecto, no ostenta el dueño del predio el dominio de lo edificado y, por el contrario, el que edificó de buena fe tiene el derecho de retención establecido en el artículo 453 del propio Código (ss. De 18 de marzo de 1948 y 17 de diciembre de 1957), puesto que la «res nova» que aparece en la figura de la accesión no provoca en caso de buena fe declarada, sin más y por la sola constancia de lo edificado, un desplazamiento patrimonial sino mediante la opción determinada en el art. 361, y por ello ni al que realizó la edificación, ni al dueño del terreno les compete la reivindicación, lo mismo al que edificó por lo edificado, que al dueño del terreno sobre el que se edificó» (STS 31.12.1987). En definitiva la construcción por el causante y su hermano, ahora demandante y recurrente, de unas viviendas en régimen de propiedad horizontal, con dinero consorcial luego reembolsado al consorcio, constituye una alteración física y jurídica de tal entidad que permite afirmar que se ha alterado la sustancia del bien, sin que por lo tanto, al ser res nova, pueda predicarse del mismo la troncalidad que define el art. 528.1 CDFA. La troncalidad del solar no se irradia a la nueva cosa que resulta de la obra nueva, se repite, en régimen de propiedad horizontal. Y si se quisiera invocar ese principio general de que lo accesorio sigue a lo principal, habría que recordar que las partes otorgaron un valor al solar de 1.174.611 pesetas y a la obra nueva de 14.216.182 pesetas, lo que deja al descubierto la esencialidad de la modificación operada sobre el bien originariamente troncal.»

TERCERO.- El primer motivo del recurso de casación lo articula la parte recurrente por inaplicación del artículo 226.3.a) del Código del Derecho Foral de Aragón (CDFA), en relación con el artículo 1.359 del Código civil y sentencias del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1982, 10 de julio de 1995 y 16 de febrero de 1998, y aplicación indebida de la sentencia

dictada en fecha 5 de octubre de 2012 por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

El motivo parte del reconocimiento de las partes, así recogido en ambas sentencias, de que el solar sobre el que D. Pedro Antonio construyó su vivienda era un bien troncal. Pero de ello deduce el recurrente que, aunque se haya construido sobre el mismo un edificio con dinero consorcial, el edificio ha quedado incorporado al solar y tiene el carácter de éste sin que la sociedad conyugal haya adquirido participación de cuota alguna sobre dicho bien.

Las sentencias de instancia y de apelación habían establecido con claridad que *«los argumentos vertidos en la demanda relativos al carácter privativo de la finca en nada afectan a su carácter troncal por cuanto la demandada ha sido declarada heredera de todos los bienes no troncales del esposo, entre los que es evidente que se incluyen los que fueran privativos constante matrimonio, los únicos que no pasaría a heredar son los bienes troncales pero sí privativos de su cónyuge»* (sentencia del Juzgado). Y la sentencia de la Audiencia Provincial: *«...pues no se discute que fuera un bien privativo, por más que se reconociera reembolso a favor del consorcio. El conflicto, pues, se puede resolver completamente al margen de esa circunstancia, de suerte que el interrogante a despejar es si se mantiene la troncalidad en un bien sobre el que se han hecho transformaciones que le alteran su identidad. No sería un bien troncal sino otro que ex-novo surgió en vida del causante, aunque sobre la base de otro anterior, como se ha dicho troncal, familiar.»*

Se parte así de que el solar era privativo, y también lo edificado por el reconocimiento entre los cónyuges, y se centra la cuestión a resolver en si un edificio construido sobre un solar troncal adquiere también la naturaleza troncal del solar. El recurrente así lo defiende en este motivo de su recurso con base en el artículo 226.3.a) del CDFA en relación con el artículo 1.359 del Código civil.

El primero de los preceptos, en sede del consorcio conyugal y para fijar las reglas de las relaciones entre los patrimonios de los cónyuges y el común, a los efectos de la liquidación de la comunidad (artículo 262- c para determinar el activo del común y artículo 265 para la liquidación), declara el derecho de reembolso del patrimonio consorcial por el importe de los bienes comunes empleados en la adquisición de bienes privativos, lo que en este caso nos lleva a la conclusión de que el fallecido D. Pedro Antonio adeudaba a la sociedad consorcial constituida con su primera esposa la parte correspondiente del dinero común empleado en la edificación de una vivienda privativa suya. Y, como hemos visto, así sucedió y en aquella liquidación tuvo que reembolsar aquel dinero, pero ello nada tiene que ver con la naturaleza troncal del solar o del edificio construido sobre el mismo.

Y el artículo 1.359 del Código civil, en sede de determinación de bienes comunes y bienes privativos, a los mismos efectos de la liquidación de la sociedad de gananciales, y que no es aplicable para la liquidación de la sociedad consorcial aragonesa, lleva a la conclusión de que en dicho régimen lo edificado sobre bienes privativos tiene ese mismo carácter, sin perjuicio del derecho de reembolso del patrimonio común del importe satisfecho a su costa (artículo 1.358).

Nada de lo anterior ha sido rebatido en el presente caso en el que, como se ha dicho, se parte de que el solar y la edificación eran privativos de D. Pedro Antonio, pero los preceptos alegados como infringidos no llevan a la conclusión de que lo edificado sobre un bien troncal adquiriera también el mismo carácter troncal. Por ello el primer motivo del recurso debe ser rechazado.

CUARTO.- El motivo segundo se interpone por inaplicación del artículo 528.1 del Código del Derecho Foral de Aragón, en relación con los artículos 38.7 de la

Compilación del Derecho foral de Aragón, (ahora artículo 211.h del Código del Derecho Foral de Aragón), artículos 352 (en realidad, quiere decir 353) y 1.359 del Código civil y sentencia del Tribunal Superior de Aragón de 26 de abril de 2004, y aplicación indebida de los arts. 361 y 453 del Código civil.

Argumenta que, conforme al artículo 528.1 del CDFA, el solar era un bien troncal simple (lo que no es discutido) sobre el que el causante había edificado una vivienda privativa (tampoco discutido) y que, siendo un bien inmueble (artículo 334.1º Cc.), conforme al artículo 353 la propiedad da derecho por accesión a todo lo que ellos producen, o se les une o incorpora, por lo que el edificio construido sobre un solar propiedad del causante pertenece, por accesión, al dueño del solar. De ello deduce que este edificio, por lo dispuesto en el artículo 1.359 Cc., tiene el carácter correspondiente al bien sobre el que se edifica, es decir, troncal.

Pero la base de tal argumentación no se sostiene porque, como se ha dicho, el artículo 1.359 Cc., además de no ser aplicable al caso, se encuentra en sede de sociedad de gananciales para determinar que el bien así edificado, sobre solar privativo, seguirá este carácter, el de bien privativo, pero nada tiene que ver con la troncalidad, ya que el precepto trata de resolver únicamente la relación entre patrimonios en una sociedad conyugal y en modo alguno puede permitir la extensión que el recurrente pretende.

El artículo 528.1 del CDFA no resulta inaplicable en la sentencia recurrida pues ninguna duda se suscitó respecto a que el solar era un bien troncal. La literalidad del precepto lleva a la conclusión contraria a la pretendida por la parte: «Son bienes troncales simples *los que el causante haya recibido* a título gratuito de ascendientes...». El subrayado es nuestro para resaltar que en este caso el bien que D. Pedro Antonio reci-

bió de sus padres a título gratuito fue el solar, y no otra cosa.

Y, más allá de la literalidad, la argumentación de la parte recurrente sobre la accesión tampoco puede ser aceptada. La regla general del artículo 353 Cc. es desarrollada en los artículos siguientes para los frutos (artículos 354 a 357), respecto a los bienes inmuebles en los artículos 358 a 374, y respecto a los bienes muebles en los artículos 375 a 383, pero en la regulación relativa a los bienes inmuebles se tratan de resolver los problemas que nacen de la edificación, plantación o siembra en predios ajenos, lo que no ocurrió en nuestro caso en que el constructor lo hizo sobre suelo propio y no ajeno.

No cabe, al amparo de la regla general contenida en el artículo 353 (propiedad por accesión de todo lo que se incorpora a un bien), pretender que al bien así incorporado se le propagan todas las características del bien inmueble al que se incorpora (salvo, conforme al artículo 334, la consideración de bien inmueble, ficticia en muchos de los casos ahí contemplados). Y menos aún al amparo de una norma como el artículo 1.359 relativa a la naturaleza privativa o ganancial de los bienes.

Como bien expone la sentencia recurrida, desde el punto de vista de la troncalidad de los bienes el resultante por la edificación sobre un solar troncal es un bien distinto del recibido de los ascendientes, sobre el que no se proyecta el carácter troncal del solar. No sería defendible que una persona, con la debida legitimación de parentesco, pretendiera ejercitar un retracto de abolorio de una edificación, sobre la base del carácter troncal del solar. Menos aún tras una declaración de la obra nueva construida por los copropietarios del solar, división en propiedad horizontal y cese en la indivisión con adjudicación de una vivienda a cada uno de ellos.

En nuestro caso lo edificado sobre un solar privativo de los hermanos, y troncal simple por haberlo recibido a título gratuito de sus padres, fue declarado privativo por reconocimiento con sus respectivos cónyuges, con el consiguiente derecho de reembolso a favor del consorcio, sin que pudiera llevar aparejado tal reconocimiento de privatividad ninguna consecuencia sobre el carácter troncal de la edificación.

En consecuencia, debe igualmente rechazarse el segundo motivo del recurso, que resulta así íntegramente desestimado.

QUINTO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 398.1 en relación con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede imponer a la parte recurrente las costas del recurso.

10

NÚM. 10

S. TSJA 10/2015 de 4 de marzo de 2015

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Factores para excepcionar la custodia compartida: *El carácter preferente de la custodia compartida viene siempre supeditado al superior interés de los hijos menores, de tal manera que podrá acordarse la custodia individual si resulta más favorable para los hijos. En todo caso, la ponderación del interés del hijo menor se debe realizar partiendo de las circunstancias del caso concreto (entre otras, la distancia geográfica existente entre los domicilios de uno y otro progenitor, así como la corta edad del hijo), fijadas en los hechos declarados como probados en la sentencia recurrida.*

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 80.2 CDFA.

PONENTE: Excmo. Sr. D. Manuel Bellido Aspás.

NÚM. 11

S. TSJA 11/2015 de 6 de abril 2015

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Infracción de la preferencia legal: *Establecida por el legislador la custodia compartida como régimen preferente, la valoración de qué custodia responde mejor al interés del menor es hecha, en primer lugar, por el legislador, que considera que tal interés es mejor atendido por la custodia compartida. No es una decisión discrecional del Juez establecer uno u otro régimen de custodia, sino que, imperativamente, la ley aragonesa ordena como premisa primera y principal que, en interés del menor que es expresamente mencionado y valorado en la propia ley, se esté al régimen de custodia compartida (art. 80.2 CDFA). Por vía de excepcionalidad y subsidiariedad a la previsión general, podrá sustituirse el régimen preferente por la custodia individual cuando se considere mas conveniente para el menor en atención a los factores que el propio art. 80.2 prevé. Siendo todos los factores favorables a la custodia compartida, salvo el hecho de que los turnos variables del padre pueden dificultar la convivencia física de él con la hija, no fue ajustada al art. 80.2 CDFA la decisión de excluir la custodia compartida. Voto particular.*

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 80.2 CDFA.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch.

En Zaragoza, a seis de abril de dos mil quince.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 1/2015 interpuesto contra la

11

sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 25 de noviembre de 2014, recaída en el rollo de apelación número 192/2014, dimanante de autos de Modificación de Medidas número 55/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia num. Seis de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D. Diego M. O., representado por la Procuradora de los Tribunales D^a. Begoña Ortega Ortega y dirigido por el Letrado D. Javier Ferreira González, y como parte recurrida D^a. Sherezade R. S., representada por el Procurador de los Tribunales D. Emilio Pradilla Carreras y dirigida por la Letrada D^a. Irene Romea Anadón, siendo parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente el Magistrado de la Sala Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora de los Tribunales D^a. Begoña Ortega Ortega, actuando en nombre y representación de D. Diego M. O., presentó demanda de modificación de medidas contra D^a. Sherezade R. 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 sentencia por la que «estimando íntegramente la demanda deducida ordene la guardia y custodia compartida de la menor Lydia M. R. en los términos señalados en fundamento fáctico cuarto de este escrito de demanda, sin hacer pronunciamiento en costas.» Por otrosí solicitó la práctica de prueba anticipada.

Al ser requerido por el Sr. Secretario para la presentación del justificante de pago de la tasa, la parte renunció a su pretensión relativa a la vivienda familiar y concretada en el fundamento fáctico cuarto de la demanda.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria, emplazándola para que compareciera en los autos en el plazo de 20 días y

contestara a la demanda. Compareciendo en su nombre el Procurador de los Tribunales Sr. Pradilla Carreras bajo la dirección de la Letrada Sra. Romea Anadón, ambos designados en turno de oficio, contestando a la demanda y oponiéndose a la misma, suplicando al juzgado «(...) dicte en su día sentencia por la que con desestimación íntegra de la demanda de modificación de medidas instada por la representación del Sr. M., se mantengan todos los efectos de la sentencia dictada en fecha 22 de septiembre de 2011, y subsidiariamente se fije, en el caso de que se determine la guardia y custodia compartida, que ambos progenitores deberán contribuir proporcionalmente a los gastos con los ingresos que perciban y todo ello con expresa imposición de costas por su mala fe y temeridad civil».

Por otrosí solicitó la práctica de prueba.

TERCERO.- Practicada la prueba declarada pertinente, por el Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de Zaragoza se dictó sentencia en fecha 17 de febrero de 2014 cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

«Fallo: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Ortega Ortega, en nombre y representación de D. Diego M. O. frente a Dña. Sherezade R. S., debo declarar y declaro haber lugar a la modificación parcial de la sentencia de divorcio dictada el 22 de septiembre de 2011 en autos n^o 1189/2010-A en cuanto al régimen de visitas del actor con la menor Lidia, pudiendo el Sr. M. las semanas en las que su jornada laboral sea de tarde llevar a la menor al colegio todas las mañanas, recogiéndola en el domicilio materno.- Permanecen invariables el resto de los pronunciamientos de la sentencia de divorcio.- Todo ello sin expresa condena en costas por lo que cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad.»

CUARTO.- La Procuradora de los Tribunales Sra. Ortega Ortega, en nombre y representación de D. Diego M. O., presentó recurso de apelación contra la sentencia. Conferido traslado a la otra parte, contestó la parte recurrida, y previos los trámites legales, se emplazó a las partes para ante la Audiencia Provincial.

Elevadas las actuaciones a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, comparecidas las partes, y practicada la prueba propuesta que fue admitida, en fecha 25 de noviembre de 2014, la Audiencia Provincial dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente literal:

«Fallamos.- Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. Diego M. O. contra Doña Sherezade R. S. y la sentencia a la que el presente rollo se contrae, dictada el 17 febrero 2014 por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Zaragoza, debemos confirmar y confirmamos la citada resolución, sin especial pronunciamiento sobre las costas del recurso.- Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir por don Diego M. O., al que se dará el destino que la Ley prevé.»

QUINTO.- La representación legal de D. Diego M. O. interpuso ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurso de casación, basándolo en la infracción del artículo 80.2 del Código de Derecho Civil de Aragón.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, por auto de 21 de enero pasado se acordó declarar la competencia de esta Sala, admitir a trámite el recurso y dar traslado a las partes recurridas por veinte días para formalizar oposición.

Dentro de plazo, presentó escrito la parte recurrida, oponiéndose al recurso.

Se señaló para votación y fallo el día 11 de marzo de 2015, al no haberse solicitado la celebración de vista y no considerándola necesaria por la Sala.

No estando de acuerdo con la mayoría, el Magistrado Ponente inicial Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado, anuncia Voto Particular y asume la Ponencia el Magistrado Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Por sentencia dictada el día 22 de septiembre de 2011 el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Zaragoza acordó las medidas que debían regir la guarda y custodia de la menor Lydia M. R., nacida el día 10 de abril de 2007 en la relación de pareja estable de los litigantes, don Diego M. O. y doña Sherezade R. S.

Por iniciativa del padre se incoó el presente procedimiento de modificación de las medidas adoptadas en la resolución mencionada, en solicitud de que fuera establecida la custodia compartida respecto de la menor, así como el término de la obligación del demandante de abonar la pensión por alimentos de la niña, que había fijado la resolución de referencia en 200 € al mes. El mismo Juzgado antes citado dictó sentencia de 17 de febrero de 2014 en la que, estimando parcialmente la demanda, denegó el establecimiento de la custodia compartida y mantuvo el régimen previamente establecido de custodia individual a cargo de la madre no modificó el pago de la pensión fijada, y amplió el régimen de visitas con el padre, pues dio a éste la potestad de acompañar a su hija al colegio todas las mañanas, recogiendo en el domicilio materno.

Apelada tal decisión, la sentencia ahora recurrida, dictada el día 25 de noviembre de 2014 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza desestimó el recurso presentado.

Contra la anterior sentencia se formula el presente recurso de casación, en los términos que han sido expuestos en los anteriores antecedentes de hecho y que, en lo necesario, se concretarán más adelante.

SEGUNDO. El fundamento único del recurso de casación presentado se basa en la inadecuada aplicación que, sostiene el recurrente, ha hecho la sentencia recurrida del artículo 80.2 del Código de Derecho Foral Aragonés (CDFA), ya que considera, a lo largo de las varias alegaciones que contiene, que la resolución impugnada se ha apartado del principio de preferencia que la norma prevé respecto de la custodia compartida.

La resolución impugnada, por reproducción parcial del informe psicológico practicado, expone a lo largo de su Fundamento de Derecho tercero la concurrencia de las diversas circunstancias del presente caso y que evidencian la correcta aptitud de ambos padres para poder atender a su hija, la existencia del gran interés de ambos respecto del bienestar de la menor, los fuertes sentimientos entre ambos progenitores y la niña, así como el papel flexible, de colaboración y de cooperación parental en el cuidado y educación cotidiana de la hija, con correcta adaptación de ésta a la organización familiar, sin que se observen discrepancias significativas en sus respectivos estilos educativos de ambos progenitores, que pueden llegar a adoptar criterios educativos homogéneos y ser capaces de establecer de común acuerdo normas y pautas para la menor, proporcionándole una educación integral y sin discrepancias.

Hechas tales consideraciones, la sentencia no entra a cuestionarse, como tampoco lo hacen las partes en el presente recurso de casación, si había existido o no cambio relevante de las circunstancias que se tuvieron en cuenta al tiempo de dictar la sentencia primera, del día 22 de septiembre de 2011, sino que da por hecho tal

cambio, haciendo así propia la decisión del Juzgado de Primera Instancia de considerar procedente dar lugar a la modificación de medidas.

No habiendo así pronunciamiento respecto de si procedía la modificación de las medidas originarias, la sentencia recoge como primera conclusión que «las circunstancias del caso son, pues, inicialmente, favorables a la guarda compartida que el padre solicita».

Tal consideración previa de la sentencia recurrida se comparte ahora plenamente, pues responde a la regulación prevista en el artículo 80.2 CDFA, así como a la constante jurisprudencia sentada por esta Sala en su interpretación. Al respecto cabe citar, por ejemplo, sentencia de esta Sala de 14 de octubre de 2013 (Casación 23/2013), que indica que el precepto citado «(...) establece la custodia compartida por parte de ambos progenitores como régimen preferente en los casos de ruptura de la convivencia con hijos a cargo, siempre que el padre y la madre estén capacitados para la correcta asunción de dicha custodia y que en esa concreta ruptura no resulte más conveniente para el interés del menor la custodia individual, habida cuenta de los parámetros previstos en el mismo precepto (...)».

Al lado de tal consideración esta Sala también se ha pronunciado en reiteradas ocasiones señalando que la valoración de qué custodia responde mejor al interés del menor es hecha en nuestra regulación, en primer lugar, por el legislador, que considera que tal interés es mejor atendido por la custodia compartida. Así, por ejemplo, en sentencia de 10 de enero de 2014 (Casación 28/2013) se indicó. «(...) En derecho aragonés, a diferencia del derecho común, el legislador, al tratar del régimen de custodia a establecer, sí ha definido con carácter preferente el criterio a seguir en interés del menor al decidir entre custodia compartida o individual, tal y como reiteradamente ha señalado esta Sala (así, por ejemplo, sentencias de 19 de diciembre de

2012 y de 18 de julio de 2013). Tras sentar el artículo 76.2 del CDFA el necesario respeto al interés del menor, al tratar en concreto el artículo 80 la custodia a observar ordena en su apartado segundo que: «El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores (...)». No se está, por tanto, en la situación del derecho común, en donde corresponde al Juez decidir, *prima facie*, entre un sistema u otro de custodia, según lo aconseje en cada caso el interés del menor. En Aragón, la decisión primigenia sobre el régimen de custodia aplicable la ha tomado el legislador, en el sentido indicado, de ordenar la fijación del régimen de custodia compartida.

A partir de tal definición legal sobre cuál sea el sistema de custodia a seguir, la norma previene la posibilidad de que, por vía de excepción, en atención a los criterios que en ella misma se establecen, pueda fijarse por la autoridad judicial un régimen de custodia distinto de la compartida. Así, el mismo artículo 80.2, tras ordenar que se estará a la custodia compartida de modo preferente, prevé la salvedad de que «la custodia individual sea la más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares, que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a los siguientes factores (...)».

En Aragón, por tanto, la decisión del órgano judicial debe partir de la concreción legal explícita de que el mejor sistema de custodia para atención del interés del menor se satisface con la custodia compartida. De modo que sólo cuando, tras la valoración de la prueba, quepa concluir indubitadamente la consecuencia de que se dan los presupuestos legales para excepcionar a tal régimen, será factible fijar un régimen de custodia distinto (...)».

Así, la ley aragonesa no permite que sea el órgano judicial el que, en el ámbito de su discrecionalidad, establezca uno u otro régimen sin un punto de partida previo, como sucede en otros cuerpos legales de vigencia en España, sino que, imperativamente, ordena como premisa primera y

principal que, en interés del menor que es expresamente mencionado y valorado en la propia ley, se esté al régimen de custodia compartida, pues, conforme a la literalidad de la primera aseveración del artículo 80.2 del CDFA: «El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores (...)».

Tal régimen preferente cabe, sin embargo, que sea sustituido por la custodia individual que prevé la propia norma, si bien por vía de excepcionalidad y subsidiariedad a la previsión general, pues sólo podrá hacer la salvedad a la custodia compartida cuando se considere más conveniente para el menor en atención a los factores que el propio artículo 80.2 prevé.

En conclusión, por tanto, partiendo de los hechos valorados en la sentencia impugnada, reproducción de los constatados en el informe pericial, en el presente caso fue correcta la conclusión inicial obtenida en la sentencia recurrida de valorar el régimen general de custodia compartida.

TERCERO.- Ahora bien, la conclusión inicial de la resolución recurrida en pro de la custodia compartida es luego, sin embargo, modificada en favor de la custodia individual, por reproducción de la conclusión que adopta la psicóloga que realizó la valoración obrante en las actuaciones. La sentencia hace suyos así no sólo los hechos y valoraciones técnicas constatados en el informe y a que antes ya hicimos referencia, sino también la conclusión final del psicólogo sobre qué régimen de custodia cabe establecer. Para ello parte la resolución impugnada, como hizo el informe que asume totalmente, de equiparar coparentalidad a permanencia preferente de la menor bajo el cuidado personal de uno de los progenitores en los momentos en que el otro no pudiera hacerse cargo por motivos laborales. Y, bajo el prisma de la definición de coparentalidad entendida como custodia de presencia física, considera que la madre

está en situación de desempleo, mientras que el padre tiene trabajo de turnos variables, de modo que debe concluir, necesariamente, que sólo la madre puede atender a la coparentalidad definida como presencia física.

Ninguna objeción procedía hacer, desde el punto de vista jurídico que ahora interesa, respecto de las referencias que antes ya se indicaron sobre situación mental, aptitud, estado anímico o sentimientos de los progenitores e hija contenidas en el informe que la sentencia hizo propio al concretar los hechos probados. Esta ausencia de reparos no cabe, sin embargo, sostenerla al tiempo de determinar, en aplicación de la ley, cuál debe concluirse como régimen a establecer, porque al resolver en términos jurídicos el informe pericial seguirá siendo de trascendental importancia, pero ahora, junto con lo constatado por la perito, incide en la decisión la previsión legal establecida, que no corresponde al psicólogo valorar, sino al Tribunal.

Al respecto, debe recordarse que el informe pericial no partió al fijar sus conclusiones, ni tampoco la sentencia recurrida al hacerlo propio, de la regulación legalmente establecida y antes citada. Uno y otra abordaron la cuestión desde el prisma previo de que la coparentalidad se realiza si el menor está en compañía de uno de sus progenitores, cuando la norma no parte de que tal concreción de la coparentalidad, pues el artículo 80.2 del CDFA da lugar a su realización mediante la custodia compartida. Al partir de entender la concreción de la coparentalidad como custodia física, la sentencia recurrida valoró únicamente el factor de conciliación de vida laboral y familiar previsto en el artículo 80.2, pues sólo los hechos de que el padre trabajara mediante sistema de turnos y la madre no tuviera actividad laboral fueron los determinantes de la excepción del régimen de custodia compartida. En cambio, que-

daron excluidos de la formación de la decisión final otros elementos recogidos en la norma, y esenciales, como lo son los citados en la propia sentencia, de correcta aptitud de padre y madre, su buena disposición, la adecuada relación afectiva que ambos tienen con la hija, la inexistencia de disparidad en el modo de educación que emplean, o el arraigo social y familiar existente.

CUARTO.- En resumen, por tanto, la única cuestión que podría en este caso haber dado lugar a excepcionar la custodia compartida es el hecho de que los turnos variables del padre pueden dificultar la convivencia física de él con la hija. Y esta circunstancia, por sí sola, no tiene la relevancia que se la da en contra del régimen de custodia compartida, entendida como la forma legalmente prevista como modo de asegurar la coparentalidad. Menos aún cuando, frente al posible inconveniente del trabajo del padre, la propia sentencia resalta la inexistencia de cualquier otro factor de los que pudieran presentar relevancia como contrarios a la custodia compartida, puesto que ambos progenitores son aptos para el cuidado de la menor, las relaciones entre ellos son correctas, y la niña tiene lazos afectivos y familiares adecuados con los dos.

En consecuencia, no fue ajustada a la previsión del artículo 80.2 la decisión ahora recurrida de excluir la custodia compartida, por lo que procede estimar el recurso y casar la sentencia impugnada, que queda sin efecto.

QUINTO.- Casada la sentencia, asume este Tribunal la función de juzgador de instancia. El informe pericial ya tratado no puso objeción especial al concreto modo de ejercicio de custodia compartida que proponía el demandante. Tampoco la parte demandada formuló motivo de oposición a él. Y de oficio no se observa que pue-

da existir razón para la modificación de lo solicitado. Por ello, será el acordado.

Respecto de la fijación de pensión de alimentos de la hija, consta en las actuaciones que la madre se encuentra en situación de desempleo, mientras que el padre tiene trabajo remunerado y estable. Esta situación puede dar lugar a una asimétrica situación respecto de las debidas atenciones que la niña necesita, pues puede verse sujeta a claras diferencias de atención económica de sus necesidades según esté con el padre o con la madre. Además, en el régimen de custodia compartida que se establece, la madre permanece en custodia directa de la menor más tiempo que el padre. En consecuencia, no es aceptable la pretensión del actor de que no se establezca pensión de alimentos a favor de la niña, sino que se considera como ajustada a la situación económica de uno y otro progenitor y para las necesidades de la hija la cantidad de 150 euros, actualizables anualmente conforme al IPC, que el padre deberá abonar mensualmente para atención de gastos ordinarios. Los extraordinarios, si son necesarios, se abonarán por partes iguales y, si son voluntarios, por el progenitor que decida hacerlos.

SEXTO.- La estimación del recurso de casación que tiene lugar conlleva la no imposición de las costas causadas con su tramitación, por imperativo del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y estimada sólo parcialmente la demanda, no procede hacer expresa imposición de las causadas en la instancia, en virtud de lo establecido en el artículo 394 de la misma norma.

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 pro-

cesal de don Diego M. O., contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza el día 25 de noviembre de 2014 que casamos, dejándola sin efecto.

SEGUNDO: En su lugar acordamos que, estimando parcialmente la demanda de modificación de medidas presentada por el recurrente ya citado respecto de las acordadas inicialmente por sentencia del día 22 de septiembre de 2011, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Zaragoza, en lo sucesivo, y salvo acuerdo de los progenitores, las relaciones familiares entre los demandantes y su hija menor se regirán por las siguientes medidas:

- La hija permanecerá con el padre los lunes y los martes de cada semana. El padre la recogerá en el centro escolar (o preescolar) cada lunes a la salida del colegio y la llevará el miércoles por la mañana al Centro escolar (o preescolar); en períodos no lectivos la recogida tendrá lugar el lunes antes de las 10 de la mañana en el domicilio materno, y la entrega se hará en el mismo lugar el miércoles antes de las 10 de la mañana.

- Permanecerá con la madre desde el miércoles hasta el lunes por la mañana, salvo los fines de semana en que el padre tenga el derecho de tenerla consigo, según se dice más adelante. La madre la recogerá el miércoles a la salida del colegio; en períodos no lectivos, la llevará el padre al domicilio materno el miércoles a las 20 horas.

- El padre tendrá derecho a la guarda y custodia de la niña, además, durante fines de semana alternos, desde el viernes por la tarde (salida del colegio o las 17 horas en el domicilio materno). El fin de semana que, según lo dicho, le corresponda a D. Diego M. estar con su hija, ya no le devolverá al domicilio materno dado que los lunes y martes son días cuya responsabilidad de guarda y custodia corresponde al padre.

- El primer año, las vacaciones de Semana Santa corresponderán por entero a la madre, y las Fiestas del Pilar al padre, intercambiándose cada año el orden anterior, y así sucesivamente.

En cuanto a las vacaciones de Navidad, se dividirán en dos periodos iguales: desde las vacaciones escolares, hasta el 30 de diciembre el primero; y desde el 31 de diciembre hasta la vuelta al colegio el segundo, eligiendo el padre cuál disfruta en los años impares y la madre los pares.

Las vacaciones de verano –meses de julio y agosto– se repartirán en cuatro periodos iguales de quince días cada uno que disfrutarán de modo alterno con la niña cada uno de los dos progenitores.

Durante los periodos de vacaciones descritos, no habrá régimen de visitas para el otro progenitor, ni se cumplirá el régimen ordinario de guarda y custodia.

- Ambos progenitores tendrán siempre libre comunicación con la hija, siempre que ello no suponga interferir en el normal desenvolvimiento de la vida familiar del guardador en ese momento.

Por su parte, el resto de familiares de menor –abuelos, tíos, primos...– tendrán acceso a la niña durante el tiempo que por turno de custodia o régimen de visitas les corresponda en razón del vínculo materno o paterno que les una a la menor, y siempre bajo la exclusiva decisión del progenitor que en esos momentos lo tenga bajo su cargo. En cualquier caso se abstendrán los familiares de interferir en los regímenes de custodia y visitas establecidos, si bien tendrán derecho a la libre comunicación con la niña siempre que no perjudiquen el normal horario de Lydia.

- En concepto de alimentos de la hija menor, el padre abonará a la madre la cantidad mensual de 150 €, actualizable anual-

mente conforme al Índice de Precios al Consumo.

- Los gastos extraordinarios que cause la hija serán abonados por ambos progenitores a partes iguales si son necesarios, e íntegramente por el que los decida si son voluntarios.

TERCERO: No se hace expresa imposición de las costas causadas en la 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.

Devuelvase al recurrente el depósito que constituyó.

Se pone en conocimiento de las partes que contra esta sentencia no cabe recurso alguno.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, anunciando Voto Particular el Magistrado Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO

ILMO. SR. D. JAVIER SEOANE PRADO

Con absoluto respeto a la decisión de la mayoría, lamento tener que formular voto particular al amparo de lo prevenido en el artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que baso en las razones de discrepancia que expongo a continuación.

Acepto el encabezamiento y los antecedentes de hecho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Dos son las razones que me llevan a discrepar de la decisión mayo-

ritaria. La primera porque contradice la doctrina constante de esta Sala que requiere en los procedimientos de modificación de medidas la plena acreditación de una alteración relevante y estable de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para la adopción de las adoptadas en un procedimiento anterior. La segunda, una vez más, por que entra a decidir el caso como si se tratara de una nueva instancia, contradiciendo en el presente caso, además, el criterio sustentado en las dos instancias y del Ministerio Fiscal.

SEGUNDO.- Por lo que se refiere a la primera cuestión.

La modificación de medidas previamente adoptadas en sentencia exige un cambio sustancial y duradero de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento en que lo fueron, según resulta de lo dispuesto en el art. 775 LEC, y 79.5 CDFA, que se corresponde con el ar. 91 CC.

Como dijimos en la sentencia nº 18/2014, de 23 de mayo, en Recurso de Casación nº 3/2014:

«De acuerdo con el art. 79.5 CDFA:

Las medidas aprobadas judicialmente podrán ser modificadas cuando concurren causas o circunstancias relevantes. En particular, cuando se haya acordado la custodia individual en atención a la edad del hijo o hija menor, se revisará el régimen de custodia en el plazo fijado en la propia sentencia, a fin de plantear la conveniencia de un régimen de custodia compartida».

El precepto tiene su correspondencia en el art. 91 del CC, en el que, tras indicar la obligación del juez de determinar, en defecto de pacto, las medidas que hayan de sustituir a las provisionalmente adoptadas en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, dispone que:

«Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias»

En atención a esta regulación, los tribunales han venido estableciendo como doctrina la de que, para que la acción de modificación pueda ser acogida judicialmente, es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) Que se haya producido, con posterioridad a dictarse la resolución judicial que la sancionó, un cambio en la situación fáctica que determinó la medida que se intenta modificar.

b) Que dicha modificación o alteración, sea sustancial, esto es que afecte al núcleo de la medida, y no a circunstancias meramente accesorias o periféricas. Que haga suponer que de haber existido al momento del divorcio se habrían adoptado medidas distintas.

c) Que tal cambio sea estable o duradero, con carácter de permanencia, y no meramente ocasional o coyuntural, o esporádica.

d) Que la repetida alteración sea imprevista, o imprevisible y, por ende, ajena a la voluntad de quien entabla la acción de modificación, por lo que no puede ser buscado de propósito, por quien interesa la modificación para obtener unas medidas que le resulten más beneficiosas.

Son exponentes de esta doctrina las SS AP Madrid, Sec. 22.ª, 28/2014, de 14 de enero; AP Pontevedra, Vigo, Sec. 6.ª, 99/2014, de 18 de febrero; AP Cádiz, Sec. 5.ª, 600/2013, de 13 de diciembre; o AP A Coruña, Sec. 4.ª, 48/2013, de 13 de febrero; doctrina de la que se ha hecho eco la AP de Zaragoza en sentencias como la SAP Zaragoza, Sec. 2.ª, 400/2013, de 23 de julio, o la que ahora es objeto del recurso que estudiamos.

En estas últimas sentencias se dice:

«La modificación de las medidas (Arts. 90, 91 y 100 del Código Civil) ya fijadas en anteriores procesos matrimoniales requiere de una alteración de circunstancias, que para que sean tenidas en cuenta, han de revestir de una serie de características, como que sean trascendentes y no

de escasa o relativa importancia, que se trate de una modificación permanente o duradera y no aleatoria o coyuntural, que no sea imputable a la propia voluntad de quien solicita la modificación ni preconstituida y que sea anterior y no haya sido prevista por los cónyuges o el Juzgador en el momento en que las medidas fueran establecidas. Correspondiendo la carga de la prueba a la parte que propone la revisión de las medidas (Artº. 217 L.E.C.). Igualmente el artículo 79, nº 5 del Código de Derecho Foral de Aragón, indica que las medidas aprobadas judicialmente podrán ser modificadas cuando concurren causas o circunstancias relevantes».

Como ha sido señalado, la exigencia de la alteración sustancial de circunstancias como presupuesto de la modificación de las medidas adoptadas en un precedente proceso matrimonial tiene por fin evitar una serie interminable de procesos de revisión de medidas ya acordadas con quiebra del principio de seguridad jurídica que se produciría de no ser así (SAP de A Coruña, sec. 4ª, nº 379/2012, de 27 de septiembre).

En el caso, la sentencia de primera instancia señala que no ha tenido lugar una alteración de circunstancias que permita la modificación del régimen de guarda ahora en liza. Tampoco la sentencia de apelación menciona que haya ocurrido tal cambio habilitante de la modificación que se pretende, sino que procede como si se tratara de decidir la custodia por primera vez.

La falta de tal presupuesto fue puesto en evidencia por la parte recurrida en las dos instancias de pleno conocimiento, pues así lo hizo en su escrito de contestación a la demanda y en el de oposición a la apelación, única forma en que podía haberlo dada su condición de vencedora. No lo reitera en el recurso de casación porque se hallaba constreñida por el ámbito de los motivos hechos valer por la parte contraria y el carácter excepcional de este recurso.

Pese a la insistencia de la parte, y que la sala repara en ese presupuesto, la opinión

mayoritaria pasa de puntillas sobre la cuestión, blandiendo como excusa que la sentencia de apelación –pese a doctrina sentada en la STC nº 73/2009– no entra a cuestionarse si había existido cambio relevante o no de circunstancias, cuando sí lo había hecho el juez de primera instancia que concluye que es de apreciar cambio relevante de circunstancias y lo reiteraba la parte en la segunda instancia.

La falta de tal presupuesto para poder dar lugar a la modificación pretendida impedía volver sobre las medidas acordadas, por lo que su mantenimiento en lo sustancial no puede dar lugar a la infracción que se pretende del art. 80.2 CC por no haber respetado el criterio de custodia establecido en dicha norma.

TERCERO.- Por lo que se refiere a la segunda razón de mi discrepancia.

De nuevo he de manifestar mi desacuerdo con el parecer mayoritario de la sala que en estos casos de custodia compartida acomete la decisión del caso pasando por alto la valoración del interés del menor que en el caso concreto realizan los juzgadores de instancia.

Al efecto ya he dicho en otras ocasiones, con criterio que ahora reitero, que el interés superior de menor es la guía para decidir toda medida que pueda afectarle, entre las que se encuentran las relativas a su guarda y custodia. Así ha sido indicado por esta Sala, entre otras, en SSTJA 8 y 10/2011, de 13 de julio y 30 de septiembre, en recta interpretación de la normativa aplicable, entre la que destaca como específico para los procesos de ruptura de la convivencia familiar el art. 76.2 CDFA, conforme al que:

«Toda decisión, resolución o medida que afecte a los hijos menores de edad se adoptará en atención al beneficio e interés de los mismos».

Otras normas que recogen este principio son los arts. 3.3.a) y c), 4, 13, 21, 46.i) de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón; el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989; la recomendación 14 de la Carta Europea de los Derechos de la Infancia, de 21 de septiembre de 1992; el artículo 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; o, en fin, el artículo 11.2 de la Ley Orgánica de Protección del Menor de 15 de enero de 1996.

Asimismo se recoge el interés del menor como el superior a satisfacer en toda decisión que le afecte en el art. 33 de los *«principios de derecho europeo de familia relativos a la responsabilidad parental»* aprobado por la Comisión para el Derecho europeo de familia en marzo de 2007; apartado 3 de la Declaración de Washington sobre la Reubicación Internacional de Familias, de marzo de 2010, y, por citar el último documento al respecto, el Instrumento de Ratificación publicado en el BOE de 21 de febrero de 2015 del Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho Estrasburgo el 25 de enero de 1996.

La STC 141/2000, de 29 mayo, lo califica como *«estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional»*, y destaca como relevantes a estos efectos la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 1989, ratificada por España en 1990, la Carta europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo y la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor. (en parecidos términos SSTC 298/1993, 187/1996, y ATC 28/2001, de 1 febrero).

También pueden ser citadas en apoyo de la consideración del interés del menor como superior criterio de decisión las SSTJUE dictadas en los asuntos C 211/10 PPU y C 403/09 PPU, y el TEDH en los ca-

sos RAHIMI c. GRÈCE y LYUBENOVA c. BULGARIE.

Asimismo, el TS lo ha recogido en multitud de resoluciones, como las nº 87/2012, 323/2012, 800/2011, 614/2009 o 565/2009.

Tal principio es de orden público y aplicable a toda ruptura de la convivencia de los progenitores, cualquiera que sea el derecho personal que resulte aplicable, por lo que no es dable entender que una norma de derecho civil autonómica pueda alterar la jerarquía de valores que establece.

CUARTO.- Ocurre que el interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado que ha de ser integrado en cada caso concreto.

El legislador aragonés, a diferencia de otros sistemas legales que confían por completo al juez la definición de lo que ha de entenderse por interés del menor, y omiten toda indicación para concretarlo, opta por establecer unos factores a que ha de atender el juez a la hora de decidir sobre qué sistema de custodia de la prole común menor de edad satisface de mejor modo el interés de ésta tras la ruptura de la pareja formada por los progenitores.

Comparto la opinión mayoritaria de que el art. 80 CDFA considera que, con carácter general, la custodia compartida es el sistema idóneo con el que satisfacer el interés del menor, pero ello no implica sino la posición de partida en la que se ha de situar el juzgador a la hora de decidir el sistema más conveniente en el caso concreto. No significa, sin embargo, una jerarquía de este sistema sobre los demás posibles que desvíe al juez del interés superior del menor como única guía a la hora de decidir el caso concreto, y menos supedita la observancia de tal principio a ninguna otra consideración, como pudiera ser la defensa de la particularidad de la norma aragonesa.

Como resulta del mismo precepto, el juez aragonés, como el de derecho común, ha de optar por un sistema diferente al de la custodia compartida cuando las circunstancias del caso evidencien que aquél interés lo exige, a cuyo fin se establece una lista abierta y no jerarquizada de factores a los que ha de atender el juzgador para determinar si, en el caso concreto que decide, es el sistema preferente el que mejor se acomoda al interés del menor.

Ello supone la concesión de un margen de discrecionalidad cuyo ejercicio corresponde a los tribunales de instancia, y que no tiene otro límite que la observancia de los criterios señalados en la norma, y la exigencia de una motivación fundada en ellos que no implique una abierta infracción del mandato legal, que no es otro que el que la decisión sea tomada en interés del menor.

Esto es, la norma aragonesa pone al juez en la situación de partida de considerar que la custodia compartida es la que mejor atiende a las necesidades de menor a la hora de tomar la decisión sobre qué sistema se conviene mejor con las circunstancias del caso concreto, pero ello en modo alguno implica que no corresponda al juez decidir porque el legislador aragonés lo haya hecho por él, como podría concluirse de la opinión mayoritaria cuando dice en el fundamento de derecho n° 2:

«No se está, por tanto, en la situación del derecho común, en donde corresponde al Juez decidir, prima facie, entre un sistema u otro de custodia, según lo aconseje en cada caso el interés del menor. En Aragón, la decisión primigenia sobre el régimen de custodia aplicable la ha tomado el legislador, en el sentido indicado, de ordenar la fijación del régimen de custodia compartida.

A partir de tal definición legal sobre cuál sea el sistema de custodia a seguir, la norma previene la posibilidad de que, por vía de excepción, en atención a los criterios que en ella misma se establecen, pueda fijarse por la autoridad judicial

un régimen de custodia distinto de la compartida. Así, el mismo artículo 80.2, tras ordenar que se estará a la custodia compartida de modo preferente, prevé la salvedad de que «la custodia individual sea la más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares, que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a los siguientes factores (...)».

Los sistemas diferentes a la custodia compartida no son, por tanto, ninguna excepción, como tampoco lo es este sistema en el derecho común respecto de la custodia individual, como se ha encargado de señalar el TS en S n° 579/2011, de 22 de julio, sino el régimen normal a seguir cuando así lo exijan las circunstancias del caso.

QUINTO La opinión mayoritaria justifica la facultad de revisión en casación de la decisión tomada por la sala de apelación en la dicotomía cuestión de hecho cuestión de derecho y su significado en la labor de subsunción de los hechos en la norma jurídica aplicable, especialmente en el fundamento de derecho tercero de la sentencia. Sin embargo, creo que el enfoque adecuado no éste, sino el de la posibilidad de control de la facultades discrecionales que la ley otorga a los tribunales de instancia para decidir el caso concreto.

Es constante la doctrina jurisprudencial que limita el ámbito del recurso de casación a su función nomofiláctica, de tal forma que considera ajeno al mismo el control de las decisiones adoptadas dentro de los márgenes de discrecionalidad que el legislador confiere a los tribunales para llevar a cabo el juicio de valor del que depende la decisión del caso concreto.

Así lo ha entendido este Tribunal en SS n° 32/2012 (contribución a gastos de los hijos) o 903/2005 (decisión sobre la vivienda).

En particular, y por lo que se refiere a las medidas relativas a la custodia de los menores, el Tribunal Supremo ha dicho (S

614/2009 de 28 septiembre) que, establecido que el interés del menor el criterio legal de decisión:

«el problema procesal se plantea en torno al órgano que debe apreciar dicho interés, porque como señala la doctrina más autorizada, en esta cuestión, la discusión sobre si se ha aplicado o no la norma fundando la decisión en el interés del menor tiene aspectos casacionales, mientras que la delimitación de la realidad que determina en cada caso concreto cuál es el interés del menor, no los tendrá. Este Tribunal ha considerado que por tratarse de una facultad discrecional del juzgador, en el segundo aspecto no cabe impugnación casacional, a menos que en las actuaciones figuren «esas graves circunstancias que aconsejen otra cosa».

En parecidos términos se pronuncian las SS n° 228/2010, la n° 578/2011, o la n° 373/2013, de 31 de enero de 2013.

No lejos de tal planteamiento se encuentra este TSJ, en cuanto destaca el componente valorativo de la prueba y establece el necesario razonamiento como requisito de la sentencia que se aparte de la preferencia legal. Así en la S n° 36/2013, de 18 de julio, con cita de otra muchas que la preceden:

«d) La adopción de la custodia individual exigirá una atenta valoración de la prueba que así lo acredite –la conveniencia para el menor– frente al criterio preferente de la custodia compartida, al que el precepto legal otorga tal preferencia en interés de los hijos menores (Sentencia de 15 de diciembre de 2011).

Para adoptar la decisión, en cada caso, será relevante la prueba practicada, especialmente los informes psicosociales –art. 80.3 CDFA– obrantes en autos, y la opinión de los hijos menores, cuando tengan suficiente juicio –art. 80.2 c) CDFA–.

Por último, el Tribunal que acuerde apartarse del sistema preferentemente es-

tablecido por el legislador debe razonar suficientemente la decisión adoptada».

Esto es, lo que corresponde al recurso de casación en velar porque la resolución recurrida haya tenido como norte el interés del menor fijado en la ley, no cualquier otra consideración.

SEXTO.- Aún cuando ello no se entendiera así, no es cierto que la sentencia de primer grado se aparte injustificadamente del criterio legal a favor de la custodia compartida establecido en el art. 80.2 CDFA, pues da las razones de ello cuando señala que:

«En muchas ocasiones los horarios de los padres no se juzgan concluyentes para descartar la custodia compartida y así, no parece que el caso del turno de mañana del Sr. M. la cobertura por tercero de las primeras rutinas de día debiese ser un obstáculo decisivo para el establecimiento de la custodia compartida; pero se entiende diferente el caso de los turnos de tarde, en los que habría de ser ese tercero quien recogiese a la niña del colegio y permaneciese con ella hasta la salida del padre de su trabajo a las 22 horas. Sin que parezca solución atendible un reparto diferente, con entrada en juego de la Sra. R., la madre, pues las alternativas en tal caso, habida cuenta de la distancia entre domicilios, deben ser descartadas por perturbadoras para la deseable estabilidad y normalidad en la vida de la menor. Por otro lado, la medida precisa para cuando el padre tenga turnos de tarde –que lleve a la hija al colegio todas las mañanas– servirá á a los fines que el Juez contempla, con beneficiosa incidencia en el problema del absentismo escolar que la Sra. R. ha favorecido y deberá evitar».

Razones que no son otras que la posibilidad de conciliar la vida familiar y la laboral, que es precisamente uno de los factores señalados en el art. 80.2.e CDFA, que son suficientes para eludir el criterio legal cuya desatención se erige como único motivo de casación, tal y como ha señalado esta Sala en Sentencias como la n° 38/2013,

de 31 de julio, en la que decíamos que la atribución de guarda individual que el caso se combatía *«no contraviene en modo alguno el art. 80.2 CDFA, porque la misma se infiere en la instancia a partir de los distintos horarios laborales de los progenitores –art. 80.2.e) CDFA–»*.

Por lo demás, no es cierto que como sostiene la recurrente el informe pericial practicado en el presente proceso concluya a favor del sistema de custodia compartida, sino que por el contrario, como señala la sentencia instancia, dicho informe coincide con el practicado en el anterior proceso en que sin perjuicio de una mayor presencia del padre en la vida de la menor, afirma que esta debe seguir pernoctando con la madre, sin perjuicio del régimen de visitas establecido. Y los informes de los peritos es otro de los factores que ha de ser examinado para decidir sobre el sistema de guarda de acuerdo con el art. 80.3 CDFA.

SÉPTIMO.- Las costas del recurso se rigen por el art. 398 LEC, pero la naturaleza de los intereses en juego y la dificultad casuística que presenta la cuestión aconsejan no hacer aplicación del estricto criterio del vencimiento objetivo.

El depósito para recurrir se rige por la DA 15 LOPJ.

En consecuencia con todo lo dicho, a mi parecer el FALLO debía haber tenido el siguiente contenido:

FALLAMOS

1. Desestimar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 25 de noviembre en el rollo nº 192/2014, que confirmamos.

2. No hacemos imposición de las costas del recurso.

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

Contra la presente resolución no cabe recurso.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos en Zaragoza a seis de abril de dos mil quince.

NÚM. 12

S. TSJA12/2015 de 7 de abril de 2015

69: PAREJAS ESTABLES NO CASADAS: DERECHOS EN CASO DE FALLECIMIENTO DE UNO DE LOS CONVIVIENTES: Residir en la vivienda habitual durante un año: La sentencia interpreta el art. 311 CDFA, dentro del entorno en que surge la Ley 6/1999. Fue añadido en el trámite parlamentario. El legislador aragonés, tanto en la Ley de sucesiones como en la de parejas estables no casadas, optó por no otorgar a la pareja no matrimonial derecho hereditario alguno. Los derechos del art. 311 CDFA se derivan de la misma constitución de la unión estable extramatrimonial (como las ventajas del cónyuge viudo, cuya naturaleza y finalidad comparten) y deben ser referidos únicamente a los bienes existentes en la pareja al tiempo del fallecimiento, y no a los de terceros. Lo que excluye toda posibilidad de que el supérstite tenga un mejor título de ocupación de la vivienda que el existente antes de la extinción de la pareja. Si la ocupación de la vivienda era en precario, fallecido aquél a quien se le consentía el uso, el otro no puede pretender ostentar derecho para continuar en ella que pueda ser opuesto con éxito a la acción de desahucio por precario.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 311 CDFA.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso de casación que D^a Virginia formula contra la sentencia que desestimó la apelación que interpuso contra la de primera instancia que dio lugar al desahucio que contra ella dedujeron D^a Ramona y D^a Evangelina en nombre y representación de su madre, D^a Brigida, para la recuperación posesoria de la finca sita en el Paseo 000, núm. 000-001, de Zaragoza se funda en único motivo: la infracción del art. 311 CDFA.

Como antecedentes necesarios para centrar la cuestión debatida es preciso señalar que: 1) no es discutido que la vivienda en cuestión pertenece en plena propiedad y en una mitad indivisa a la actora, quien a su vez ostenta el usufructo de la otra mitad de la que son nudo-propietarias sus mencionadas hijas; 2) la madre permitió en su día que su hijo D. Germán y su familia ocuparan el piso sin exigirles por ello pago de renta o contraprestación de ningún tipo; 3) que el día 11 de enero de 2014 la actora tuvo conocimiento de que su hijo convivía en el piso núm. 001, con D^a Virginia; 4) que, fallecido D. Germán el día 12 de enero de 2014, su compañera se negó a abandonar la vivienda cuando fue requerida para ello por la propietaria y usufructuaria, afirmando que tenía derecho a continuar ocupándolo como pareja sentimental del difunto.

Deducida demanda de precario, la sentencia de primer grado rechazó la excepción de cuestión compleja opuesta por la demandada, concluyó que la ocupación lo era a título de precario por falta de otro que le confiriera derecho a ella, y que no era de aplicación al caso lo previsto en el art. 311 CDFA alegado por la demandada, como superstite de la pareja que la ocupaba, para sostener su derecho a mantenerse en la vivienda por tiempo de un año. Como consecuencia de todo ello dio lugar al desahucio.

La demandada recurrió en apelación con el único argumento de que había sido infringido el art. 311 CDFA, que entendía plenamente aplicable al caso, y la sección 4^a de la AP de Zaragoza dictó la sentencia que ahora se combate en casación, en la que daba la siguiente respuesta a la argumentación que sustentaba la apelación:

«SEGUNDO.- El motivo no se acoge. En efecto el art. 311.2 CDFA no puede entenderse en el sentido de generar un título y derecho del que carecía el miembro de la pareja fallecido. El derecho al uso temporal de un año se debe sustentar en el mismo derecho que se correspondía al premuerto, de manera que no puede alcanzarse la paradójica conclusión de hacer de mejor condición al sobreviviente que al premuerto cuando la posesión de la vivienda familiar se asentaba en razón, causa o título que atañía al premuerto.»

SEGUNDO.- Como primer motivo de oposición al recurso de casación, la recurrida sostiene, al amparo del art. 485 LEC, que concurren dos causas de inadmisibilidad, que este tribunal no apreció en su momento:

1) Falta de indicación de la modalidad de recurso de casación que se interpone.

2) Falta de interés legítimo de la recurrente por carencia sobrevenida de objeto, en tanto que desde el fallecimiento hasta la interposición del recurso habría transcurrido ya el año de ocupación a que afirma tener derecho.

La dinámica del recurso exige resolver en primer lugar las causas de inadmisibilidad alegadas.

TERCERO.- En lo que concierne a la primera de ellas, no es cierto que la recurrente haya omitido indicar la vía casacional emprendida, en tanto sostiene en justificación de los requisitos legales del recurso, si

bien con parquedad y evidente error mecánográfico, que:

«La sentencia cuya casación se pretende, está incluida, como susceptible de recurso de casación del art. 477.1 LEC, artículo 2.23 [sic] de la Ley de Casación Foral Aragonesa, por infracción del art. 311 CDFA que en caso de fallecimiento de uno de los convivientes, otorga al superviviente del derecho de residir gratuitamente en la vivienda habitual, independientemente de los derechos hereditarios».

El anterior párrafo dice sin ninguna duda que la vía utilizada es la de interés casacional porque la norma de aplicación tiene una vigencia menor de cinco años, de acuerdo con los arts. 2.2 y 3 L 4/2005 de 14 junio, de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre casación foral aragonesa conforme a los que:

«Artículo 2. Resoluciones recurribles en casación

Serán recurribles las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales:

...

2. En los demás casos, cuando la resolución del recurso presente interés casacional. El interés casacional podrá invocarse aunque la determinación del procedimiento se hubiese hecho en razón de la cuantía.

Artículo 3. El interés casacional

Se considerará que un recurso presenta interés casacional en los siguientes casos:

3. Cuando la sentencia recurrida aplique normas del Derecho civil aragonés que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que no exista doctrina jurisprudencial relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.»

El patente error material de cita no puede impedir la admisión del recurso interpuesto, salvo con una rigurosa interpreta-

ción de las normas de enjuiciamiento contraria a los principios que deben regir el entendimiento de los requisitos procesales bajo la óptica de la tutela judicial efectiva.

Esta causa de inadmisibilidad ha de ser rechazada por tanto.

CUARTA .- Igual suerte merece el segundo de los obstáculos a la admisión del recurso que se hacen valer en el escrito de oposición.

Arguye la parte que ha desaparecido el interés en la continuación del proceso porque ha transcurrido ya el año por el que se habría de reconocer el derecho de ocupación que sostiene D^a Virginia como motivo de oposición a la demanda de recuperación posesoria formulada contra ella.

Contra tal razonamiento ha de ser observado que de acuerdo con el art. 413 LEC el cambio de circunstancias durante el proceso no se ha de tener en cuenta en la sentencia salvo que supongan la privación definitiva del interés legítimo de las pretensiones deducidas en él, por haber sido satisfechas extraprocesalmente o por cualquier otra causa, en cuyo caso habrá de estarse al art. 22 LEC. Esto es, la pérdida de objeto no supone una causa de inadmisión del recurso, sino una causa de terminación anormal del proceso de acuerdo con el art. 22 LEC, cuyo trámite ha sido obviado por la parte que ahora lo hace valer.

La falta de interés legítimo podría implicar la falta del gravamen que otorga legitimación al recurrente, lo que sí es un presupuesto para todo recurso, de acuerdo con el art. 448 LEC y la constante jurisprudencia que lo interpreta (STC 157/2003, o STS 58/2000 o 581/2006), pero tampoco por ello puede ser apreciada causa de inadmisibilidad alguna en el presente caso, en tanto que la cuestión de si la demandada ocupó la vivienda durante el tiempo posterior al fallecimiento de D. Germán con de-

recho o sin él no parece en modo alguno carente de interés para la recurrente.

QUINTO.- Rechazadas las causas de inadmisibilidad alegadas, y partiendo de que no es cuestionado en el recurso la existencia de una pareja de hecho constituida entre la recurrente y D. Germán de la que las sentencias de ambas instancias parten en su razonamiento, procede entrar en el único motivo de casación hecho valer, que afirma infracción por no aplicación del art. 311 CDFA.

Frente al razonamiento ya expuesto de la AP, que, siguiendo la misma línea que el que sirve de fundamento al juez de primera instancia, excluye toda posibilidad que la supérstite tenga un mejor título de ocupación de la vivienda que el existente antes del óbito de su pareja, de tal modo que si éste era el de precario, precario habría de ser el suyo, la recurrente sostiene que la claridad del precepto no ofrece ninguna duda, y que no somete el derecho de continuar en la vivienda común a ninguna condición relativa a su titularidad.

A tal efecto pregunta la recurrente *«¿Dónde dice el Código de Derecho Foral Aragonés que el uso temporal de un año se sustente en el mismo derecho que correspondía al premuerto?»*; y para hacer frente a la cita de las STS de 14 de octubre de 2014 y 6 de octubre de 2011 sobre la que la sentencia apelada arguye la imposibilidad de que el derecho de la supérstite sea de mejor condición que el del premuerto, pregunta *«¿desde cuándo el Tribunal Supremo ha aplicado o interpretado el Derecho Foral Aragonés?»*.

SEXTO.- De acuerdo con el art. 311 CDFA:

«Artículo 311. Derechos en caso de fallecimiento de uno de los convivientes.

1. En caso de fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, el supérstite tendrá derecho, cualquiera que sea el contenido de

la escritura de constitución, del testamento o de los pactos sucesorios, al mobiliario, útiles e instrumentos de trabajo que constituyan el ajuar de la vivienda habitual, con *exclusión solamente de las joyas u objetos artísticos de valor extraordinario o de los bienes de procedencia familiar*.

2. Asimismo, el supérstite podrá, independientemente de los derechos hereditarios que se le atribuyeran, residir gratuitamente en la vivienda habitual durante el plazo de un año.».

La interpretación de esta norma ha de ser llevada a cabo dentro del entorno en que surge, que no es otro que las distintas posturas adoptadas en orden al reconocimiento de efectos jurídicos civiles a las parejas extramatrimoniales, y la tensión generada entre estas normas y las que regulan los efectos de matrimonio, de modo que todo el debate legislativo se ha centrado en decidir en qué medida ambas realidades han de producir los mismos o diferentes efectos, y en especial los derivados de la extinción de la pareja, que fue el supuesto que más cuestiones había planteado ante los tribunales.

Alguna legislación las ha puesto en plano de igualdad, como ocurre con la DA Tercera de la L 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia; otras por el contrario no les reconocen efectos jurídicoprivados, pero la mayor parte de las normas que se han ocupado de su regulación han adoptado una posición intermedia, como ocurre con la legislación aragonesa desde la L 6/1999, de 26 de marzo, de la comunidad autónoma de Aragón, relativa a parejas estables no casadas en Aragón.

El precepto ahora en cuestión proviene del art. 9 L 6/1999, llamado a regular los derechos del supérstite en caso de que tal forma convivencia se extinga por fallecimiento de uno de sus miembros.

La proposición de ley que inició la tramitación parlamentaria de aquella ley no

incluía referencia alguna al derecho de ocupación que se invoca en el recurso. Su inclusión tuvo lugar en trámite parlamentario, en el curso del que algún grupo manifestó su disgusto porque no se contemplaran derechos sucesorios del conviviente supérstite, que fue puesto de manifestó en la discusión de la enmienda nº 32 presentada por el PAR al art. 8, que se ocupaba de los efectos patrimoniales de la ruptura de la pareja, y condujo a una redacción transaccional que incorporaba un art. 8.ter con el texto que en su día tuvo el art. 9 L 6/1999 y hoy el art. 311 CDFA, que, bajo la rúbrica que se debe al informe de la ponencia, incorporó la regulación de las consecuencias de la extinción de la unión extramatrimonial por causa de fallecimiento que la proposición de ley no contemplaba.

Así, el representante del grupo al que se debía la iniciativa decía en su defensa en el pleno en que fue definitivamente aprobada como ley:

«Finalmente, se regula también qué sucede en caso de fallecimiento de uno de los convivientes, donde explícitamente se establece que “el conviviente que haya sobrevivido tendrá derecho a residir gratuitamente en la vivienda habitual durante el plazo de un año, con independencia de los derechos hereditarios que se le atribuyan”».

A lo que el representante del grupo que reclamaba mayores derechos sucesorios contestó:

«Y el segundo aspecto al que me quería referir, señorías, es el de los derechos sucesorios. Efectivamente, no se otorgan derechos sucesorios. Acabamos de aprobar hace dos Plenos la Ley de Sucesiones, y todos convinimos en que era una ley muy importante. Pues bien, legislamos sobre nuestro derecho propio, pero luego no lo aplicamos a una figura nueva como es la de las parejas estables no casadas. Y digo que no se otorgan derechos sucesorios, salvo que alguien considere como decisivo, transcendental, importantísimo, el artículo 8 ter,

que desde luego no va a contar con nuestro apoyo, en el que se dice que lo que se concede es –y cito textualmente– “el mobiliario, útiles e instrumentos de trabajo que constituyan el ajuar de la vivienda habitual”. O que se considere como algo transcendental “residir gratuitamente en la vivienda habitual durante el plazo de un año”.»

SÉPTIMO.- La doctrina se ha encargado de diferenciar, de entre los derechos que corresponden al cónyuge viudo al fallecimiento del otro, aquellos que tienen por causa el fallecimiento –los derechos sucesorios– de los que surgen del matrimonio mismo y que se manifiestan en aquél momento, diferencia que ha sido acogida por la DGRN para salvaguardar el principio de unidad de la sucesión que rige el sistema de conflicto de leyes en España (SSTS 887/1996, Recurso 3524/1992; 849/2002 Recurso 976/1997) tras la reforma del art. 9 CC por la L 11/1990 cuando busca una solución armónica al problema que plantea desde entonces la interpretación conjunta de los arts. 9.2, 9.8 y 16.2 CC (RRDGRN de 11 de marzo y 18 de junio de 2003, y de 5 de febrero de 2005).

Entre los segundos se hallan las llamadas predetracciones o ventajas recogidas en el art. 1321 CC, y, en el derecho aragonés, el art. 57 de la Compilación, con contenido que pasó al art 84 L 2/2003, y a través de él al art. 266.2 CDFA, para el caso de que el matrimonio se extinga por muerte de uno de los cónyuges, que tienen como punto común el que los bienes y derechos sobre los que recaen han de ser descontados del lote del supérstite en la liquidación, y en todo caso del régimen de la sucesión del premuerto, lo que implica que han de referirse a bienes y derechos existentes en el matrimonio, y no de terceros.

OCTAVO.- Dicho todo lo anterior podemos continuar la averiguación del sentido que haya de ser dado al art. 311 CDFA.

Su objeto es regular los derechos atribuidos por ministerio de la ley al supérstite de la pareja extramatrimonial cuando su extinción se produce por fallecimiento del otro.

De entre los derechos que la ley atribuye al cónyuge viudo, el legislador aragonés optó por no otorgar a la pareja no matrimonial derecho hereditario alguno en la ley 1/1999, de sucesiones por causa de muerte [hoy del libro tercero del CDFA], que perseguía una regulación completa del mismo, pese a que tal formula de convivencia sí fue contemplada en la discusión de esta ley, en la que se presentaron sin éxito sendas enmiendas para incluirla dentro de la regulación de las causas de indignidad y de desheredación (enmiendas 36 y 319).

Siguió el mismo criterio en la L 6/1999, pues así se desprende de su tramitación, y de la marginación de todo derecho hereditario en los derechos que el hoy art. 311 CDFA atribuye a aquel de la pareja que sobrevive, como resulta de las expresiones «*cualquiera que sea el contenido..., del testamento o de los pactos sucesorios*» (párrafo 1º), e «*independientemente de los derechos hereditarios que se le atribuyeran*» (párrafo 2º).

Los derechos de que se trata se derivan, pues, de la constitución misma de la unión estable extramatrimonial, como ocurre las predetracciones y ventajas de que disfruta el cónyuge viudo, tienen la misma naturaleza que ellas y persiguen la misma finalidad de protección del supérstite, por lo que al igual que aquellas deben ser referidos únicamente a los bienes existentes en la pareja al tiempo del fallecimiento, y establecidos con el fin de excluirlos de la liquidación del haber común y de la sucesión del premuerto. En definitiva, lo que se pretende con la norma es dejar a salvo el derecho de ocupación anual de los derechos adquiridos por quienes suceden al fallecido, como claramente se desprende de la dicción legal.

Si esto es así, no cabe sino referir este derecho de prorrogar la ocupación de la vivienda común al derecho en virtud del cual ésta tenía lugar antes de la extinción de la pareja, del mismo modo que el derecho *al mobiliario, útiles e instrumentos de trabajo que constituyan el ajuar de la vivienda habitual* de que se ocupa el primer párrafo del precepto en cuestión ha de referirse a los existentes en la pareja antes de su desaparición, lo que excluye toda posibilidad de que el supérstite tenga un mejor título de ocupación de la vivienda que el existente antes de la extinción, como con toda razón arguyen las sentencias ambas instancias.

La propia mención a la herencia del difunto que contiene el precepto en sus dos párrafos abona esta idea, en cuanto pone el énfasis en ella con el fin excluir los derechos del supérstite del régimen a que pueda estar sujeta.

En consecuencia, si la ocupación de la vivienda se llevaba a cabo durante la convivencia sin título que diera derecho a ella, fenecido aquél a quien se le consentía, el otro no puede pretender ostentar derecho para continuarla que pueda ser opuesto con éxito a la acción de desahucio por precario a que se ha dado lugar en la instancia.

En conclusión, no es de apreciar la infracción por inaplicación del art. 311 CDFA que se denuncia en el motivo.

NOVENO.- las costas del recurso se rigen por el art. 398 LEC y el depósito para recurrir por la DA 15 LOPJ .

NÚM. 13

S. TSJA 13/2015 de 8 de mayo de 2015

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: RÉGIMEN DE VISITAS: Interés superior del

menor: La sentencia recurrida no vulnera el derecho del menor a un contacto regular con su padre que reconoce el art. 76.3.a) CDFA, pues la posibilidad de ese contacto no se ha eliminado. Lo deseable es, evidentemente, que los niños estén con sus progenitores el mayor tiempo posible. Ahora bien, el establecimiento de un régimen de visitas, inevitable en caso de custodia individual, debe hacerse en todo caso, tal como impone el art. 76.2 CDFA, atendiendo al superior interés del menor, que constituye el criterio preferente y rector en esta materia. Así se desprende de los documentos internacionales (que la sentencia cita), de las normas constitucionales (art. 39.4 CE) y de la normativa aragonesa (arts. 76.2 CDFA y 3.3.a y c, 13, 21, 46.i Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón). Así ha sido señalado también por el TC, el TS y el propio TSJ de Aragón (Ss 8 y 10/2011, de 13/7 y 30/9).

Ejercicio de la autoridad familiar: El art. 80.1 CDFA dispone que el régimen de visitas ha de garantizar el ejercicio de las funciones propias de la autoridad familiar. Tales funciones vienen relacionadas en el art. 65 CDFA. Pero es llano que el ejercicio de alguna de ellas, señaladamente la primera (tenerlos en su compañía) no puede tener la misma extensión en el caso de convivencia de ambos progenitores que en el de ruptura y, si no se acuerda la custodia compartida, también se ejercerá más limitadamente por el progenitor no custodio que por aquel con quien queden los hijos. En los casos en que no ha habido convivencia previa de los padres entre sí ni del niño con su padre, razones de prudencia indican la conveniencia de –al menos en una etapa inicial– no establecer un régimen de la amplitud que sería normal en otros casos. Por otro lado, la restricción del régimen de visitas no dificulta el ejercicio de otras funciones propias de la autoridad familiar (colaborar con el otro

padre, participar en la toma de decisiones fundamentales).

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 76.3.a) y 80.1 CDFA.

PONENTE: Ilma. Sra. D^a Carmen Samanes Ara.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia que estimó la demanda de reclamación de paternidad e impugnación de filiación matrimonial acordó, entre otros extremos, el establecimiento de un régimen de visitas a favor del actor –y ahora recurrente en casación– en virtud del cual éste podría comunicarse con su hijo en la sede del Punto de Encuentro ubicado en la calle Blasón Aragonés nº 6 de Zaragoza los miércoles, sábados y domingos, de 17 a 20 horas. Este régimen horario era el que se había pedido en el suplico de la demanda.

La codemandada Sra. V. apeló la sentencia en lo concerniente al régimen de visitas alegando que, habiendo trasladado su residencia y por tanto la del niño a Valderrobres (Teruel), lo dispuesto en la sentencia resultaba gravoso para el menor, dada la distancia entre dicha localidad y Zaragoza.

La sentencia de segunda instancia estimó el recurso de apelación, para lo que razonó así:

«En el caso de autos es claro que el viaje impuesto a un niño de tres años, durante tres días todas las semanas, de 140 km ida, y otros tantos de vuelta, uno de los días recién salido del colegio, altera de forma sustancial sus rutinas, hábitos y su vida cotidiana, sometiéndolo a un cansancio y alteración indeseables, impidiéndole incluso, disfrutar de un solo fin de semana tranquilo en su domicilio con su madre, y culminar su horario escolar.

En estas condiciones, debe aceptarse, dada la revisión de oficio que admite la materia que nos ocupa, trasladar el lugar de cumplimiento de las visitas al Punto de Encuentro de Alcañiz los miércoles alternos, en horario de 18 a 19,30 h, y establecer los sábados alternos en el Punto de Encuentro Familiar de Zaragoza de 11 a 13,30 h, de forma que una semana se ejercerán las visitas los miércoles y la siguiente el sábado en la forma referida».

SEGUNDO.- En el primero de los motivos de casación se invocan como infringidos los artículos 59 b), 60.1 y 76.3 a) del CDFA, y en el segundo los artículos 59, 76.3 b) y 80.1 del mismo cuerpo legal. Pese a esta cita plural de preceptos en cada uno de los motivos, la lectura del escrito de recurso revela que lo que la parte sostiene es que la modificación –que hace la sentencia de segunda instancia– del régimen de visitas conculca el derecho del menor a un contacto regular con su padre (artículo 76.3 a) y asimismo el del progenitor recurrente a un régimen de visitas que le garantice el ejercicio de las funciones propias de la autoridad familiar (artículo 80.1). De ahí que el recurrente interese, en uno y en otro motivo, el análisis conjunto de la pretendida infracción de preceptos que en cada uno de ellos se invocan.

TERCERO.- La sentencia recurrida no vulnera el derecho del menor a un contacto regular con su padre que reconoce el artículo 76.3.a), pues la posibilidad de ese contacto no se ha eliminado.

Lo deseable es, evidentemente, que los niños estén con sus progenitores el mayor tiempo posible. Ahora bien, el establecimiento de un régimen de visitas, inevitable en caso de custodia individual, debe hacerse en todo caso atendiendo al superior interés del menor, tal como impone la regla del apartado segundo del precepto citado. En efecto, en la adopción de decisiones sobre la materia que nos ocupa, ha de tener-

se en cuenta ese interés superior, que constituye el criterio preferente y rector en esta materia.

Así se desprende del art. 3.1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 44/25, de 20 noviembre 1989; del art. 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000; y del principio nº 15 de la Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo (DOCE núm. C.241 de 21 septiembre 1992), documentos internacionales todos ellos que deben considerarse asumidos por las normas constitucionales españolas sobre protección integral de la familia y de la infancia (art. 39.4 CE). En la normativa autonómica aragonesa recogen el principio, además del artículo 76.2 del CDFA, los 3.3.a) y c), 4, 13, 21, 46.i) de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón.

Ha señalado también nuestro Tribunal Constitucional que dicho principio constituye «un estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional» (STC 141/2000 de 29 de mayo) y un «criterio básico y preferente» en los procedimientos en materia de familia (ATC 127/1986 de 12 de febrero) que «debe inspirar la actuación jurisdiccional» (STC 217/2009 de 14 de diciembre) y que, en consecuencia, faculta al tribunal para resolver incluso «ex officio» sobre todo lo concerniente a los menores (STC 4/2001 de 15 de enero).

Así lo ha declarado también el Tribunal Supremo, para el que debe prevalecer «incluso por encima del de sus progenitores» (STS Sala 1ª de 9 de julio de 2003) y cuyas características de orden público lo convierten en un principio de necesaria observancia por jueces y tribunales (STS Sala 1ª de 28 de septiembre de 2009).

Y así, como no podría ser de otro modo, lo ha puesto de relieve en numerosas ocasiones esta misma Sala del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, entre otras, en SSTSJ 8 y 10/2011, de 13 de julio y 30 de septiembre.

CUARTO.- En el supuesto presente, y como señala el representante del Ministerio Fiscal, la modificación del régimen operada por dicha sentencia se justifica por una serie de circunstancias de hecho, según ha quedado recogido arriba: la edad del niño, sus horarios y, sobre todo, la distancia entre Valderrobres y Zaragoza. No es cierto, frente a lo que afirma el recurrente, que el régimen inicialmente establecido se haya restringido sin motivo ni causa, ni que se prive innecesariamente al niño de un contacto fluido con el padre. Mantener el sistema acordado en la primera instancia hubiera comportado imponer al niño hacer un recorrido de 280 km (entre ida y vuelta) tres veces por semana, lo que resulta sin duda muy gravoso para él. Es indudable, por tanto, que la modificación se ha hecho en su beneficio.

Ciertamente, la solución adoptada por la Audiencia es opinable, y cabría haber fijado un régimen más amplio de estancias del padre con el hijo. Ahora bien, no pasa inadvertido a esta Sala el dato de que el padre, en su oposición al recurso de apelación, interesó con carácter principal la confirmación íntegra de la sentencia apelada, y subsidiariamente, un régimen modificado pero *desarrollándose en todo caso en Zaragoza*. Esta falta de disposición del padre a llevar a cabo desplazamientos para estar con su hijo, que no se concilia bien con su manifestado deseo de intensificar su relación con él, explica también el régimen finalmente acordado. En consecuencia, debe concluirse que no sólo no se ha producido vulneración legal sino que la solución dada al problema no es arbitraria sino razonable.

Por tanto, el motivo se desestima.

QUINTO.- Debe examinarse a continuación el segundo motivo de recurso, para determinar si lo acordado vulnera el artículo 80.1 del CDFA en cuanto dispone que el régimen de visitas ha de garantizar el ejercicio de las funciones propias de la autoridad familiar. Realmente, la parte no concreta ni razona por qué el régimen instaurado impide ese ejercicio, sino que se limita a afirmar que «no se precisan grandes esfuerzos intelectuales para advertir que dicho ejercicio se ve menoscabado si las visitas se reducen a tan solo hora y media semanal».

Tales funciones vienen relacionadas en el artículo 65 del CDFA. Pero es llano que el ejercicio de alguna de ellas, señaladamente la primera (tenerlos en su compañía) no puede tener la misma extensión en el caso de convivencia de ambos progenitores que en el de ruptura y, si no se acuerda la custodia compartida, también se ejercerá más limitadamente por el progenitor no custodio que por aquel con quien queden los hijos. Debe considerarse también que, en casos como el que se nos plantea, donde no ha habido convivencia previa de los padres entre sí ni del niño con el padre biológico, razones de prudencia indican la conveniencia de –al menos en una etapa inicial– no establecer un régimen de la amplitud que sería normal en otros casos. No se trata, como sugiere el recurrente, de «premiar» lo que reputa comportamiento irracional de la madre del niño, sino de adoptar, en una situación de conflicto, la solución que más beneficie el interés de aquel. A este interés, como acabamos de recordar, debe subordinarse cualquier medida que se adopte. Y en este caso no puede prescindirse de las circunstancias de lejanía geográfica y demás concurrentes, que han determinado la decisión recurrida. Por otro lado, y como señala el TS en su sentencia de 26 de octubre de 2012: «Las acciones y responsabilidades que derivan de la patria potestad corresponden a am-

bos padres de tal forma que cualquiera de ellos, tanto el que tiene la guarda como el que no la conserva, puede actuar en relación a sus hijos una posición activa que no solo implica colaborar con el otro, sino participar en la toma de decisiones fundamentales al interés superior del menor...». Pues bien, en lo que hace a esta importante manifestación de las funciones propias de la autoridad familiar, no parece tampoco que vaya a verse dificultada por la restricción del régimen de visitas.

Es consecuencia de lo anterior, la desestimación de este segundo motivo.

SEXTO.- Desestimados todos los motivos de impugnación, procede imponer al recurrente el pago de las causadas por el presente recurso de casación, conforme a los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Gonzalo L. A. contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza el día 19 de diciembre de 2014 que confirmamos en todos los pronunciamientos contenidos en su fallo, imponiendo al recurrente el pago de las costas causadas en el presente recurso de casación.

Contra esta sentencia no cabe recurso.

Dese su destino legal al depósito constituido y librese 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.

NÚM. 14

A. TSJA de 8 de mayo de 2015

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO.

OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL:

Causas de inadmisión: *La Sala acuerda no admitir el recurso de casación ni el de infracción procesal porque, conforme al Acuerdo no Jurisdiccional del TS de 30 de diciembre de 2011, concurren las siguientes causas de inadmisibilidad: a) Para el recurso de casación: «La acumulación de infracciones, la cita de preceptos genéricos o la cita de preceptos heterogéneos en un mismo motivo que generen la existencia de ambigüedad o indefinición sobre la infracción alegada (art. 481.1 Lec.)». La heterogeneidad de preceptos que se denuncian como infringidos incumple la técnica casacional que exige claridad en los motivos del recurso (ATS 17/7/2007 (recurso 2254/2003). b) En cuanto al motivo de infracción procesal: «La errónea valoración de la prueba no puede ser planteada en este recurso, salvo, cuando, al amparo del art. 469.1.4 Lec., se demuestre que la valoración probatoria efectuada en la sentencia recurrida es arbitraria, ilógica o absurda, en forma suficiente para estimar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, o inválida por vulnerar un derecho fundamental». Además es de aplicación la DF 16 de la Lec, punto 1, regla 5ª.*

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 481.1, DF 16, punto 1, regla 5ª, Lec.

PONENTE: *Ilmo. Sr. D. Fernando Zubiri de Salinas.*

NÚM. 15

S. TSJA 14/2015 de 14 de mayo de 2015

65: RELACIONES PARENTALES Y TUTELARES. ADOPCIÓN, GUARDA.

ACOGIMIENTO. PROTECCIÓN DE MENORES: TUTELA ADMINISTRATIVA:

Primacía del interés del menor: *En las normas internacionales, nacionales y en la jurisprudencia el interés del menor se erige en guía de toda posible intervención referida a los cuidados y tutela adecuados. En pro de tal interés, el derecho de los progenitores cederá si su atención puede dar lugar a un perjuicio al niño (STS 31/7/2009). El principio de primacía del cuidado del menor, frente al posible derecho de visitas de uno de los progenitores en este caso, se recoge en la combinación de los arts. 3, 51 y 61 Ley 12/2001, de Infancia y Adolescencia en Aragón. La directriz que ordena procurar la reinserción familiar se subordina expresamente a que no sea perjudicial para el menor. Aunque la desatención del menor por el padre haya sido involuntaria, lo relevante es que el niño nació en 2009 en situación de desamparo y el acogimiento se ha prolongado ya cinco años, situación en la que incluso las visitas del padre resultarían perjudiciales a la estabilidad y bienestar del menor.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 3, 51 y 61 Ley 12/2001 de la Infancia y la Adolescencia en Aragón.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch.

aparente, y lo es cuando se ejercita por camino, senda o carril: lo decisivo es que se detecten realmente huellas, marcas o vestigios de que el paso se realiza a través de un camino o carril que delimita el recorrido, lo que supondría un signo aparente de servidumbre (Ss. APH 15/5/2008 y 28/2/2011 (y las en esta última citadas). Sobre las servidumbres aparentes en la Compilación (art. 147) y el recurso supletorio al art. 532 Cc. para determinar qué ha de entenderse por apariencia y por signo aparente, se reproduce lo dicho en las Ss TSJA de 18/6/2010 y 25/11/2009. En el caso se tiene por acreditada la apariencia y el uso del camino de paso por el tiempo preciso para usucapir, se estima el recurso, se casa la sentencia de la APH y se confirma íntegramente la del Juzgado de Boltaña.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 147 Comp., 532 Cc.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasierra.

En Zaragoza, a veinte de mayo de dos mil quince. 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 10/2015 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca de fecha 30 de diciembre de 2014, recaída en el rollo de apelación número 235/2012, dimanante de autos de Procedimiento ordinario núm. 424/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. Uno de Boltaña, en el que son partes, como recurrente, D^a. Evangelina, D. Ambrosio y D. Domingo, representados por el Procurador de los Tribunales D. Emilio Pradilla Carreras y dirigidos por el Letrado D. Javier Laliena Corbera, frente a D^a. Purificación, representada por la Procuradora de los Tribunales D^a. Pilar

NÚM. 16

S. TSJA 15/2015 de 20 de mayo de 2015

84: SERVIDUMBRES: APARENTES: *De paso: Se estima el motivo de infracción procesal por error en la valoración de los medios de prueba válidamente practicados para la acreditación de la existencia del camino de paso. Se recoge la doctrina de la Audiencia Provincial de Huesca sobre la servidumbre de paso, que puede ser o no ser*

Artero Fernando y dirigida por el Letrado D. Jorge Muro Durán.

Es Ponente el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasierra.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº Uno de Boltaña, la Procuradora de los Tribunales D^a Elisa Bernués Sauque, actuando en nombre y representación de D^a Evangelina, D. Ambrosio y D. Domingo, presentó demanda de Juicio Ordinario contra D^a Purificación en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que, previos los trámites legales oportunos, dicte sentencia por la que, estimando la presente demanda:

«1º.- Se declare que la finca de la demandada (finca registral núm. 000 del Registro de la Propiedad de Boltaña, parcela catastral núm. 001) está gravada con una servidumbre de paso de personas y vehículos a favor de la finca propiedad de mis mandantes (finca registral nº 002 del Registro de la Propiedad de Boltaña; parcela catastral nº 003), servidumbre que se concreta en un camino que partiendo desde el camino denominado «BARRIO 000», atraviesa la indicada finca de la demandada hasta llegar a la de mis poderdantes, con una anchura de 2,44 metros y con el trazado que se determina en el informe y planos adjuntos al mismo elaborado por el ingeniero agrónomo D. Narciso, aportado como documento número 18 de esta demanda.

2º.- Se declare que la demandada destruyó el camino de servidumbre indicado impidiendo el paso por el mismo a mis mandantes a pie y en vehículos.

3º.- Se condene a la parte demandada a estar y pasar por estas declaraciones y, en consecuencia, se le condene a permitir a

mis mandantes como propietarios del predio dominante el paso por el camino para acceder a su finca, a pie y con vehículos, y para ello, se le condene a la realización de las obras necesarias para la efectiva restitución del camino a la fisonomía que tenía antes de ser destruido, siendo estas obras las que se recogen en el informe pericial antes referido (documento número 18 de la demanda), o las que, en su caso, se determinen en la prueba a practicar en el presente procedimiento.

4º.- Se condene a la demandada al pago de las costas procesales.»

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria emplazándola para que compareciera en autos en tiempo y forma, lo que hizo dentro de plazo y, oponiéndose a la misma, solicitó que se dictara sentencia por la que se desestime la demanda en su totalidad, con expresa condena en costas a la parte demandante.

Admitida la contestación a la demanda y previos los trámites legales oportunos, incluso la práctica de prueba que fue propuesta y admitida, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº Uno de Boltaña, dictó sentencia en fecha 18 de mayo de 2011, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

«**ESTIMO ÍNTEGRAMENTE** la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales, Sra. Bernués, en representación de Evangelina, Ambrosio y Domingo y, en consecuencia, **DECLARO** que la finca de la demandada (finca registral nº 000 del Registro de la Propiedad de Boltaña, parcela catastral nº 001), está gravada con una servidumbre de paso de personas y vehículos a favor de la finca propiedad de los actores (finca registral nº 002 del Registro de la Propiedad de Boltaña, parcela catastral nº 003), **CONDENANDO** asimismo a la parte demandada a la realización de las obras necesarias para la efectiva restitución del camino a la fiso-

nomía que tenía antes de ser destruido, siendo estas obras las que se recogen en el apartado nº 5 del informe pericial del Sr. Narciso que obra en autos.

Condeno en costas a la parte demandada.»

TERCERO.- Interpuesto por la Procuradora Sra. Cebollero Galicia en nombre y representación de D^a Purificación, recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº Uno de Boltaña, se dio traslado del mismo a la contraparte, quien se opuso al recurso interpuesto.

Elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Huesca, y comparecidas las partes, con fecha 30 de diciembre de 2014 la Audiencia Provincial de Huesca, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

«FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de la demandada Purificación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Boltaña en los autos anteriormente circunstanciados, revocamos y dejamos sin efecto dicha resolución.

En su lugar, desestimamos íntegramente la demanda interpuesta por la representación de Evangelina, Ambrosio y Domingo y, en su virtud, absolvemos a la expresada recurrente respecto de los pedimentos formulados en su contra y condenamos a los referidos demandantes al pago de las costas causadas en la primera instancia, sin imposición de las correspondientes a esta alzada y con devolución del depósito constituido para recurrir.»

CUARTO.- El Procurador Sr. Bonilla Sauras en nombre y representación de D^a Evangelina, D. Ambrosio y D. Domingo, interpuso ante la Audiencia Provincial de Huesca recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación para

ante esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, fundamentado en el motivo previsto en el art. 469.1º.4º Ley de Enjuiciamiento Civil, «vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución» y en la infracción del art. 147 de la Compilación de Derecho Foral Aragonés.

El anterior recurso se tuvo por interpuesto por la Audiencia Provincial de Huesca acordando el emplazamiento de las partes y la remisión de los autos a esta Sala.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, haciéndolo por la parte recurrente el Procurador de los Tribunales D. Emilio Pradilla Carreras y por la parte recurrida la Procuradora D^a Pilar Artero Fernando, se nombró Ponente, a quien pasaron las actuaciones para resolver.

Por Auto de 4 de marzo de 2015 se admitió a trámite el recurso y se dio traslado a la parte recurrida para oposición, presentando escrito dentro de plazo, oponiéndose al mismo.

No habiendo solicitado las partes la celebración de vista, se señaló para votación y fallo el día 28 de abril de 2015.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Boltaña examina en su fundamento segundo los requisitos del artículo 147 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, vigente en el momento de la interposición de la demanda, exigibles para que opere la prescripción adquisitiva de la servidumbre a favor de los actores. Y dice:

El citado artículo establece que: «Todas las servidumbres aparentes pueden ser adquiridas por usucapión de diez años entre presentes y ... entre ausentes, sin necesidad

de justo título ni buena fe». En este sentido, por lo que respecta a la apariencia de la servidumbre, lo cierto es que con ocasión del reconocimiento judicial del terreno no se pudo constatar la existencia de camino alguno sobre la finca de la demandada, si bien hay que tener en cuenta que ello se debe a una actuación unilateral por parte de la demandada llevada a cabo en el año 2007 y que consistió en el desmonte del terreno por el que supuestamente transcurría el camino. Sin embargo, de especial importancia resulta el Acta Notarial de presencia y protocolización de fotografías de 25 de noviembre de 2007, por haber sido realizada cuando todavía no se habían finalizado las obras efectuadas por la demandada. De las fotografías incorporadas en el Acta se desprende la existencia de un camino que atravesaba la finca propiedad de la demandada y que conectaba la finca propiedad de los actores con la carretera que conduce al barrio 000. Asimismo, en las fotografías se observa un vehículo todo terreno estacionado en el camino controvertido, lo que demuestra que por el mismo era posible el tránsito de vehículos. Pero es que además, de las declaraciones de los testigos que depusieron en el acto del juicio se desprende que el camino como tal sí que existía y estaba a la vista de todos, y que lo que se pone en duda realmente es el tránsito de personas y de vehículos por dicho camino durante el tiempo exigido por la Ley. Así, el testigo Sr. Eloy, propuesto por la demandada, reconoció a preguntas de los Letrados que sí que había visto el camino que une la carretera con la casa 000, pero que no había visto pasar a nadie por allí.

En este sentido, por aplicación supletoria del Código Civil a tenor del artículo 1.2 de la Compilación, son servidumbres aparentes las que se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores, que revelan su aprovechamiento, mientras que no son aparentes las que no presentan indicio alguno exterior de su existencia

(artículo 532 del Código civil). La servidumbre de paso puede o no ser aparente, según los casos, pues puede ejercitarse por lugar determinado con signo visible, un camino o un carril por ejemplo, o usarse por un determinado lugar sin estar establecido signo alguno exterior visible de su uso o ejercicio, de modo que la apariencia, según signos exteriores, se refiere a aquellos datos que, por permanentes, instrumentales o inequívocos, revelan objetivamente el uso de la servidumbre y la situación de un predio respecto al otro, por lo que puede decirse que es aparente la servidumbre de paso cuando se ejercita por camino, senda o carril. Por tanto, lo decisivo no es la intermitencia en el uso del paso o el grado de tolerancia o permisividad del dueño del supuesto predio sirviente, sino si se detectan realmente huellas, marcas o vestigios de que el paso se realiza a través de un camino o carril que delimita el recorrido, lo que supondría un signo aparente de servidumbre susceptible de fundar la usucapión sin necesidad de justo título ni buena fe (SAP Huesca, de 15-5-2008).

Por tanto, queda acreditado que en este caso estamos ante una servidumbre aparente, a pesar de que en la actualidad no queden signos externos de la misma por haberlos hechos desaparecer la parte demandada, lo cual, no puede perjudicar el derecho de los actores. Además, con la prueba testifical se acredita que el camino en cuestión no era de uso exclusivo de los demandantes sino de todos los vecinos del pueblo, puesto que daba acceso a otras propiedades colindantes a casa 000, como la del Sr. Santos, lo cual incluso llevó a alguno de los testigos a afirmar en el acto del juicio que dicho camino era de titularidad pública. Tanto Don. Santos, como el Sr. Adolfo y la Sra. Marisol, vecinos todos ellos de barrio 000, corroboraron en el acto del juicio la existencia del camino, afirmando que el mismo había sido utilizado por personas, animales y vehículos desde los años

60 hasta el año 2007. Tales afirmaciones no pueden ser desvirtuadas por las manifestaciones de los testigos de la parte demandada, ya que, por una parte, Begoña es hija de la demandada y Ramón primo hermano de la misma, por lo que tienen un interés directo en el procedimiento. Por su parte, el testigo Don. Eloy, si bien manifestó que no había visto pasar a nadie por ese camino durante el tiempo en que vivió en barrio 000, manifestó que el mismo vivía en la entrada del pueblo, es decir, en la parte de abajo, siendo que el camino litigioso se encuentra en la parte alta, lo que justificaría tales declaraciones. Además, el hecho de que desde el año 1971 exista otro acceso a la finca de los actores por la parte noroeste no es óbice para negar la adquisición de la *pretendida servidumbre, pues siendo ésta de carácter voluntario (y no legal o forzoso) no exige que concurran los requisitos de necesidad y utilidad invocados de contrario, sino únicamente la apariencia y el uso continuado durante diez años entre presentes y veinte entre ausentes, los cuales han quedado acreditados con la prueba practicada en el acto del juicio, sin que pueda alegarse que tal uso se efectuó a espaldas de la demandada o sin conocimiento de la misma ya que el signo aparente del camino durante más de cuarenta años y el uso por varios vecinos del pueblo y no sólo por los actores, resulta incompatible con un uso oculto o clandestino del mismo, siendo, por ello, tal posesión hábil para usucapir, por lo que se debe estimar la demanda en este punto en el sentido de declarar que la finca de la demandada está gravada con una servidumbre de paso a favor de la finca de los actores.*»

En el fundamento tercero fija las características de la servidumbre a partir del único informe técnico obrante en autos, elaborado por el Sr. Narciso a propuesta de los actores, quien llega a la conclusión de que el camino disponía de una anchura de 2,44 metros y de una longitud de 15,50 metros, lo que, según la sentencia, *«posibilita el paso de vehículos puesto que como ha quedado*

acreditado con las declaraciones de los testigos y con el Acta Notarial su tránsito se venía haciendo antes de la demolición.»

SEGUNDO.- La sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca revocó la anterior del Juzgado por los motivos que expone su fundamento segundo:

SEGUNDO.- En la sentencia de instancia se parte de la base de que se ha demostrado que, antes de que en el predio de la demandada se realizasen las obras que eliminaron los signos exteriores de servidumbre, tales signos existían y revelaban la forma de uso del paso. La Sala, sin embargo, considera que la prueba practicada no permite llegar a dicha conclusión. Teniendo en cuenta que los linderos de las fincas de ambas partes resultan claros a través de las fichas catastrales y de la documentación cartográfica aportada en los autos, sostiene la parte actora que había un camino que fue utilizado desde los años sesenta hasta la realización de las citadas obras, discurriendo tal camino en su mayor parte por la finca de los demandantes y sólo en unos quince metros de longitud, que es la distancia aproximada entre la carretera y el límite de las dos propiedades contiguas, por la finca de la demandada. En el tramo que discurre por la finca de los actores existen, es cierto, signos evidentes de camino o senda, aunque sólo fuera apto para el paso de personas y no para el de vehículos en todo su recorrido, y así lo demuestran las fotografías unidas al acta notarial, que fueron realizadas antes de que concluyeran las mencionadas obras. Sin embargo, el estado de los trabajos ya ejecutados al momento de tomarse las fotografías impide distinguir en éstas la existencia de signos externos de servidumbre en la finca de la demandada. Y si bien el tramo del camino que discurre por la finca de los actores se interrumpe bruscamente en las fotografías al llegar al límite con la finca de la demandada, siempre por efecto de las obras ya comenzadas,

tampoco hay por qué presumir que los quince metros que separan la carretera de ese linde tenían que presentar una homogeneidad en cuanto a su aspecto externo con el tramo de la finca del actor.

En cuanto a la prueba testifical practicada a instancia de la parte actora, es cierto que los testigos hablan de un camino por donde se podía acceder desde la carretera hasta la finca de dicha parte, atravesando por tanto la de la demandada, pero sus manifestaciones, o más bien las respuestas a las preguntas que les fueron formuladas por ambas partes, incluso por la proponente de la prueba, no son tan específicas como para revelar que, aparte de haber un camino, quedaba marcado sobre el terreo con los signos exteriores exigibles para poder hablar de una servidumbre aparente. En suma, ni la prueba documental ni tampoco la testifical han supuesto una justificación rigurosa de la apariencia del paso reclamado a través de la finca de la demandada, lo que es suficiente, dado que los actores afirman que han adquirido la servidumbre por usucapión, para desestimar la demanda, y sin que sea preciso, por tanto, el examen del resto de los motivos de oposición a la demanda, que han quedado articulados –con mayor o menor fortuna– en el escrito de formalización del recurso.

TERCERO.- El motivo de infracción procesal articulado por la parte actora, aquí recurrente, se ampara en el artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), con vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, por haber incurrido la Audiencia Provincial en error patente en la valoración de la prueba, que se mostraría a la luz de un medio de prueba incorporado válidamente a las actuaciones, que sería determinante del fallo y con relevancia constitucional. Lo deduce del reconocimiento judicial practicado por la juez de instancia, en el que habría

situado la correlación de las fotografías del acta notarial de presencia de 25 de noviembre de 2007, habiendo apreciado en dicho acto que lo reflejado por las fotografías recogidas en el acta no era el camino por su discurrir por la finca propia de los actores sino el camino que existía en la de la demandada, destruido por los demandados después de que se tomaran las fotografías.

Debe comprobarse, por tanto, si de las pruebas obrantes en autos se desprende el error patente de la sentencia recurrida que se denuncia.

La sentencia de primera instancia señala que en el reconocimiento judicial practicado no se pudo constatar la existencia de camino sobre la finca de la demandada, por haber realizado ésta el desmonte del terreno por el que supuestamente discurría el mismo. Pero, del contraste con las fotografías recogidas en un acta notarial el día en que se llevaban a cabo las obras efectuadas por la demandada, deduce la juzgadora la existencia de un camino que atravesaba la finca de la demandada conectando con la finca de los actores, haciendo constar que en las fotografías de aquella fecha (25 de noviembre de 2007) se observaba la existencia en ese momento de un vehículo todo terreno sobre el camino, que determinaría la posibilidad de transitar con vehículos por el mismo.

El reconocimiento judicial se practicó el 9 de mayo de 2011, día anterior a la celebración del juicio, recogiendo su acta lo siguiente:

«Se inicia el reconocimiento introduciéndonos en la finca de la demandada, por el lindero sur de la dte. y el norte de la demandada. Se observa la realidad física del antiguo camino, se coteja con las fotografías obrantes en autos del acta notarial de 2007 y del informe pericial de 2010.

Se observa un importante talud que impide el paso de cualquier vehículo. Que

paralelo a este talud se aprecia la existencia de una senda, ahora impracticable salvo en el primer tramo junto a la carretera.

A continuación se accede a la finca de la parte actora y desde allí se vuelve a la zona litigiosa. Se ha hecho este segundo acceso por la carretera, por el acceso de los demandantes.»

Así pues, el reconocimiento judicial deja constancia de la realidad física del camino que se observa en ese momento (9 de mayo de 2011), cotejado con las fotografías del acta notarial de noviembre de 2007, de las que —dice la sentencia— *«se desprende la existencia de un camino que atravesaba la finca propiedad de la demandada»*.

Y por la prueba testifical confirma la existencia del camino que *«estaba a la vista de todos»*. Finalmente, la conformación y medidas del camino las obtiene del informe pericial elaborado por el Sr. Narciso en junio de 2010.

CUARTO.- La sentencia de la Audiencia Provincial reconoce la existencia de *signos evidentes de camino o senda* en el tramo que discurre por la finca de los actores, y que así lo demuestran las fotografías unidas al acta notarial, pero aprecia que los trabajos ejecutados por la demandada impiden distinguir la existencia de signos externos en su finca, al haber sido interrumpido bruscamente el camino al llegar al límite con la finca demandada. Y manifiesta que no hay por qué presumir que los 15 metros que separan la carretera de ese límite tenían que presentar una homogeneidad en cuanto a su aspecto externo con el tramo de la finca del actor.

De la prueba testifical afirma que los testigos hablan de un camino por donde se podía acceder desde la carretera hasta la finca de la parte actora, atravesando por tanto la de la demandada, pero que sus respuestas no son tan específicas como para revelar que, aparte de haber un camino,

quedaba marcado sobre el terreno con los signos exteriores exigibles para poder hablar de una servidumbre aparente.

Y llega a la conclusión de que ni la prueba documental ni tampoco la testifical han supuesto una justificación rigurosa de la apariencia del paso reclamado a través de la finca de la demandada.

QUINTO.- Las anteriores consideraciones de la sentencia de la Audiencia Provincial al valorar las pruebas acreditativas de la existencia de signos exteriores reveladores de su aprovechamiento, no difieren sustancialmente de los hechos apreciados en la sentencia de primera instancia, pues de las fotografías del acta notarial de noviembre de 2007 estima la existencia de signos evidentes de camino o senda, que quedaría interrumpido por las obras en la finca de la demandada, y de la prueba testifical igualmente refleja que los testigos hablan de un camino.

Pero respecto a ambos medios probatorios (documental y testifical) realiza sendas apreciaciones que son incompatibles con la adecuada valoración de la prueba, en los términos que han quedado reflejados en ambas sentencias.

En efecto, aunque reconoce que las fotografías reflejan la evidencia de un camino desde la finca de los actores hacia la de la demandada, no ve los signos externos en ésta, como consecuencia de las obras realizadas, a pesar de manifestar que *«el tramo de camino se interrumpe bruscamente... por efecto de las obras»*. Si el camino se interrumpe es porque existía, en pura lógica, continuando por la finca demandada. Sin embargo, afirma que de lo anterior no hay por qué presumir que los restantes quince metros hasta la carretera por la finca de la demandada tenían que presentar homogeneidad en cuanto al aspecto externo con el tramo de la finca del actor. Se refiere, pues, a dos tramos de un camino, luego éste existía, y

otra cosa es la que denomina «*homogeneidad*» de los tramos, lo que no pone en duda la existencia de los mismos sino sus características concretas.

Y respecto de la prueba testifical, igualmente pone de manifiesto que los testigos se refieren a un camino, pero que no se concretaban los signos exteriores exigibles para poder hablar de una servidumbre aparente. Si se da por probado el camino, revelador del paso por el mismo, los concretos signos exteriores, en parte destruidos por las obras realizadas por la demandada, podrán cuestionar las características concretas del camino pero no su realidad.

La sentencia de primera instancia había concluido, sin género de dudas, por apreciación directa y mediante la valoración conjunta del reconocimiento judicial, de la documental (acta notarial) y de la testifical, la existencia de un camino que, partiendo de la carretera y a través de la finca de la demandada, llegaba a la finca del actor. Las características concretas del mismo las dejaba al resultado de la prueba pericial, pero ya apreciaba por la colocación de un vehículo todo terreno sobre el camino, en una parte del mismo en la finca de la demandada, que permitía el paso de vehículos.

La sentencia de la Audiencia Provincial, aun partiendo del reconocimiento de la existencia anterior del camino, llega a la conclusión de negarlo por no poder precisar sus signos concretos, lo cual constituye un razonamiento manifiestamente erróneo y contrario a los expresados medios de prueba que, valorados de forma conjunta y lógica en la sentencia de primera instancia, llegaban a la conclusión de la existencia del camino y al reconocimiento de la servidumbre de paso.

Todo lo anterior conduce a la estimación del motivo de infracción procesal alegado pues el error en la valoración de la prueba reúne los requisitos señalados por

la jurisprudencia para su estimación, ya que se deduce de los indicados medios de prueba válidamente practicados en las actuaciones y ha resultado determinante en el fallo de la sentencia recurrida.

En aplicación de lo dispuesto en el inciso segundo de la regla 7ª de la Disposición Final Decimosexta, apartado 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debe dictarse nueva sentencia teniendo en cuenta lo alegado como fundamento del recurso de casación.

SEXTO.- El motivo del recurso de casación se basa en infracción del artículo 147 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, vigente en el momento de interposición de la demanda, por considerar que había sido adquirida la servidumbre por usucapión al existir signo aparente de camino, que habría sido utilizado durante el tiempo legalmente requerido para ello.

La sentencia del Juzgado señala en su fundamento segundo la doctrina aplicable al caso, con cita de la sentencia de la propia Audiencia Provincial de 15 de mayo de 2008. En los mismos términos que la anterior dice la sentencia nº 59/2011 de la Audiencia Provincial de Huesca, de 28 de febrero de 2011, recurso 52/2010:

Asimismo, tenemos declarado en nuestras Sentencias de 6 de mayo de 2009, 23 de septiembre de 2009, 21 de octubre de 2009 y 27 de enero de 2010, por citar algunas de las más recientes, que la servidumbre de paso puede ser o no ser aparente, según los casos, pues puede ejercitarse por lugar determinado con signo visible, por ejemplo por un camino o un carril, o usarse por un determinado lugar sin estar establecido signo alguno exterior visible de su uso o ejercicio, de modo que la apariencia, según signos exteriores, se refiere a aquellos datos que, por permanentes, instrumentales e inequívocos, revelan objetivamente el uso de la servidumbre y la situación de un predio respecto al otro, por lo que puede decirse

que es aparente la servidumbre de paso cuando se ejercita por camino, senda o carril. En suma, concluimos, lo decisivo no es la intermitencia en el uso del paso o el grado de tolerancia o permisividad del dueño del supuesto predio sirviente, sino si se detectan realmente huellas, marcas o vestigios de que el paso se realiza a través de un camino o carril que delimita el recorrido, lo que sí supondría un signo aparente de servidumbre.

La sentencia de esta Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Aragón de 18 de junio de 2010, recurso 3/2010, dice:

CUARTO.- El artículo 147 de la Compilación permite adquirir por usucapión todas las servidumbres siempre que sean aparentes. Nada dice en cuanto a qué ha de entenderse por apariencia, por lo que hemos de acudir, como señala el recurrente, al criterio que suministra el artículo 532 del Código Civil. Este precepto exige, en primer lugar, un signo exterior; una señal o indicio directamente relacionado con la servidumbre. En segundo lugar, el signo ha de ser visible. En tercer lugar, ha de ser suficientemente revelador de la existencia de la servidumbre, por tanto ha de tener un carácter funcional e instrumental respecto de ésta, de tal forma que indique una utilidad para el predio dominante. Este último aspecto es clave para la resolución del recurso que nos ocupa, pues, en efecto, de los signos debe poder deducirse la situación objetiva de un predio con respecto del otro, siendo inocua la existencia de un signo si el mismo está hecho para el servicio del propio fundo.

Sobre el significado de signo, dice la sentencia de esta Sala de 25 de noviembre de 2009, recurso 8/2009:

La palabra signo equivale a señal, indicio. Este último término se emplea por el mismo artículo 532 al definir las servidumbres no aparentes. No se necesita por tanto ninguna obra, sino que basta una señal del paso, un indicio, algo que revele el uso y aprovechamiento de la servidumbre. Ciertamente las obras destinadas al ejer-

cicio de la servidumbre son signos exteriores y visibles de su existencia, pero no el único: cabe la existencia de otros, dado que el concepto del término signo es más amplio que el del término obra.

Y la sentencia de primera instancia de este procedimiento concluía que queda acreditado que en este caso estamos ante una servidumbre aparente, a pesar de que en la actualidad no queden signos externos de la misma por haberlos hecho desaparecer la parte demandada, lo cual no puede perjudicar el derecho de los actores. Declara además que, conforme a la prueba testifical, el camino en cuestión no era de uso exclusivo de los demandantes sino de todos los vecinos del pueblo puesto que daba acceso a otras propiedades colindantes.

En consecuencia, dado que la sentencia de primera instancia tiene por acreditado también el uso de la servidumbre por el plazo preciso para su usucapión, se estima el recurso, se casa la sentencia recurrida y se confirma íntegramente la sentencia de primera instancia.

SEPTIMO.- Por la confirmación de la sentencia de primera instancia, se mantiene la imposición de costas realizada en la misma y, respecto a las del recurso de apelación, por aplicación del artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se imponen a la parte apelante.

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 por infracción procesal y de casación formulado por el

Procurador los Tribunales D. Emilio Pradilla Carreras actuando en nombre y re-

presentación de D^a. Evangelina, D. Ambrosio y D. Domingo, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca en fecha 30 de diciembre de 2014, que casamos y dejamos sin efecto.

SEGUNDO.- En su lugar, confirmamos íntegramente la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, en los términos consignados en la misma.

TERCERO.- Se confirma la imposición de las costas de primera instancia al demandado, y se imponen las de apelación a la parte apelante. 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. 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.

NÚM. 17

S. TSJA 16/2015 de 27 de mayo de 2015

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: DERECHOS Y PRINCIPIOS: Derecho de los padres a la igualdad: *La sentencia recurrida se limita a determinar qué tipo de custodia del menor entre las legalmente previstas debe ser establecida en este caso (la exclusiva a favor de la madre), sin trato diferenciado a favor de uno u otro progenitor por razón de su sexo, por lo que no se observa indicio*

alguno de que pueda haberse dado lugar a la infracción del principio de igualdad sancionado en el art. 75.2 CDFA.

GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Prueba de que la custodia individual es más conveniente: *En casación hay que partir de los hechos considerados probados en la instancia. Conforme a lo ya señalado en otras ocasiones (por ej., SsTSJA 10/1/2014 y 6/4/2015), ante el criterio de preferencia legal por la custodia compartida del art. 80.2 CDFA, la posibilidad de excluir su establecimiento y estar a la custodia individual no es de libre decisión por la autoridad judicial, sino que exige la adecuada ponderación de las prevenciones del art. 80.2 o de cualquier circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia. Ponderación que es susceptible de ser revisada en el recurso de casación (así, STS 23/5/2005 o STSJA 10/1/2014) dado que concretar el interés del menor es una valoración de una calificación jurídica, como concepto jurídico indeterminado que es. Infracción de la preferencia legal: Las circunstancias valoradas por la sentencia recurrida no tienen relevancia suficiente para hacer aconsejable en este caso la custodia individual y excluir el principio legalmente impuesto de preferencia de la custodia compartida. El hecho de que el padre viva en casa de los abuelos o de que éstos colaboren en el cuidado de la nieta son circunstancias de las que no cabe derivar, por sí solas y a falta de mayor mención sobre su prueba, que la custodia compartida, en lo que sea ejercida por el padre, pueda perjudicar al menor. Y lo mismo cabe concluir en lo referente a que la madre se encuentre en situación de desempleo, frente a tener el padre ocupación laboral, porque lejos de entender que sea preferible que los progenitores estén sin trabajo, parece que lo mejor es que uno y otro cuenten con la conveniente prestación laboral, y las ventajas económicas y personales que ello conlleva para los progenitores y,*

también, para la hija menor que deben cuidar.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 75.2, 80.2 CDFA.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por sentencia dictada el día 27 de junio de 2014 por el Juzgado de Primera Instancia número Seis de Zaragoza se acordó el divorcio de los litigantes Doña Lucía P. C. y Don Jorge V. G., que habían contraído matrimonio el día 30 de abril de 2010 y en el que había nacido una hija, Cayetana, el día 16 de mayo de 2011.

En el fallo de tal sentencia, transcrito en el anterior Antecedente de Hecho número Tercero, se estableció la custodia compartida de la menor, por periodos de meses naturales, con fijación detallada de régimen de visitas y distribución de periodos vacacionales y de gastos derivados del cuidado de la niña.

La anterior sentencia fue apelada por la demandante en recurso que la Audiencia Provincial estimó, y acordó la custodia individual a cargo de la madre, así como distinta contribución económica a los gastos de la hija menor.

Contra la anterior sentencia se formula por el demandado y apelado el presente recurso de casación, en los términos que han sido expuestos en los anteriores antecedentes de hecho y que, en lo necesario, se concretarán más adelante.

SEGUNDO.- El primer motivo del recurso de casación se funda en la infracción, por inaplicación, de lo establecido en el artículo 75.2 del Código de Derecho Foral Aragonés (CDFA) y, en su desarrollo, expo-

ne la parte que, sin justificación probatoria, la sentencia impugnada establece un sistema de guarda y custodia a favor de la madre que crea desigualdad con respecto a la posición del recurrente, otorgando así un trato discriminatorio a favor de la madre.

Conforme a la previsión del contenido del recurso de casación recogida en el artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no corresponde entrar a conocer en esta vía impugnativa de cuestiones atinentes en exclusiva a la declaración de hechos considerados probados sobre los que la sentencia impugnada ha asentado sus conclusiones jurídicas, por lo que no cabe valorar en esta sentencia las cuestiones probatorias a que se refiere el recurrente.

Respecto a la posible infracción del principio de igualdad sancionado en el artículo 75.2 del CDFA, no se observa en la sentencia recurrida indicio alguno de que pueda haberse dado lugar en la resolución impugnada a su infracción, ya que se limita a determinar qué tipo de custodia del menor entre las legalmente previstas debe ser establecida en este caso, sin trato diferenciado a favor de uno u otro progenitor por razón de su sexo.

Procede, por tanto, desestimar el primer motivo del recurso de casación.

TERCERO.- El segundo motivo del recurso de casación se fundamenta en la infracción, por inaplicación, del criterio preferente de custodia compartida que establece el artículo 80.2 del CDFA, al entender la parte recurrente que todos los factores previstos en tal norma muestran la conveniencia de la custodia compartida, y que no se ha acreditado en absoluto que el interés del menor exija que su custodia sea ejercida individualmente por la madre.

Como ya se indicó al tratar el motivo primero, ningún pronunciamiento sobre acreditación de hechos puede ser tratado ahora, por lo que esta sentencia debe par-

tir de los hechos probados considerados en la sentencia recurrida y, en lo que en ella sean mantenidos, por aquéllos que fueron tenidos como probados en la sentencia dictada en su momento por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Zaragoza.

Así, la sentencia dictada por el Juzgado consideró como acreditado:

(...) Ambos progenitores poseen aptitudes y capacidad personales suficientes para hacerse cargo por igual de la menor Cayetana, habiendo acreditado suficientemente el Sr. V. su interés por estar presente en la vida de la menor.

Debe resaltarse por tanto el convencimiento del Juzgador de que el padre reúne cualidades para atender a la hija y que profesa por la misma un especial afecto, extremos estos reconocidos por la actora si bien le reprocha ser permisivo y poco normativo, dependiente e inmaduro. Y en los mismos términos cabe pronunciarse respecto de la Sra. P., a falta de prueba que acredite que se desentienda de los cuidados de la menor.

Así, la única prueba de entidad encaminada a determinar el régimen de custodia más favorable para la menor Cayetana es la pericial practicada por la Sra. psicóloga del Gabinete adscrito a los Juzgados de Familia de esta Ciudad. En dicho informe la psicóloga, tras la evaluación de ambos progenitores y de la situación familiar concluye que ambos progenitores reúnen por igual cualidades y recursos personales para afrontar la crianza de la menor de forma satisfactoria, no evidenciándose en ninguno de ellos falta de capacidades para ejercer su rol parental. Añade que la menor presenta un estrecho vínculo con ambos progenitores y con las respectivas familias extensas. Considera la psicóloga que una modificación del actual sistema de relaciones por otro en el que la menor conviva con ambos progenitores se ajustaría a las

necesidades de la menor, proponiendo una alternancia mensual coincidiendo con el inicio del nuevo curso escolar, con visitas de fines de semana e intersemanales para el no custodio. En el acto de la vista la Sra. psicóloga ratificó las conclusiones de su informe.

En similares términos se pronuncia el informe de la Sra. trabajadora social quien hace además referencia al apoyo familiar con el que cuentan ambos progenitores, siendo los padres del Sr. V. trabajadores autónomos con un horario que les permite colaborar puntualmente con el padre en algunos momentos del día como, por ejemplo para recoger a la menor a la salida del centro escolar, pudiendo llevarla el padre por las mañanas por su flexibilidad de horario. Concluye el informe afirmando que ambos progenitores son idóneos para ostentar la guarda y custodia de la menor.

En relación a los citados informes, debe recordarse que resultan de especial relevancia, y es por ello por lo que el legislador aragonés en el artículo 6.3 de la Ley 20/2010, de 26 de mayo, (hoy artículo 80.3 del Código de Derecho Foral) consciente de la importancia de tales dictámenes y que los mismos pueden constituir una herramienta de gran valor para los Tribunales a la hora de decidir la atribución de la custodia compartida o individual, estableció que «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». En esta línea Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 13 de julio de 2011 y Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2011, 8 de octubre de 2010, 28 de septiembre de 2009 y 21 de julio de 2011.

Frente a dicha prueba pericial, y las conclusiones contenidas en los informes de la psicóloga y de la trabajadora social, no se ha practicado prueba alguna que desvirtúe su contenido y conclusiones y que haga llegar a quien ahora juzga a la conclusión de que el régimen de custodia más favorable para Cayetana sería una custodia individual a favor de la madre frente a la compartida de carácter preferente según nuestra legislación foral. (...)

La sentencia dictada por la Audiencia Provincial no modifica los hechos valorados por el Juzgado y, al lado de ellos, considera acreditado que el padre carece de independencia personal y no goza de un espacio físico habitable fijo que permita a su hija mantener una estabilidad o sensación de permanencia y pertenencia, que impone, por ello, a sus padres, trabajadores, una carga que no les corresponde. En cuanto a la madre, valora el hecho de que está en situación de desempleo, habiendo adaptado siempre su horario laboral a las necesidades de cuidado de la hija menor y el hecho negativo de que no se han evidenciado problemas con la madre en orden al cuidado de la menor. Junto a ello, y ahora desde la perspectiva de la menor, resalta que la niña debe estar sometida a un tratamiento y rutinas higiénicas y dietéticas rigurosas por razón de estreñimiento con encopresis, y que los cuidadores deberán controlar para su restablecimiento, además de las que impone su corta edad.

CUARTO.- Partiendo de unos y otros hechos declarados probados en la instancia, la sentencia ahora recurrida pondera cuál es la finalidad de la custodia compartida, que define en la «finalidad de fomentar la corresponsabilidad parental de los menores y el vínculo de éstos con sus progenitores», cita el artículo 80 del CDFA, y establece custodia individual a cargo de la madre.

Como en otras ocasiones ha resuelto esta Sala (valgan como ejemplo las de 10 de enero de 2014 o 6 de abril de 2015): «(...) la ley aragonesa no permite que sea el órgano judicial el que, en el ámbito de su discrecionalidad, establezca uno u otro régimen sino un punto de partida previo, como sucede en otros cuerpos legales de vigencia en España, sino que, imperativamente, ordena como premisa primera y principal que, en interés del menor que es expresamente mencionado y valorado en la propia ley, se esté al régimen de custodia compartida, pues, conforme a la literalidad de la primera aseveración del artículo 80.2 del CDFA: «El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores (...)» (sentencia de 6 de abril de 2015).

Ante tal criterio de preferencia legal por la custodia compartida, la posibilidad de excluir su establecimiento y estar a la custodia individual no es de libre decisión para la autoridad judicial, sino que exige la adecuada ponderación de las distintas prevenciones contenidas en el propio apartado 2 del artículo 80, que no son *numerus clausus*, sino que permiten la valoración de cualquier circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia. Tal ponderación, por otro lado, es susceptible de ser revisada en el recurso de casación (así, sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2005, o sentencia de esta Sala de 10 de enero de 2014) dado que concretar el interés del menor es una valoración de una calificación jurídica, como concepto jurídico indeterminado que es.

Pues bien, la sentencia recurrida no excluye la posibilidad de fijación de la custodia compartida en el caso de autos porque haya valorado alguna de las cuestiones específicas prevenidas en el artículo 80.2 del CDFA, sino que tiene en cuenta dos circunstancias concretas para la exclusión de la custodia compartida: que el padre convi-

ve con sus padres, de lo que concluye una falta de independencia personal por su parte, y parece considerar una delegación de sus obligaciones a los abuelos; y que la madre se encuentra en desempleo y siempre ha adaptado su horario laboral a las necesidades del cuidado de su hija menor.

Frente a la falta de concurrencia de algún factor de los previstos en el artículo 82.3 del CDA que pueden dar lugar al establecimiento de la custodia individual, y a las conclusiones de los informes periciales psicológico y social favorables a la custodia compartida, las menciones en las que la sentencia basa el apartamiento de tal custodia no puede considerarse que tengan la especial relevancia exigible para excluir el principio legalmente impuesto de preferencia de la custodia compartida. El hecho de que el padre viva en casa de los abuelos o de que éstos colaboren en el cuidado de la nieta son circunstancias de las que no cabe derivar, por sí solas y a falta de mayor mención sobre su prueba, que la custodia compartida, en lo que sea ejercida por el padre, pueda perjudicar a la menor. Y lo mismo cabe concluir en lo referente a que la madre se encuentre en situación de desempleo, frente a tener el padre ocupación laboral, porque lejos de entender que sea preferible que los progenitores estén sin trabajo, parece que lo mejor es que uno y otro cuenten con la conveniente prestación laboral, y las ventajas económicas y personales que ello conlleva para los progenitores y, también, para la hija menor que deben cuidar.

QUINTO.- En conclusión, por tanto, considerando que las circunstancias valoradas por la sentencia recurrida no tienen relevancia suficiente para hacer aconsejable en este caso la custodia individual, procede estimar el recurso por lo alegado en el segundo motivo, y casar la resolución que así lo acordó, dejándola sin efecto.

Actuando esta Sala como tribunal de instancia por consecuencia de la estimación del recurso, no se observa motivo para modificar los acertados razonamientos de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, cuyos fundamentos normativos son ajustados al texto legal, por lo que no existe razón para modificarlos ni, por ello, para alterar el Fallo que es su consecuencia.

La íntegra estimación del recurso de casación que tiene lugar por razón de lo recogido en el segundo motivo de los alegados por la parte, hace innecesario entrar a conocer del resto de motivos.

SEXTO.- 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 estimada tan solo en parte, no procede tampoco hacer condena a su pago.

NÚM. 18

S. TSJA 17/2015 de 28 de mayo de 2015

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Cambio de residencia de uno de los progenitores custodios: En situación de custodia compartida, la madre decide trasladar su residencia y la de su hijo a Barcelona, donde vive su familia y va a trabajar unas horas a la semana. El juez de instancia adapta el sistema de custodia compartida a la lejanía de los domicilios paternos y, subsidiariamente, concede la custodia exclusiva al padre. En cambio, la Audiencia concede la custodia exclusiva a la madre. El TSJA recuerda que en la decisión ha de tenerse en

cuenta el interés superior del menor, que constituye el criterio preferente y rector en esta materia según las normas internacionales, constitucionales y aragonesas, como han señalado tanto el TC como el TS y el propio TSJA. Se citan oportunamente los preceptos y sentencias atinentes. Añade a continuación que corresponde al recurso de casación velar porque la resolución recurrida haya tenido como norte el interés del menor. Y, con cita de la STS 11/12/2014, concluye que no hay duda de que, siendo probadamente idóneos ambos progenitores, lo más conveniente al interés del niño es no sacarle de su entorno (Teruel), máxime cuando con ello no sólo se le restringe la relación con su padre y familia paterna sino que se introducen modificaciones en sus hábitos, escolarización, costumbres, incluso con un idioma diferente.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 80.2 CDEFA.

PONENTE: Ilma. Sra. D^a Carmen Samanes Ara.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la demanda origen del presente recurso se instó la modificación de medidas acordadas en la sentencia de 24 de abril de 2013. Se pidió concretamente que, continuando con el régimen de custodia compartida establecido en aquella, el hijo común, nacido el 16 de septiembre de 2008, pasase la mitad del tiempo con cada progenitor y que se eliminase la pensión de 250 € a cargo del padre.

En el apartado que la sentencia de primera instancia dedica a los hechos probados se expresa que, en septiembre de 2013, aduciendo una situación económicamente insostenible, la madre del menor decidió trasladar su residencia y la del niño a Barcelona, por vivir allí su familia más cercana y por la circunstancia de haber sido em-

pleada en la peluquería de su hermana a media jornada prestando servicios los jueves de 9 a 13 y de 15 a 19 horas, los viernes de 9 a 13 horas y de 16 a 19 horas y los sábados de 9 a 14 horas. Continúa la sentencia refiriendo que, solicitada intervención judicial para remediar la privación de hecho de la guarda del menor por su padre, se acordó mediante auto una serie de medidas que resultan prácticamente confirmadas en la sentencia en los términos que han quedado recogidos en los antecedentes de la presente.

La sentencia de apelación, como también ha quedado expuesto, revoca la anterior para atribuir la custodia del niño a la madre. Y las razones que ofrece para adoptar tal decisión son las siguientes:

... tal como ha expuesto el Magistrado-Juez a quo, cada progenitor puede establecer su residencia donde tenga por conveniente; ahora bien, no puede mostrarse conforme este Tribunal con que dicha libertad de residencia pueda tener consecuencias negativas respecto a la guarda de la descendencia si, como en este caso, dicho cambio de localidad no obedece a una mala fe por parte de la madre sino a una necesidad real de trabajar y estar en compañía de su familia. Por otra parte, entiende la Sala que por la escasa edad del menor, seis años, no puede hablarse de un fuerte arraigo del mismo en una localidad determinada (...). Pero para poder mantener dicho régimen (de custodia compartida) es preciso que las localidades de residencia de los padres lo permita, siendo un obstáculo insalvable la existencia de una gran distancia entre ambas (...). A pesar de tenerse que acordar en este caso la custodia individual a favor de uno solo de los progenitores por la razón expuesta, deberá establecerse respecto al no custodio un amplio régimen de comunicación (...). Así las cosas, atendiendo al informe pericial (...) con arreglo al cual «la madre ha sido la principal cuidadora del menor durante la convivencia, quedando objetivado, en los resultados psicométricos y en el testimonio de ambos, que puede cubrir las necesidades del

menor en solitario de manera adecuada. El padre cubre, en la actualidad, las necesidades del menor con ayuda de apoyos, observándose en los resultados de las pruebas realizadas carencias en factores de independencia, capacidad para establecer vínculos afectivos o de apego y capacidad de resolución de duelo» estima la Sala la conveniencia de otorgar la guarda y custodia del menor a la madre (...).

SEGUNDO.- En el motivo de casación que resultó admitido por la Sala se alega, con invocación del precepto del artículo 80.2 del CDFA, vulneración del principio del *favor filii*. Considera el recurrente que no es al interés del menor a lo que se ha atendido en la sentencia impugnada, sino al de la madre; que lo que aquel interés pide es que el niño continúe donde se ha criado y donde tiene a su padre, abuela y amigos, y no que se traslade a Barcelona, a un ambiente que no conoce y con un idioma que no habla, no habiéndose dado una sola razón por la que vaya a estar mejor en Barcelona que en Teruel. Y viene a señalar que el derecho de la madre de residir en Barcelona no puede anteponerse al del niño.

La representación de la madre se opone al recurso alegando que ha quedado probado que la decisión de la madre de trasladarse de localidad responde a una necesidad real de trabajar y no a mala fe. No es admisible, –razona– *la falsa confrontación entre el derecho de residir y trabajar de la madre y el interés del menor. La cuestión a dilucidar era si el cambio de residencia era caprichoso e inmotivado (...). Y a continuación, resolver lo más adecuado para el interés del menor en dichas circunstancias.* No considerando posible la custodia compartida a causa de la distancia entre los domicilios de los progenitores, entiende correcta la solución adoptada, que desecha que a los seis años el niño haya establecido vínculos relevantes, y que tiene en cuenta que la madre ha sido la principal cuidadora y es capaz de

asumir en solitario –frente a lo que sucede con el padre– el cuidado del menor.

El Ministerio Fiscal interesa la estimación del recurso de casación al considerar que el régimen de custodia individual instaurado vulnera el *favor filii* al reducir de manera sustancial la estancia y la guarda del menor con su padre, familia amplia de éste y el entorno habitual del niño, con la sola base de una circunstancia de hecho ejecutada de manera unilateral por la recurrida.

TERCERO.- Como hemos señalado en ocasiones anteriores, en la adopción de decisiones sobre la materia que nos ocupa, ha de tenerse en cuenta el interés superior del menor, que constituye el criterio preferente y rector en esta materia.

Así se desprende del art. 3.1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 44/25, de 20 noviembre 1989; del art. 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000; y del principio nº 15 de la Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo (DOCE núm. C. 241 de 21 septiembre 1992), documentos internacionales todos ellos que deben considerarse asumidos por las normas constitucionales españolas sobre protección integral de la familia y de la infancia (art. 39.4 CE). En la normativa autonómica aragonesa recoge el principio, además del artículo 76.2 del CDFA, los 3.3.a) y c), 4, 13, 21, 46.i) de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón.

Ha señalado también nuestro Tribunal Constitucional que dicho principio constituye «un estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional» (STC 141/2000 de 29 de mayo) y un «criterio básico y preferente» en los procedimientos en materia de familia

(ATC 127/1986 de 12 de febrero) que «debe inspirar la actuación jurisdiccional» (STC 217/2009 de 14 de diciembre) y que, en consecuencia, faculta al tribunal para resolver incluso «ex officio» sobre todo lo concerniente a los menores (STC 4/2001 de 15 de enero).

Así lo ha declarado también el Tribunal Supremo, para el que debe prevalecer «incluso por encima del de sus progenitores» (STS Sala 1ª de 9 de julio de 2003) y cuyas características de orden público lo convierten en un principio de necesaria observancia por jueces y tribunales (STS Sala 1ª de 28 de septiembre de 2009).

Y así, como no podría ser de otro modo, lo ha puesto de relieve en numerosas ocasiones esta misma Sala del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, entre otras, en SSTJA 8 y 10/2011, de 13 de julio y 30 de septiembre.

CUARTO.- Partiendo de lo anterior, debe recordarse que la función propia de los tribunales de casación consiste en pronunciarse sobre el ajuste a la ley de la resolución recurrida. Es constante la doctrina jurisprudencial que limita el ámbito del recurso de casación a su función nomofiláctica, de tal forma que considera ajeno al mismo el control de las decisiones adoptadas dentro de los márgenes de discrecionalidad que el legislador confiere a los tribunales para llevar a cabo el juicio de valor del que depende la decisión del caso concreto.

Corresponde al recurso de casación velar porque la resolución recurrida haya tenido como norte el interés del menor.

QUINTO.- Lo que acaba de señalarse es lo esencial y en lo que debe centrarse la resolución del problema que nos ocupa, y frente a ello resulta secundario establecer si el cambio de residencia de la madre era caprichoso e inmotivado o, por el contrario, era necesario como sostiene con vehemencia la recurrida. Ello no obstante, cabe

recordar lo declarado por el TS en sentencias como la de 11 de diciembre de 2014:

Dice la sentencia de esta Sala de 26 de octubre de 2012 lo siguiente: «Las acciones y responsabilidades que derivan de la patria potestad corresponden a ambos padres de tal forma que cualquiera de ellos, tanto el que tiene la guarda como el que no la conserva, puede actuar en relación a sus hijos una posición activa que no solo implica colaborar con el otro, sino participar en la toma de decisiones fundamentales al interés superior del menor. Una de ellas la que concierne a su traslado o desplazamiento en cuanto le aparta de su entorno habitual e incumple el derecho de relacionarse con el padre o madre no custodio.

Pues bien, la guarda y custodia de los menores deriva de la patria potestad y de la patria potestad, entre otras cosas, deriva la fijación del domicilio familiar, según dispone el artículo 70 del Código Civil, para dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 68 del Código Civil, respecto de la obligación de vivir juntos. La ruptura matrimonial deja sin efecto la convivencia y obliga a los progenitores a ponerse de acuerdo para el ejercicio de alguna de estas facultades que traen causa de la patria potestad, entre otra la de fijar el nuevo domicilio y, como consecuencia, el de los hijos que se integran dentro del grupo familiar afectado por la ruptura coincidente por lo general con el de quien ostenta la guarda y custodia. Estamos, sin duda, ante una de las decisiones más importantes que pueden adoptarse en la vida del menor y de la propia familia, que deberá tener sustento en el acuerdo de los progenitores o en la decisión de uno de ellos consentida expresa o tácitamente por el otro, y solo en defecto de este acuerdo corresponde al juez resolver lo que proceda previa identificación de los bienes y derechos en conflicto a fin de poder calibrar de una forma ponderada la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada, sin condicionarla al propio conflicto que motiva la ruptura.

Es cierto que la Constitución Española, en su artículo 19, determina el derecho de los españoles a elegir libremente su residencia, y a salir de España en los términos que la ley establezca.

Pero el problema no es este. El problema se suscita sobre la procedencia o improcedencia de pasar la menor a residir en otro lugar, lo que puede comportar un cambio radical tanto de su entorno social como parental, con problemas de adaptación. De afectar el cambio de residencia a los intereses de la menor, que deben de ser preferentemente tutelados, podría conllevar, un cambio de la guarda y custodia».

SEXTO.- El régimen de custodia compartida acordado en la sentencia de 24 de abril de 2013 recaída en el procedimiento de guarda y custodia seguido tras la ruptura de los ahora litigantes, se estableció al no existir ningún obstáculo para considerar que dicho régimen era el más conveniente al interés del menor. En tal caso, esto –la custodia compartida– es precisamente lo que la regla del artículo 80.2 contempla como sistema preferente.

La solución adoptada por el juez de primera instancia en el procedimiento del que dimana el presente recurso descansa sobre esa misma base, reforzada con el apoyo de un informe pericial al que se hace referencia en la fundamentación de la sentencia, y del que destaca que adviera la idoneidad parental de ambos progenitores. Si bien, ante el hecho constatado de que la madre optó por trasladar su residencia y la de su hijo a Barcelona, donde trabaja de jueves a sábado (19 horas semanales) modifica el reparto del tiempo de estancia del niño con cada progenitor. Y lo hace de un modo que es compatible (aunque costoso para la madre) con la situación. Pero no acuerda la continuación del régimen de custodia compartida sin más, sino que defiende a la madre la decisión de llevarlo a cabo efectivamente o bien aceptar una custodia individual, a favor del padre, con un régimen de visitas para ella. Esta segunda alternativa, es decir, que el niño quede bajo la custodia del padre y no de la madre, se motiva en la sentencia. Y esa motivación es irreproachable, pues no hay duda de que,

siendo probadamente idóneos ambos progenitores, lo más conveniente al interés del niño es no sacarle de su entorno, máxime cuando con ello no sólo se le restringe la relación con su padre y familia paterna sino que se introducen modificaciones en sus hábitos, escolarización, costumbres, incluso con un idioma diferente.

Pues bien, frente a la razonabilidad de esa decisión del Juez de primera instancia contrasta llamativamente lo acordado en la sentencia de apelación. En ella, la revocación de lo decidido se justifica con la endeble alusión, como con acierto pone de relieve el Fiscal, a una parte del informe pericial que no pasó inadvertida al Juez a quo, pero que desechó precisamente por la irrelevancia de su contenido. Pese a que se expresa en la sentencia de segunda instancia que la razón de acordar la custodia individual es la distancia entre las localidades de residencia de los progenitores –no se niega, pues, la aptitud de uno y otro– justifica la atribución de dicha custodia a la madre por el dato de haber sido la principal cuidadora del menor durante el régimen de convivencia; porque puede cubrir las necesidades del menor en solitario mientras que el padre las cubre con apoyos, y por algunas carencias observadas en los resultados del test psicométrico del padre. Esto revela que en realidad, lo que ha sucedido es que se ha dado prevalencia a la situación de hecho existente, de modo que lo que realmente sustenta la decisión adoptada es la aceptación de esa situación y no la efectiva atención al interés superior del menor.

Debe entenderse, en consecuencia, y de acuerdo con lo postulado por el Ministerio Fiscal, que la sentencia impugnada ha vulnerado el art. 80.2 en la atribución del régimen de custodia. En consecuencia, procede la estimación del recurso, anulando la sentencia impugnada.

SEPTIMO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 398.2 de la Ley de Enjuicia-

miento Civil, por la estimación del recurso, no procede la imposición de las costas del mismo.

19

NÚM. 19

A. TSJA de 29 de mayo de 2015

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL: Requisitos para la admisión del recurso.

Conforme al art. 483.2.2 Lec., procederá la inadmisión del recurso si el escrito de interposición no cumplierse los requisitos establecidos, para los distintos casos, en la ley, y el art. 481 Lec. exige que dicho escrito exprese con la necesaria extensión sus fundamentos. De acuerdo con tal precepto, el escrito de interposición del recurso de casación debe contener una exposición amplia y clara de la argumentación en que se sostenga la infracción que se afirma cometida. Así lo señala el acuerdo de la Sala Primera del TS de 30 de diciembre de 2011, y la jurisprudencia que lo precede y aplica. Asimismo, se ha excluido de la vía casacional la alegada infracción de preceptos genéricos sin la necesaria concreción, y el acarreo de argumentos heterogéneos en un mismo motivo. Todo ello es predicable del presente recurso de casación.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 481 y 483 Lec.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado.

Alegación de Derecho no aplicable: *Se reitera lo dicho en la STSJA 30/2014, de 26/9. Esta Sala ha asumido la competencia en el trámite de admisión del recurso de casación por fundarse éste en infracción de normas propias del Derecho aragonés (arts. 73.1.a LOPJ, 478.1.2 Lec., 1 Ley 4/2005, de 14 de julio, sobre la casación foral aragonesa), al ser éstas las alegadas por el recurrente, que ha asumido la responsabilidad de la posible incoherencia entre las normas alegadas (art. 83.4 y 5 CDFA) y el derecho aplicable, cuya apreciación corresponde a esta Sala en la presente sentencia. El art. 83 CDFA no resulta de aplicación al presente caso, por no existir hijos a cargo, debiendo ser aplicados los arts. 97, 100 y 101 Cc. Al no resultar de aplicación el Derecho civil aragonés, sino el Cc., debe desestimarse el motivo de casación, puesto que ninguna infracción de un precepto de Derecho civil aragonés se ha producido. No obstante, indica la Sala que la solicitud de extinción o reducción de la asignación compensatoria por infracción del art. 83.4 y 5 CDFA estaba abocada al fracaso.*

61: PERSONA Y FAMILIA. EN GENERAL: ASIGNACIÓN COMPENSATORIA NO HABIENDO HIJOS A CARGO: *Aplicación del Código civil: Tras reiterar lo establecido en las SSTJA de 30/12/2011 y 11/1/2012 sobre la naturaleza y finalidad de la asignación compensatoria aragonesa que, en lo sustancial no es diferente de la señalada por el art. 97 Cc. para 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». El título de la Sección en la que está incluido el art. 83 CDFA se refiere a los «padres con hijos a cargo», y el art. 75.1 CDFA deja claro que el*

20

NÚM. 20

S. TSJA 18/2015 de 29 de junio de 2015

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL:

objeto de dicha Sección es regular 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. En el caso no hay ningún hijo a cargo de los progenitores, por lo que la pensión discutida en este pleito es la compensatoria del art. 97 Cc., y no la asignación compensatoria del art. 83 CDFA, no resultando de aplicación la legislación foral aragonesa alegada por el recurrente, sino el Código civil. Se desestima el recurso de casación, puesto que ninguna infracción de un precepto aragonés se ha producido.

Extinción: *La asignación compensatoria tiene la misma naturaleza y finalidad que la pensión compensatoria del art. 97 Cc. Esta finalidad no es otra que atender al desequilibrio económico que la ruptura matrimonial ocasiona en un cónyuge respecto del otro; con ella se pretende «colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial (STS 4/12/2012, rec. 691/2010). Por ello el art. 83.5 CDFA permite la extinción cuando se produzca una «alteración sustancial de los criterios económicos en función de los cuales se determinó». Estos criterios fueron la diferencia económica entre ambos cónyuges que la sentencia recurrida entiende que se mantiene en la actualidad. La percepción de una exigua pensión de vejez SOVI –por importe de 477,22 euros mensuales– no puede considerarse una alteración sustancial de los criterios económicos en función de los cuales se determinó la asignación compensatoria, de manera que el recurso de casación no hubiera podido prosperar por este motivo.*

Reducción: *Subsidiariamente el recurrente pretende la reducción de la cuantía de la pensión compensatoria a 100 euros mensuales o, al menos, a los 300 euros mensuales*

fijados en la sentencia de primera instancia. La determinación del importe concreto de la revisión ex art. 83-4 CDFA corresponde al juzgador, en función, en el caso enjuiciado, de la alteración que hayan experimentado los ingresos del perceptor, sin que resulte exigible que la reducción de la pensión lo sea en la misma cantidad o porcentaje en que se incrementen los ingresos. La escasa cuantía de la pensión SOVI que ahora percibe la mujer (477,22 euros mensuales) conduce a la Audiencia a reducir la asignación compensatoria a 400 euros, reducción prudencial, en un porcentaje (30%) cercano a aquel en el que se han incrementado los ingresos (45%), por considerar que una reducción mayor impediría la finalidad reequilibradora de la asignación compensatoria. La decisión no puede calificarse de ilógica, irrazonable o arbitraria, atendiendo a las circunstancias concurrentes, en particular a la escasez de la pensión SOVI y a la diferencia entre los ingresos de una y otra parte, por lo que el motivo de casación habría de ser desestimado de ser aplicable el derecho civil aragonés.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 75.1, 83 CDFA, 97 Cc.

PONENTE: Excm. Sr. D. Manuel Bellido Aspas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes procesales.

D. José y D^a Manuela contrajeron matrimonio canónico el día 11 de marzo de 1967; de dicha unión nacieron tres hijas, Sabina, Aurora y Inocencia, en 1969, 1971 y 1976, respectivamente.

Por sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Zaragoza, de 3 de marzo de 1999, se acordó la separación de ambos cónyuges, fijándose una pensión com-

pensatoria de 85.000 pesetas mensuales, actualizable conforme al IPC. También se fijó, a cargo del padre, una pensión de alimentos de 40.000 pesetas mensuales para la menor de las hijas, Inocencia, indicando la resolución que, pese a ser mayor de edad, convive con la madre y no es independiente desde el punto de vista económico. La sentencia fue revocada parcialmente por la de la sección cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 7 de diciembre de 1999, que dejó sin efecto la pensión de alimentos a favor de la hija al no haber sido solicitada por ninguno de los progenitores, concurriendo vicio de incongruencia en la sentencia recurrida.

En fecha 31 de enero de 2002 se dictó sentencia por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Zaragoza decretando la disolución del matrimonio por divorcio. En la resolución se mantuvo la pensión compensatoria ya acordada en la sentencia de separación.

Por sentencia del mismo juzgado, de fecha 29 de marzo de 2007, dictada en proceso de modificación de medidas definitivas de divorcio con oposición, se acordó rebajar la pensión compensatoria que en dicha fecha abonaba el Sr. José (641,00 euros mensuales) a la cantidad de 500,00 euros mensuales. La resolución fundamentaba la reducción en el hecho de pasar el deudor a la situación de jubilación en 2006, lo que supuso que sus ingresos durante 2007 por la pensión de jubilación fueran de 1.855,38 euros mensuales en 14 pagas, frente a sus ingresos por trabajo percibidos en 2005 (51.063,00 euros brutos) y parte de 2006, antes de la jubilación (40.360,02 euros brutos).

SEGUNDO.- *Hechos probados.*

En la sentencia recurrida, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, consta acreditado que el Sr. José venía abonando en la fecha de la

resolución una asignación compensatoria de 577,39 euros mensuales.

También se acredita, y esta es la causa principal de la controversia, que la acreedora de la pensión, Sra. Manuela, percibe desde el 1 de febrero de 2011 una pensión de vejez SOVI que, en la fecha de la resolución recurrida, ascendía a 472,22 euros mensuales (404,80 euros mensuales en 14 pagas).

Por último, la sentencia de la Audiencia Provincial considera acreditado que el actor, tras pasar a la situación de jubilación, pasó a percibir una pensión de 2.642,83 euros mensuales (2.265,29 euros mensuales en 14 pagas).

TERCERO.- *Recurso de casación.*

El recurrente articula el recurso de casación con una gran parquedad, limitándose a señalar la infracción del artículo 83, números 4 y 5 CDFA, indicando que esta norma no lleva más de cinco años en vigor.

Pese a lo escueto del recurso, cabe entender que concurre interés casacional al amparo del artículo 2.2, en relación con el artículo 3.3, ambos de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa.

La argumentación sobre el fondo del asunto se sustenta en la variación sustancial de la situación económica de la perceptora de la pensión compensatoria y de los criterios económicos en base a los que se fijó dicha pensión en sentencia de 1999.

CUARTO.- *Naturaleza de la pensión discutida.*

Como se acaba de señalar, el recurso de casación se fundamenta por el recurrente, exclusivamente, en la infracción del artículo 83, números 4 y 5 CDFA.

La sentencia recurrida no hace referencia a precepto alguno y la de instancia menciona el artículo 83.5 CDFA, que se re-

fiere a la extinción de la asignación compensatoria, poniéndolo en relación con el artículo 101 CC, regulador de la extinción de la pensión compensatoria. Por su parte, la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de esta ciudad, de fecha 3 de marzo de 1999, estableció la pensión compensatoria en aplicación del artículo 97 CC, sin que ninguna de las resoluciones posteriores haya aplicado el derecho civil aragonés, con la salvedad mencionada en este mismo párrafo.

Esta Sala ha establecido en sentencias de 30 de diciembre de 2011, recurso 19/2011, y 11 de enero de 2012, recurso 22/2011, que *«la asignación compensatoria prevista en el artículo 9 de la Ley aragonesa 2/2010 (artículo 83 CDFA) no tiene, en lo sustancial, una naturaleza y finalidad diferente a la señalada por el artículo 97 del Código civil: 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»*.

La Ley 2/2010 ha sido posteriormente refundida con las restantes leyes civiles aragonesas en el CDFA, aprobado por el Gobierno de Aragón en virtud de Decreto Legislativo de 22 de marzo de 2011, pasando a integrar la sección 3ª del capítulo II del Título II del Libro 1º de dicho cuerpo legal, artículos 75 a 84, bajo la rúbrica *«Efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo»*.

El artículo 75.1 CDFA no deja duda acerca de que el objeto de la sección 3ª –en la que se incluye el artículo 83– no es otro que regular 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.

Al acordarse la pensión compensatoria por la sentencia de separación, de fecha 3 de marzo de 1999, no estaba regulada la asignación compensatoria en el derecho civil aragonés, puesto que se introdujo por la Ley 2/2010, de manera que la pensión compensatoria se concedió en aplicación, exclusivamente, del artículo 97 CC. Tampoco existían hijos a cargo de los litigantes, ya que todas las hijas eran mayores de edad y nada se acordó al respecto en la sentencia –la pensión de alimentos a favor de la menor de las hijas fue revocada por la Audiencia Provincial–. Con mayor motivo, ninguna hija a cargo de los progenitores existía cuando el recurrente presentó demanda peticionando la extinción o reducción de la pensión compensatoria por percibir la Sra. Manuela una pensión de vejez SOVI.

Es por ello que la pensión discutida en este pleito es la compensatoria del artículo 97 CC, y no la asignación compensatoria del artículo 83 CDFA, no resultando de aplicación la legislación civil aragonesa alegada por el recurrente, sino el Código Civil.

QUINTO.- Resolución del recurso de casación: derecho aplicable.

Como también ha señalado esta misma Sala en sentencia de 26 de septiembre de 2014, recurso 26/2014, *«conforme a lo dispuesto en el artículo 73.1.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), es competente la Sala de lo Civil y Penal de cada Tribunal Superior de Justicia para conocer de los recursos de casación siempre que se funden en infracción de normas del derecho civil, foral o especial, propio de la comunidad. En los mismos términos el párrafo segundo del artículo 478.1 de la LEC*.

Bajo la vigencia del artículo 1732 de la anterior LEC, en la redacción dada por la Ley 10/1992, se atribuía a las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores la competencia de los recursos de casación fundados en infracción de norma de Derecho civil común y de Derecho civil foral o espe-

cial propio de la Comunidad, salvo que se fundamentaran en infracción de precepto constitucional. Al respecto dijo el Tribunal Supremo (sentencia nº 947/1999, de 16 de noviembre de 1999, recurso 205/1995):

«PRIMERO.- Es criterio reiterado de esta Sala, desde la reforma de la casación civil llevada a cabo por la Ley 10/92 que las dudas sobre si la competencia para conocer de un determinado recurso de casación civil corresponde a esta misma Sala o, por el contrario, a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de que se trate, deben resolverse desde la más estricta observancia del párrafo primero del art. 1730 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siempre que, claro está, se den los presupuestos del art. 73.1 a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es decir, que la sentencia recurrida haya sido dictada por un órgano jurisdiccional civil con sede en la Comunidad Autónoma cuyo Derecho civil foral o especial se cite como infringido y, además, que el Estatuto de Autonomía de la misma Comunidad haya previsto la correspondiente atribución competencial a favor de la Sala de lo Civil y Penal de su Tribunal Superior de Justicia».

La remisión al párrafo primero del artículo 1730 implicaba que, salvo infracción de precepto constitucional, la competencia en los recursos fundados conjuntamente en infracción de normas de derecho civil común y de derecho civil especial correspondía a las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores, y también la decisión sobre la competencia. Así lo expresa la sentencia citada en su fundamento tercero:

«TERCERO.- Finalmente, el indicado criterio de esta Sala se completa, de un lado, con la responsabilidad del recurrente por la articulación de su propio recurso, de modo que, cualquiera que hayan sido las normas aplicadas por la sentencia recurrida, si aquél no alega infracción de norma o normas de Derecho civil foral o especial la competencia corresponderá a esta Sala y, si lo hace, corresponderá a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de que se trate, asumiendo así el recurrente los riesgos de

una posible incoherencia entre la fundamentación de la sentencia impugnada y la motivación de su recurso de casación (así, Sentencia de 1 de julio de 1996); y de otro, con el reconocimiento de la competencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia correspondiente para conocer del recurso de queja contra Auto denegatorio de la preparación de la casación cuando ésta se hubiera solicitado para ante una de dichas Salas, según resulta del art. 1729 de la ley de Enjuiciamiento Civil en relación con los arts. 1697 a 1702 de la misma (por ejemplo, Auto de 12 de enero de 1999 en recurso núm. 2583/98)».

Corresponde al recurrente, por lo tanto, la decisión de fundar su recurso en unas normas u otras, con independencia de que sean las realmente aplicables.

Atendiendo a estos criterios el Tribunal Supremo de forma reiterada atribuye la competencia a los Tribunales Superiores cuando el recurrente funda el recurso en normas de derecho civil foral».

Esta Sala ha asumido la competencia en el trámite de admisión del recurso de casación por fundarse éste en infracción de normas propias del derecho aragonés (artículo 73.1.a de la Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 478, núm. 1, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y artículo 1 de la Ley 4/2005 de las Cortes de Aragón, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa), al ser éstas las alegadas por el recurrente, que ha asumido la responsabilidad de la posible incoherencia entre las normas alegadas (artículo 83.4 y 5 CDFA) y el derecho aplicable, cuya apreciación corresponde a esta Sala en la presente sentencia.

Y, tal como se ha indicado en el fundamento de derecho anterior, el artículo 83 CDFA no resulta de aplicación al presente caso, por no existir hijos a cargo, debiendo ser aplicados los artículos 97, 100 y 101 CC. Al no resultar de aplicación el derecho civil

aragonés, sino el Código Civil, debe desestimarse el motivo de casación, puesto que ninguna infracción de un precepto de derecho civil aragonés se ha producido.

SEXTO.- *Extinción o reducción de la asignación compensatoria.*

Sentado lo anterior, que conduce a la desestimación del recurso, y a los solos efectos de dar respuesta completa a todas las pretensiones ejercitadas por el recurrente, debemos decir que la solicitud de extinción o reducción de la asignación compensatoria por infracción del artículo 83.4 y 5 CDFA estaba abocada al fracaso.

La asignación compensatoria prevista en el CDFA tiene la misma naturaleza y finalidad que la pensión compensatoria regulada en el artículo 97 Código Civil, como ya se ha señalado en el fundamento de derecho cuarto de esta resolución. Esta finalidad no es otra que atender al desequilibrio económico que la ruptura matrimonial ocasiona en un cónyuge respecto del otro. Con ella se pretende, tal como señala la STS de 4 de diciembre del 2012 (recurso 691/2010), «... *colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial...*».

En cuanto a su extinción, peticionada por el recurrente, el número 5 del artículo 83 CDFA la permite siempre que se produzca una «alteración sustancial de los criterios económicos en función de los cuales se determinó».

Estos criterios, atendiendo a la sentencia de separación que concedió la pensión compensatoria, de fecha 3 de marzo de 1999, fueron la diferencia económica entre ambos cónyuges, puesto que el actor percibía unos ingresos anuales netos de 5.600.000 pesetas, mientras que la esposa no percibía ingreso alguno, al no trabajar y dedicarse al cuidado de la familia.

La sentencia recurrida considera acreditada la diferencia entre los patrimonios de los litigantes, puesto que el deudor de la asignación percibe unos ingresos de 2.642,83 euros mensuales frente a los 872,22 euros de la demandada –computando la pensión SOVI y la reducción efectuada en la asignación compensatoria por la sentencia recurrida–. Es por ello que, tal como sostiene la sentencia recurrida en una razonada argumentación, la percepción de una exigua pensión de vejez SOVI –por importe de 477,22 euros mensuales– no puede considerarse una alteración sustancial de los criterios económicos en función de los cuales se determinó la asignación compensatoria, de manera que el recurso de casación no hubiera podido prosperar por este motivo.

Subsidiariamente el recurrente pretende la reducción de la cuantía de la pensión compensatoria a 100 euros mensuales o, al menos, a los 300 euros mensuales fijados en la sentencia de primera instancia. Alega que la sentencia recurrida, al fijar la pensión compensatoria en 400 euros mensuales, incurre en una clara desproporción entre el incremento de los ingresos de la Sra. Manuela, que cifra en un 82%, y la reducción de la pensión, que fija en un 30%, afirmando que se produce un enriquecimiento injusto a favor de la perceptora.

Sin embargo, lo cierto es que el porcentaje de incremento de los ingresos de la acreedora de la asignación no es propiamente de un 82%, sino de un 45%, computando el porcentaje que la pensión SOVI (472,22 euros) representa respecto del total de los ingresos percibidos (1.049,61 euros), resultantes de sumar la asignación compensatoria que venía percibiendo (577,39 euros mensuales) y la pensión SOVI. Por su parte, la reducción de la pensión fijada por la sentencia de la Audiencia Provincial es, tal como se recoge en el recurso, del 30%, que es el porcentaje que representa la cantidad reducida (177,39 euros)

respecto del total de la asignación compensatoria que se percibía con anterioridad a dicha reducción (577,39 euros).

El artículo 83.4 CDFA dispone que la asignación compensatoria se revisará en los casos de variación sustancial de la situación económica del perceptor o pagador. La determinación del importe concreto de la revisión corresponde al juzgador, en función, en el caso enjuiciado, de la alteración que hayan experimentado los ingresos del perceptor, sin que resulte exigible que la reducción de la pensión lo sea en la misma cantidad o porcentaje en que se incrementen los ingresos. El juzgador deberá valorar las circunstancias concurrentes –en particular la situación económica de las partes– y, conforme a ellas, fijar una pensión que permita cumplir la finalidad reequilibradora propia de la institución.

En el presente caso, la sentencia recurrida, en el auto de aclaración de fecha 23 de enero de 2015, motiva la reducción de la asignación compensatoria a 400 euros en *«la evidente modestia de esa pensión SOVI de 477,22 euros, prorrateadas las 14 pagas de 404,80 euros, que, pudiendo excluirse como se excluye que surta, como el recurrente quería, el efecto reequilibrador al que la pensión señalada proveyó, solo puede justificar una reducción que en apreciación que pretende ser razonable y equilibrada, en razonamiento difícilmente ajustable a reglas aritméticas, la deja en los antedichos 400 euros»*.

Dicho razonamiento, basado en la escasa cuantía de la pensión SOVI, conduce al tribunal sentenciador a reducir la asignación compensatoria, de manera prudencial, en un porcentaje (30%) cercano a aquel en el que se han incrementado los ingresos (45%), por considerar que una reducción mayor impediría la finalidad reequilibradora de la asignación compensatoria. La decisión no puede calificarse de ilógica, irrazonable o arbitraria, atendiendo a las circunstancias concurrentes, en

particular a la evidente escasez de la pensión SOVI y a la diferencia entre los ingresos de una y otra parte.

El juicio del tribunal de apelación que decide sobre la extinción o reducción de la asignación compensatoria por modificación de la situación económica del acreedor o del deudor, o por ambas causas, solo tiene el necesario interés casacional cuando pueda calificarse de ilógico, irrazonable o arbitrario, y no siéndolo en el presente caso, el motivo de casación habría sido desestimado de ser aplicable el derecho civil aragonés.

SÉPTIMO.- *Costas.*

De conformidad con lo prevenido en el artículo 398.1, en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no procede en este caso hacer imposición de las costas del recurso, dado que la cuestión debatida genera dudas de derecho, puesto que la mención en alguna de las resoluciones, concretamente en la de instancia, de preceptos del CDFA (artículo 85.3), pudo contribuir a que el recurrente considerase de aplicación en el presente caso el derecho civil aragonés.

FALLAMOS

PRIMERO.- Desestimar el presente recurso de casación núm. 11/2015, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a. Adela Domínguez Arranz, en nombre y representación de D. José, contra la sentencia de fecha 19 de diciembre de 2014 dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza.

SEGUNDO.- Sin imposición de las costas del recurso. Contra esta sentencia no cabe recurso jurisdiccional alguno. Dese el destino legal al depósito constituido.

Devuélvanse las actuaciones a la referida Sección de la Audiencia Provincial, jun-

tamente con testimonio de esta resolución, debiendo acusar recibo.

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

21

NÚM. 21

S. TSJA 19/2015 de 30 de junio de 2015

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: La opinión de los menores: Inexistencia de error en la valoración de la prueba. *Doctrina jurisprudencial que se recuerda en la STS 649/2014 (Recurso: 261/2012). La prueba de exploración acordada por la Sala para conocer la opinión de los hijos requerida por los arts. 76.4 y 80.2 c) CDFA, no puede ser tachada de inútil o impertinente porque a un menor de 7 años cumplidos debe serle reconocida madurez bastante a los efectos perseguidos de determinar el sistema de guarda. No es cierto que la Sala haya tenido por decisiva la opinión del menor, sino que ha sido valorada en atención a los demás elementos probatorios, en particular el dictamen pericial, lo que es conforme con la doctrina del TSJA. Función del recurso de casación: El recurso de casación en la determinación del régimen de guarda y custodia no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia y de lo dicho por el legislador aragonés en el art. 80.2 CDFA sobre factores a tener en cuenta y preferencia de la custodia compartida; de ahí no se sigue que la Sala de casación pueda sustituir el criterio afirmado por la sentencia recurrida, si, atendidos aquellos factores, concluye razonadamente que la individual es la guarda que mejor satisface el interés del menor. En el presente caso, la Sala ha tomado su decisión sin apartarse de los mandatos establecidos en el art. 80.2*

CDFA, sin que corresponda al TSJA corregir su criterio, dada la finalidad exclusivamente nomofiláctica del recurso de casación.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 80.2, 80.5 CDFA.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado.

22

NÚM. 22

A. TSJA de 3 de julio de 2015

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR: Limitación temporal: *El art. 81 CDFA ni fue citado en la sentencia recurrida (que resuelve el recurso se apelación contra sentencia dictada en juicio de desahucio) ni podía ser el fundamento de la misma dado que la cuestión relativa a la limitación temporal del uso de la vivienda ya había sido objeto de sentencia en el procedimiento de familia, en la que había sido señalado el término de dicho uso. Pero, dado que el fallo no contenía, aunque hubiera podido hacerlo, pronunciamiento sobre la obligación de desalojo en fecha determinada que pudiera ser objeto de ejecución, el actor inició el juicio de desahucio para hacer efectiva la decisión sobre el término del derecho de uso de la demandada, que ya había sido resuelto. En consecuencia, el art. 81 CDFA no podía ser infringido en el procedimiento de desahucio ni motivo del recurso de casación, incurriendo así en causa de inadmisión conforme a lo dispuesto en el art. 483.2º en relación con el art. 477.1, ambos de la Lec.*

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 81 CDFA.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasierra.

23

NÚM. 23

S. TSJA 20/2015 de 29 de julio de 2015

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: RÉGIMEN DE VISITAS: Entrega y recogida de los hijos: *En el presente caso el traslado del domicilio de la madre, con la niña, a Francia no es injustificado (obedece a razones laborales) ni contrario al interés de la menor (que es el principal criterio al que debe atenderse en cada caso), pero introdujo cambios en el régimen de visitas del padre, aceptados por las partes salvo en lo relativo al lugar de entrega y recogida de la niña que ahora ha quedado fijado en Toulon (Francia) para la recogida por el padre y en Zaragoza para la entrega a la madre custodia. Este reparto de cargas económicas y de esfuerzo personal entre ambos padres resulta justificado en atención a la disponibilidad personal y económica de ambos, sin que se haya conculcado el derecho de padre e hija a un régimen de comunicación en los términos del art. 80.1.3 CDFA. Valoradas las circunstancias, se estima que el alto coste económico y personal de los desplazamientos del padre a Francia no afectan al propio ejercicio del régimen de visitas. Se citan las sentencias TS 26 mayo 2014 y TSJA 39/2014, de 15 de diciembre.*

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 80.1.3 CDFA.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasierra.

ha tenido ocasión en numerosas resoluciones de pronunciarse sobre la interpretación del art. 80.2 CDFA que establece como criterio legal preferente el de la custodia compartida, estableciendo dicho carácter preferente (SSTSJA 13/2011, de 15 de febrero; 4/2012, de 1 de febrero; 39/2012, de 27 de noviembre; 35/2013, de 17 de julio; 12/2014, de 4 de marzo; etc.), pero siempre a salvo de que se acredite que la custodia individual salvaguarda mejor el interés del menor.

Prueba de que la custodia individual es más conveniente: *La sentencia de apelación, ejerciendo el margen de discrecionalidad que le corresponde por Ley, ha considerado, motivadamente, que en el concreto caso enjuiciado la custodia individual satisface mejor el interés superior de las hijas menores. Conclusión a la que llega de manera razonada, valorando los hechos que considera acreditados por los informes emitidos por el centro educativo (desinterés del padre hacia el proyecto educativo de la hija menor, así como su falta de implicación en la colaboración y coordinación con el centro educativo, hechos que pueden encuadrarse en el factor de la letra d) del art. 80.2 o bien en la letra f) del mismo precepto) y por la exploración de la hija mayor (que quiere residir con su madre y se encuentra incómoda y a disgusto con el sistema de custodia compartida). Valoración de los hechos que no resulta irracional, ilógica o arbitraria, o claramente atentatoria contra el interés del menor.*

La opinión de los menores: *Lo dicho por esta Sala sobre el valor de la opinión de los menores, entre otras en sentencias de 10/07/2013 y 12/07/2013, solo significa que hay que tener una especial cautela al valorar las manifestaciones de los menores, y que no son el único factor a tener en cuenta. Pero dicha doctrina no impide, como sucede en el presente caso, que el juzgador pueda valorar esas opiniones de manera razonada,*

24

NÚM. 24

*S. TSJA 21/2015
de 17 de septiembre de 2015*

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Preferencia de la custodia compartida: *Esta Sala*

junto con otros factores, para considerar que la custodia individual es el sistema que mejor defiende el interés del menor en el caso enjuiciado. En el presente caso la opinión de la hija, que ya tiene cumplidos doce años en la fecha en que es examinada y cuenta con suficiente criterio, alcanza un mayor interés, puesto que se aprecia un estado de ansiedad y tristeza en la hija mayor, que está recibiendo tratamiento psiquiátrico en el Hospital Infantil.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 80.2 CDFA.

PONENTE: Excmo. Sr. D. Manuel Bellido Aspás.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Hechos acreditados en la instancia.*

1. D^a Angélica A. L. y D. José S. P. contrajeron matrimonio el 28-05-03. Tienen dos hijas comunes, Ángela Malka, nacida el 14-12-02, y Carmen, nacida el 4-08-04. Esta última está afectada de síndrome de Down, teniendo reconocido un grado de minusvalía del 65%.

2. La vivienda familiar pertenece al Sr. Salvador, que también es propietario de una vivienda en la Calle..., que tiene arrendada y por la que percibe 650 euros mensuales, haciéndose cargo él de los gastos de comunidad. Además obtiene 65 euros mensuales por el alquiler de una plaza de garaje sita en el..., y es propietario de un local en la Calle...

3. El Sr. S. percibe 475 euros mensuales netos por un contrato de trabajo temporal como peón de mantenimiento. Tiene alquilada una vivienda en la Calle G., por la que abona una renta de 300 euros mensuales. Manifiesta abonar la cantidad de 230 euros mensuales en concepto de alimentos

de otro hijo mayor de edad, nacido de un matrimonio anterior.

4. La Sra. A. percibe un renta activa de inserción y una pensión de 255,77 euros mensuales, a cargo del IASS, por atención de persona dependiente, dedicándose ocasionalmente al cuidado de personas mayores.

SEGUNDO.- *Antecedentes relevantes.*

5. D^a Angélica A. L. formuló demanda contenciosa de divorcio frente a D. José S. P. en la que solicitaba la custodia individual de las dos hijas menores de edad, con el establecimiento de un régimen de visitas a favor del padre, el uso de la vivienda que había constituido el domicilio familiar, una pensión de alimentos para las dos hijas menores de 250,00 euros mensuales para cada una de ellas y el abono de los gastos extraordinarios por mitad, así como una pensión compensatoria para ella de 200,00 euros mensuales.

6. La sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Zaragoza, de fecha 19-03-14, acordó, por lo que a este recurso interesa, la custodia compartida de las dos hijas menores por períodos de dos semanas consecutivas alternas con cada uno de los progenitores, con el correspondiente régimen de visitas para el progenitor que en cada momento no tuviera a las hijas consigo.

7. El juzgador de primera instancia, tras referirse a la doctrina de esta Sala, entre otras en la STSJA núm. 35/2013, de 17 de julio, argumenta para justificar el otorgamiento de la custodia compartida que «*de los informes técnicos que obran en autos no se desprenden motivos para excluir la custodia compartida solicitada por el padre. Dispone de un domicilio, sin olvidar que es titular de la vivienda familiar, su horario laboral le permite atender directamente a las hijas y cuenta con el apoyo de un hijo mayor de edad, además de reunir condiciones para atender a las hijas satisfactoriamente. Hay que añadir que la discapacidad*

de Carmen supone un desgaste importante que el padre ofrece compartir».

La sentencia de primera instancia recoge también la doctrina sentada por esta Sala en relación a la opinión de los hijos como uno de los factores para decidir sobre la custodia (entre otras en las SSTSJJA núm. 33/2013, de 12 de julio, y núm. 31/2013, de 10 de julio), señalando la sentencia que *«aparte la opinión del menor, el art. 80.2 CDFA prevé más factores a considerar para decidir sobre la custodia. Por tanto, la opinión de los hijos tiene una gran relevancia, pero no es lo único a valorar»* y que *«la audiencia del menor debe ser siempre observada con la debida atención para descubrir su auténtico valor».*

Respecto a la difícil relación del padre con su hija mayor, la sentencia establece que *«en el presente caso, Ángela Malka tenía una buena relación con el padre antes de la ruptura. Esta situación la ha acercado a la madre, pero no hay razones objetivas para pensar que no estemos ante una consecuencia de la tensión propia de la crisis del matrimonio. Tiene que ser cuestión de tiempo».*

El juzgador entiende que *«el reparto de papeles durante la convivencia no es obstáculo de cara a fijar una custodia compartida»*, decantándose por establecer ésta mediante turnos alternos de dos semanas consecutivas, de acuerdo con la propuesta recogida en el informe psicológico, puesto que proporciona mayor estabilidad al sistema.

8. La sentencia de apelación dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 17-02-15, revoca parcialmente la de primera instancia, al estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Sra. A. Establece la custodia individual de las dos hijas menores a favor de la madre, manteniendo el régimen de visitas a favor de padre fijado en la sentencia de instancia, complementado con los fines de semana alternos que en la misma se especifican.

9. La sentencia de apelación argumenta el otorgamiento de la custodia individual para la madre señalando que *«no se discute el deseo del padre de mantener el contacto con sus hijas ni su cariño hacia ellas, pero los diferentes estilos educativos de ambos progenitores, en especial, el desinterés del padre hacia el proyecto educativo de Carmen, entorpecen en buena medida el correcto desarrollo y estabilidad de las menores, al margen de los incidentes documentados en el proceso (f. 253 y ss.), referentes a su necesaria asistencia sanitaria y encierro en su domicilio durante una noche que pasaban con su padre las menores. Las menores están muy unidas entre sí y no resulta aconsejable su separación, ni deseable. En estas condiciones, no se revela la custodia compartida como la medida más aconsejable para las dos menores, dados los requerimientos especiales de Carmen y la voluntad razonadamente expresada por Malka, debiendo, por ello, estimarse el recurso, otorgando la custodia individual a la madre, en cuyo entorno gozan de mayor estabilidad y atención personalizada (art. 80 CDFA)».*

La sentencia valora especialmente los dos informes educativos emitidos por el Colegio San Antonio de Padua –al que asisten las hijas– que, según recoge la sentencia, *«señalan que desde su entrada en el centro ha sido la madre la única encargada de llevar y traer a las niñas y la que asistiendo a tutorías y entrevistas con los profesionales ha recibido las pautas y orientaciones proporcionadas, estando el padre ausente en la colaboración y coordinación con la escuela, sobre todo en el proceso educativo de Carmen».* Continúa la sentencia indicando, en referencia al informe de 10-03-14, *«que desde la separación conyugal el padre asiste por separado a las entrevistas escolares, presentando ambos progenitores disparidad de criterios educativos, mostrando el padre desacuerdo sobre la modalidad de escolarización de Carmen, siendo partidario de derivarla a un Centro de Educación Especial, frente al sistema de integración vigente, observando los profesionales un empeoramiento en la conducta de Carmen, con actividades de riesgo que el padre po-*

tencia, en perjuicio de su correcta integración, cuestionando los criterios de los especialistas que recomiendan un ambiente rutinario de hábitos y límites en coordinación casa-escuela que favorecería su correcto desarrollo». En la sentencia se indica también que «el Centro Educativo revela un retroceso en la integración educativa de Carmen, un estado de ansiedad y tristeza de Malka, y una total falta de implicación del padre en el proceso educativo de ambas hijas, especialmente en el de Carmen, aquejada de una importante minusvalía, Malka está recibiendo tratamiento psiquiátrico en el Hospital Infantil».

La sentencia de apelación se refiere también a la exploración de la hija mayor, Ángela Malka, realizada en la alzada, señalando que la menor «ha manifestado querer residir con su madre, con la que se siente segura y a gusto, pese a querer a su padre y mantener con él su sistema de visitas, pero razona que los cuidados que reciben de éste carecen de la calidad y atención que a ella le gustaría, incidiendo especialmente en la amplia permisividad de su padre hacia su hermana Carmen. Se encuentra incómoda y a disgusto con el sistema de custodia compartida que la descentra».

En relación al informe emitido por la psicóloga adscrita a los juzgados, favorable a la custodia compartida, y en el que se indica que el rechazo de Ángela Malka a su padre deriva de la influencia que la madre ejerce sobre ella, la sentencia de apelación estima que se trata de «una interpretación excesivamente simplista de la situación concurrente al no contemplar los datos académicos y educativos expuestos, señalando incluso la perito haber admitido el padre ser la madre la única encargada del cuidado de las hijas hasta la ruptura y haber facilitado sin problemas las visitas con el padre».

TERCERO.- Examen del motivo de casación.

10. Frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, la recurrente interpone recurso de casación al amparo del art. 477.2.3º LEC y art. 3 Ley 4/2005, de 14

de junio, sobre la casación foral aragonesa, por presentar la resolución del recurso interés casacional.

En el primero de los tres motivos de casación interpuestos, único admitido a trámite, se alega como infringido el art. 80.2 CDFA, por inaplicación del criterio preferente de la custodia compartida.

11. Como ya señalamos en la sentencia de esta misma Sala de 30-09-13, recurso de casación núm. 26/2013, «para el examen del recurso de casación es necesario tener en cuenta que, no habiendo articulado la parte recurrente motivos de infracción procesal, el tribunal debe partir de los hechos probados en las instancias, sin realizar modificación alguna, ya que el recurso de casación no constituye una tercera instancia. Desde dichos hechos es función casacional examinar si son subsumibles en el supuesto de hecho contemplado en la norma, pues la función nomofiláctica que corresponde al recurso de casación radica fundamentalmente en determinar la correcta aplicación del ordenamiento jurídico a los hechos tenidos por probados. Como afirma la STS 593/2013, de 4 de febrero, citando la de la misma Sala 765/2012, de 28 de diciembre, el supuesto de hecho al que se ha de proyectar el recurso de casación no es el que pueda haber reconstruido, interesadamente o no, la parte recurrente, sino el que hubiera declarado probado la sentencia recurrida como consecuencia de la valoración por el Tribunal que la dictó de los medios de prueba que se practicaron en el proceso. Consecuentemente, queda fuera del ámbito de la casación la reconstrucción de los hechos declarados probados en las instancias».

12. Como se ha indicado, el recurrente entiende infringido el art. 80.2 CDFA, afirmando el carácter preferente de la custodia compartida sobre la individual que sienta el precepto, al disponer:

«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».

13. Efectivamente, esta Sala ha tenido ocasión en numerosas resoluciones de pronunciarse sobre la cuestión, estableciendo dicho carácter preferente (SSTSJA 13/2011, de 15 de febrero; 4/2012, de 1 de febrero; 39/2012, de 27 de noviembre; 35/2013, de 17 de julio; etc.), pero siempre a salvo de que se acredite que la custodia individual salvaguarda mejor el interés del menor. Así, en la más reciente, de fecha 4-03-14, recurso de casación 41/2013, dijimos *«que el art. 80.2 del CDFA establece como criterio legal el de la custodia compartida de los hijos menores, como forma preferente de satisfacer el superior interés del menor. Dicha norma resulta imperativa para el Juez en los propios términos en que se expresa el texto legal, de modo que debe establecerse un sistema de custodia compartida salvo que, de la prueba practicada en autos, resulte más beneficiosa para el interés del menor la custodia individual de uno de los progenitores»*.

14. En el presente caso, la sentencia recurrida fundamenta su decisión favorable a otorgar la custodia individual a la madre, en los siguientes hechos:

- a) En el desinterés del padre hacia el proyecto educativo de la menor de las hijas

(Carmen), así como en su falta de implicación en la colaboración y coordinación con el centro educativo, que ha asumido en exclusiva la madre. Considera la Audiencia que este desinterés entorpece el correcto desarrollo y estabilidad de las menores, en particular de Carmen –aquejada de síndrome de Down–, hasta el punto de que los profesionales han apreciado un empeoramiento de su conducta.

A esta conclusión llega sobre la base de los informes educativos emitidos por el Colegio San Antonio de Padua, en el que cursan sus estudios las dos hijas. En concreto, la menor de ellas lo hace en la modalidad de integración de necesidades educativas especiales.

Estos hechos pueden encuadrarse dentro del factor contemplado en la letra d) del art. 80.2 CDFA, «la aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos», o bien en el recogido con carácter general en la letra f) del mismo precepto, «cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia».

- b) En la opinión de la hija mayor, acreditada por las manifestaciones realizadas en la exploración practicada en la alzada (contaba con doce años en aquel momento). En ellas afirma querer residir con su madre por sentirse más segura, al considerar que los cuidados que recibe de su padre carecen de la calidad y atención que a ella le gustaría, incidiendo especialmente en la amplia permisividad de su padre hacia su hermana Carmen. Manifiesta encontrarse incómoda y a disgusto con el sistema de custodia compartida. Este sentimiento se recoge también en el informe del Centro Educativo que aprecia un estado de ansiedad y tristeza en Malka.

En este caso el juzgador contempla el factor previsto en la letra d) del art. 80.2 CDFA, «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».

15. Partiendo de estos hechos no puede entenderse que la sentencia de apelación ignore el criterio preferente de la custodia compartida establecido en el art. 80.2 CDFA, sino que ejerciendo el margen de discrecionalidad que le corresponde por Ley ha considerado, motivadamente, que en el concreto caso enjuiciado la custodia individual satisface mejor el interés superior de las hijas menores. Conclusión a la que llega la sentencia recurrida de manera razonada, valorando los hechos que considera acreditados por los informes emitidos por el centro educativo y por la exploración de la hija mayor.

Al respecto es preciso indicar que el interés del menor debe ser apreciado en cada situación por los tribunales conforme a los hechos presentados y según la valoración dada a los mismos, de manera que solo podría apreciarse su infracción en el caso de que la misma resultara irracional, ilógica o arbitraria, o claramente atentatoria contra el interés del menor.

Como ya dijimos en nuestra sentencia de 1-02-12, recurso de casación foral 24/2011, con mención expresa de la 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 manifestamente arbitraria o ilógica la valoración de la prueba, esta no supera el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a 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)».

16. Respecto a la opinión de la hija mayor, que constituye uno de los factores a tomar en consideración por el Juez al decidir sobre la custodia (art. 80.2.c) CDFA), es cierto que esta Sala ha venido considerando, tal como manifiesta el recurrente, entre otras en sentencias de 10-07-13 y 12-07-13, esta última en el recurso 17/2013, que la opinión de los menores *«debe ser siempre observada con la debida atención para descubrir su auténtico valor, puesto que debe tenerse en cuenta que un menor no siempre reúne la necesaria presencia de conocimiento exhaustivo de las distintas circunstancias a tener en cuenta para valorar hasta qué punto puede serle perjudicial uno u otro régimen de custodia, ya que el ámbito de conocimiento de una niña, por mucha madurez que tenga, no es aceptable que alcance a ponderar más allá de lo que su corta formación y experiencia vital le permite llegar a conocer. Por ello, aun siendo relevante su opinión, especialmente en cuanto pueda aportar datos de importancia, no es, en cambio, de admitir que su proceso intelectual, en el doble aspecto cognoscitivo y volitivo, pueda tener tanta certeza como para admitirlo sin las necesarias matizaciones y valoración que corresponde finalmente hacer, en todo supuesto de menores de edad, a los encargados de asegurar su mejor atención y cuidado».*

Sin embargo, esto solo significa que hay que tener una especial cautela al valorar las manifestaciones de los menores, y que no son el único factor a tener en cuenta. Pero dicha doctrina no impide, como sucede en el presente caso, que el juzgador pueda valorar esas opiniones de manera razonada, junto con otros factores, para considerar que la custodia individual es el sistema que mejor defiende el interés del menor en el caso enjuiciado.

En el presente caso la opinión de la hija, que ya tiene cumplidos doce años en la fecha en que es examinada y cuenta con

suficiente criterio, alcanza un mayor interés, puesto que, como recoge la sentencia recurrida, se aprecia un estado de ansiedad y tristeza en la hija mayor, que está recibiendo tratamiento psiquiátrico en el Hospital Infantil.

17. Por los motivos expuestos, el motivo de casación debe ser desestimado, confirmando la sentencia recurrida.

CUARTO.- Costas.

18. Desestimado el recurso de casación, conforme al artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el pago de las costas corresponde efectuarlo a la parte recurrente cuyas pretensiones han sido íntegramente desestimadas.

19. Por aplicación de lo previsto en la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la redacción dada por Ley orgánica 1/2009 de 3 de noviembre, estimado el recurso, procede ordenar en la misma resolución la pérdida del depósito constituido por el recurrente.

apelación, que no pueden ser objeto del recurso de casación. La fijación de los gastos de asistencia del art. 82 CDFA es un pronunciamiento discrecional que corresponde al Tribunal de instancia, reforzado en el presente caso por el acuerdo inicial de los progenitores, salvo en la aplicación a la escala del SMI de uno u otro país, lo que es igualmente justificado y resuelto en la sentencia recurrida sin que la parte recurrente haga alegación alguna al respecto en su recurso de casación.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 82 CDFA.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasierra.

NÚM. 25

S. TSJA 22/2015 de 1 de octubre de 2015

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GASTOS DE ASISTENCIA A LOS HIJOS: Contribución proporcional: *El único desacuerdo del padre en relación con la sentencia del Juzgado fue que para fijar la contribución del padre cuando el hijo viva con la madre en Méjico se atendiera al Salario Mínimo Interprofesional de España y no al de Méjico, como él había solicitado. Y ese fue también el motivo esencial de su recurso de apelación, que fue rechazado. El recurrente introduce en el recurso de casación nuevos elementos de discusión no alegados en la instancia ni en*

NÚM. 26

S. TSJA 23/2015 de 2 de octubre de 2015

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: DERECHOS Y PRINCIPIOS: *Derecho de los padres a la igualdad: Comienza la sentencia recordando la doctrina de la Sala sobre los límites y función del recurso de casación, recogidos, entre otras, en la S. de 30/9/2013. La sentencia recurrida mantiene la custodia individual de la madre y rechaza la compartida porque la predisposición del padre para estar con sus hijos ha sido muy limitada por su imposibilidad de conciliar su vida laboral con la familiar, razonamiento que el recurrente entiende discriminatorio y contrario al principio de igualdad entre los padres. La Sala recuerda la jurisprudencia del TC sobre el art. 14 CE. Para hablar con propiedad de discriminación no basta con un trato desigual, sino que es necesario que sea injustificado; lo que prohíbe el principio de igualdad son las desigualdades de trato que resultan artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente*

aceptados. Tras recordar lo dicho por la STSJA de 4/3/2014 sobre la igualdad de los cónyuges en la guarda y custodia de los hijos, concluye que la sentencia recurrida no incurre en desigualdad alguna porque la valoración que hace del hecho objetivo de la desigual implicación de ambos padres en el cuidado de los hijos no puede ser calificada de irracional, ilógica o arbitraria.

ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR: Limitación temporal: *El plazo fijado en la sentencia recurrida mantiene el uso de la vivienda a favor de la esposa hasta que el menor de los hijos alcance la mayoría de edad (4/5/2023). Alega el recurrente que este plazo es contrario a las reglas de la lógica y a la equidad y contrario al art. 81.3 CDFA pues un plazo de 15 años convierte en la práctica en indefinida la atribución del derecho de uso. Entiende la Sala que se trata de una decisión discrecional del Juez, que debe valorar las circunstancias concurrentes, a salvo siempre de la arbitrariedad, o el razonamiento irracional o ilógico. La diferencia retributiva entre los padres (muy superior la del padre) y esperar a que se alcance la mayoría de edad por el menor de los hijos son criterios objetivos y razonables para fijar el período de atribución del uso de la vivienda familiar, que en modo alguno infringen las reglas de la lógica y la equidad, y no desvirtúan la limitación temporal exigida en el precepto, por lo que el recurso debe ser desestimado.*

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 14 CE, art. 80 CDFA.

PONENTE: Excmo. Sr. D. Manuel Bellido Aspás.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes relevantes.

1. En fecha 26-01-09 recayó sentencia firme acordando el divorcio de D^a María T.

L. y D. José Javier M. I. La resolución atribuyó la guardia y custodia a la madre, con un régimen de visitas a favor del padre de fines de semana, una tarde entre semana, así como la mitad de las vacaciones escolares.

El uso de la vivienda habitual se atribuyó a la esposa y a los hijos comunes, sin fijar duración.

2. Los hijos del matrimonio son menores de edad, siendo sus fechas de nacimiento las siguientes: María y Laura el 17-05-03, y Pablo el 4-05-05.

3. D. José Javier M. I. presentó demanda de modificación de las medidas acordadas en la sentencia de divorcio, interesando el establecimiento de un régimen de custodia compartida, con supresión de la pensión de alimentos y contribución a los gastos en proporción 70/30. Además, instó una limitación en el uso de la vivienda hasta el 31-12-15.

4. La sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Zaragoza el 24-10-14, estimando parcialmente la demanda, acordó, por lo que a este recurso interesa:

a) El mantenimiento de la custodia individual a favor de la madre, si bien incrementando el régimen de visitas del padre.

b) Introdujo una duración temporal en el uso del domicilio familiar hasta el día 4-05-23, fecha en la que el menor de los hijos alcanzaba la mayoría de edad.

5. El juzgador de primera instancia justifica el mantenimiento de la custodia individual a favor de la madre, acordado en la sentencia de divorcio, en que «*si bien el padre está cualificado para poder ejercer una custodia compartida, el mismo no ha demostrado objetivamente (en el régimen hasta la fecha vigente) su disponibilidad para un sistema como el mencionado en el que el nivel de atención a los hijos ha de ser constante (en sede de medidas provisio-*

nales se constató que en muchas ocasiones eran los padres del demandado quienes recogían a los menores y los llevaban al domicilio hasta que salía el señor M. de trabajar, llegando a casa prácticamente al finalizar el horario de visita y con el tiempo justo para reintegrarlos al domicilio de la madre al que incluso en algunos casos se dijo que los llevaban los abuelos paternos —o una tercera persona cuando el abuelo paterno estuvo aquejado de una grave enfermedad»).

Por lo que se refiere al uso de la vivienda, en la sentencia del juzgado se recoge:

«Tal interés superior de los menores es el que debe presidir toda decisión y en este caso ello comporta que el derecho de uso se deba extender hasta el momento en que el más pequeño de los hijos alcance la mayoría de edad pues si bien es un momento en el que es ordinario no haberse integrado en el mercado laboral en caso de estudiar, ello no obstante el grado de madurez que comporta la mayoría de edad permite asumir de forma serena lo que es un cambio de residencia a una de unas características que pueden ser diferentes a las del actual. Tal hijo es Pablo y al constar nacido el 4.05.2005 ello supone que cumplirá los 18 años el 4.05.2023, momento hasta el que se estima prudencial mantener el derecho de uso».

6. La sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 29-04-15, desestima el recurso de apelación y confirma íntegramente la resolución de primera instancia.

7. La sentencia de apelación argumenta, en su fundamento de derecho cuarto, las razones por las que se mantiene la custodia individual, señalando:

«Actualmente, la disponibilidad laboral de ambos padres es similar, requiriendo ambos el uso de apoyos para atender a sus hijos. Si bien, la predisposición del padre para estar con sus hijos ha sido muy limitada por la imposibilidad de conciliación de la vida laboral. A pesar de la voluntad de cambio que el Sr. M. refiere en cuanto a una flexibilidad laboral, dicha flexibilidad ya pudo hacerse efectiva con anterioridad y hasta

el momento no ha hecho uso de la misma, no habiendo garantías de que a partir de ahora se de un cambio al respecto».

En la resolución también se dice: *«Igualmente se ha practicado en esta instancia exploración judicial de los menores de 12 y 10 años, con juicio suficiente en relación a su edad, en la que se constata la buena relación con ambos progenitores y su satisfacción con el actual sistema de estancias, encontrándose perfectamente adaptados al mismo».*

En relación al uso del domicilio familiar, la sentencia entiende que *«atendiendo a la edad de los menores y a la posibilidad económica de ambos progenitores se estima razonable el período que fija la sentencia apelada...».*

SEGUNDO.- Recurso de casación.

8. Frente a la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, el recurrente interpone recurso de casación al amparo del art. 477.3 LEC y art. 3.3 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre casación foral aragonesa, por presentar la resolución del recurso interés casacional.

El recurso se articula a través de dos motivos. En el primero se entiende infringido el art. 80 CDFA; en el segundo el art. 81.3 en relación con el art. 79.5, ambos del CDFA.

9. Con carácter previo a entrar a conocer sobre los dos motivos de casación alegados por el recurrente, es preciso recordar la doctrina de esta misma Sala sobre los límites y función del recurso de casación, recogidos, entre otras, en la sentencia de 30-09-13, recurso de casación núm. 26/2013:

«(...) para el examen del recurso de casación es necesario tener en cuenta que, no habiendo articulado la parte recurrente motivos de infracción procesal, el tribunal debe partir de los hechos probados en las instancias, sin realizar modifica-

ción alguna, ya que el recurso de casación no constituye una tercera instancia. Desde dichos hechos es función casacional examinar si son subsumibles en el supuesto de hecho contemplado en la norma, pues la función nomofiláctica que corresponde al recurso de casación radica fundamentalmente en determinar la correcta aplicación del ordenamiento jurídico a los hechos tenidos por probados. Como afirma la STS 593/2013, de 4 de febrero, citando la de la misma Sala 765/2012, de 28 de diciembre, el supuesto de hecho al que se ha de proyectar el recurso de casación no es el que pueda haber reconstruido, interesadamente o no, la parte recurrente, sino el que hubiera declarado probado la sentencia recurrida como consecuencia de la valoración por el Tribunal que la dictó de los medios de prueba que se practicaron en el proceso. Consecuentemente, queda fuera del ámbito de la casación la reconstrucción de los hechos declarados probados en las instancias».

TERCERO.- Examen del primer motivo de casación.

10. En el primer motivo de su recurso, el recurrente entiende infringido el art. 80 CDFA. Afirma el carácter preferente de la custodia compartida y considera que el único argumento empleado por la sentencia recurrida para mantener la custodia individual es discriminatorio.

El recurso señala que el único aspecto negativo que recoge la sentencia para mantener la custodia individual y rechazar la compartida es que la predisposición del padre para estar con sus hijos ha sido muy limitada, por lo que no hay garantías de que si antes tuvo imposibilidad de conciliar la vida laboral y familiar, pueda hacerse cargo de sus hijos. Entiende el recurrente que este razonamiento encierra una discriminación entre los progenitores y es contrario al principio de igualdad.

11. El art. 14 CE, que el recurrente no menciona, comienza estableciendo una cláusula general de igualdad, para, a conti-

nuación, prohibir unos concretos criterios de discriminación (nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social). Estos criterios o supuestos, que no se limitan a los mencionados en dicho artículo, puesto que no contiene una lista cerrada, *«representan una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE»* (SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2; 145/1991, de 1 de julio, FJ 2).

El recurrente no menciona el supuesto en virtud del cual es discriminado, motivo por el cual no es posible entrar a conocer sobre la alegada discriminación. Y ello porque para poder hablar con propiedad de discriminación no basta con un trato desigual, sino que es necesario que sea injustificado y basado en la aplicación de uno de los supuestos que la CE o los convenios o tratados internacionales definen como discriminadores.

12. Por lo que se refiere a la vulneración del principio de igualdad, nuestro Tribunal Constitucional, entre otras en la sentencia 200/2001, de 4 de octubre, establece:

«a) El art. 14 CE contiene en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad, por una conocida doctrina constitucional, como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor gene-

ralmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas».

En definitiva, lo que prohíbe el principio de igualdad son las desigualdades de trato que resultan artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados.

13. Por lo que se refiere a la aplicación del principio de igualdad de los cónyuges en la guardia y custodia de los hijos comunes, dijimos en nuestra sentencia de 4-03-14 (recurso de casación núm. 41/2013):

«El punto del que parte el legislador aragonés es, ciertamente, el de igualdad de los cónyuges en las relaciones parentales, y así constaba en el propio enunciado de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, actualmente incorporada al CDA; pero en ese propio régimen de igualdad se permite la custodia individual, a cargo de uno de los progenitores, el padre o madre, cuando ello convenga a satisfacer el superior interés del menor.

Lo que la norma fundamental impide es un trato legislativo desigual, que carezca de razón justificativa. La ley aragonesa no establece una desigualdad entre cónyuges, sino la posibilidad de que solo uno de ellos sea el titular de la guarda y custodia de los hijos menores, cuando ello resulte más conveniente para dicho interés superior».

14. Sentado lo anterior, en el presente caso la sentencia recurrida, al mantener la custodia individual a favor de la madre, no incurren en desigualdad alguna, por lo que el recurso debe ser desestimado por este motivo.

La sentencia valora las circunstancias que concurren en el presente caso, concluyendo, tal como hizo la de primera instancia, que, aunque la disponibilidad laboral de ambos padres es similar, requiriendo ambos el uso de apoyos para atender a los hijos, la predisposición del padre para es-

tar con sus hijos ha sido muy limitada por su imposibilidad de conciliar su vida laboral con la familiar, razón por la que ha sido la madre la que se ha venido haciendo cargo de los hijos.

Como puede verse, la propia resolución establece una clara diferencia en la implicación que ambos progenitores han tenido hasta ese momento en el cuidado de los hijos comunes, y esa diferencia es la que justifica la decisión de mantener la custodia individual de la madre.

La resolución no trata de manera desigual a ambos progenitores, sino que parte de un criterio objetivo y razonable que justifica su decisión, basado en el interés de los menores: la desigual implicación de ambos progenitores en el cuidado de los hijos. Por tanto, la valoración que hace la sentencia de apelación de los hechos declarados probados no puede ser calificada de irracional, ilógica o arbitraria.

15. El recurrente hace referencia también en su recurso a la exploración judicial practicada en segunda instancia, considerando que debe ser valorada con prudencia. Señala que no debe ser la voluntad de los menores la que decida el litigio, mencionando al respecto doctrina de este Tribunal.

Es cierto que esta Sala ha venido considerando, tal como manifiesta el recurrente, entre otras en sentencias de 10-07-13 y 12-07-13 –esta última en el recurso 17/2013–, que la opinión de los menores *«(...) debe ser siempre observada con la debida atención para descubrir su auténtico valor, puesto que debe tenerse en cuenta que un menor no siempre reúne la necesaria presencia de conocimiento exhaustivo de las distintas circunstancias a tener en cuenta para valorar hasta qué punto puede serle perjudicial uno u otro régimen de custodia, ya que el ámbito de conocimiento de una niña, por mucha madurez que tenga, no es aceptable que alcance a ponderar más allá de lo que su corta formación y experiencia vital le per-*

mite llegar a conocer. Por ello, aun siendo relevante su opinión, especialmente en cuanto pueda aportar datos de importancia, no es, en cambio, de admitir que su proceso intelectual, en el doble aspecto cognoscitivo y volitivo, pueda tener tanta certeza como para admitirlo sin las necesarias matizaciones y valoración que corresponde finalmente hacer, en todo supuesto de menores de edad, a los encargados de asegurar su mejor atención y cuidado».

Sin embargo, esto solo significa que la opinión de los hijos menores no es el único factor a tener en consideración, ni constituye un criterio preferente al que haya que atender en todo caso. Pero en modo alguno impide, como sucede en el presente caso, que el juzgador pueda valorarla junto con otros factores para considerar que la custodia individual es el sistema que mejor defiende el interés del menor en el caso enjuiciado.

Tal como recoge la sentencia, la exploración pone de manifiesto la buena relación de los hijos con los dos progenitores y su satisfacción con las estancias fijadas en el sistema de custodia individual vigente.

CUARTO.- *Examen del segundo motivo de casación.*

16. El recurso entiende infringido el art. 81.3 en relación con el art. 79.5, ambos del CDFA.

El recurrente, que interesó en su demanda la limitación hasta el 31-12-15 del derecho de uso de la vivienda familiar, atribuido a la esposa en el convenio de divorcio con carácter indefinido, considera que la sentencia recurrida no ha valorado la alteración de las circunstancias económicas de la esposa, que han mejorado respecto a la que tenía cuando se acordó el divorcio.

El recurso efectúa una nueva valoración probatoria, reexaminando la prueba practicada, lo que está vedado en el recurso de casación. Para ello debería haber

planteado el correspondiente motivo de infracción procesal. Al no hacerlo así, su pretensión debe ser rechazada.

17. También alega que el plazo fijado en la sentencia de instancia, confirmado por la de apelación, que mantiene el uso de la vivienda a favor de la esposa hasta que el menor de los hijos alcance la mayoría de edad (4-05-23), es contrario a las reglas de la lógica y a la equidad, contrariando lo dispuesto en el art. 81.3 CDFA, puesto que un plazo de 15 años convierte en la práctica en indefinida la atribución del derecho de uso, impidiendo a uno de los copropietarios, el recurrente, planificar y organizarse económicamente y disponer del bien principal adquirido durante el matrimonio.

18. El precepto dispone: «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».

Se trata de una decisión discrecional del Juez, que debe valorar las circunstancias concurrentes, a salvo siempre de la arbitrariedad, o el razonamiento irracional o ilógico.

En el presente caso la resolución recurrida respeta plenamente el contenido del art. 81.3 CDFA, puesto que establece una limitación temporal acorde con las circunstancias concurrentes en la familia, ya que tiene en cuenta la edad de los hijos menores y las posibilidades económicas de cada progenitor. Ambos factores fueron analizados con detalle en la sentencia de instancia, análisis asumido por la sentencia de apelación al confirmarla.

Así, la sentencia de instancia pone de manifiesto que los ingresos del padre son muy superiores a los de la madre, manteniendo la atribución del uso de la vivienda a favor de esta última, con la que conviven los hijos, hasta el 4-05-23, por ser la fecha

en que el menor de los hijos comunes será mayor de edad, «momento en el que se alcanza un grado de madurez que permite asumir de forma serena lo que supone un cambio de residencia».

La diferencia retributiva entre los progenitores y esperar a que se alcance la mayoría de edad por el menor de los hijos son criterios objetivos y razonables para fijar el período de atribución del uso de la vivienda familiar, que en modo alguno infringen las reglas de la lógica y la equidad, y no desvirtúan la limitación temporal exigida por el precepto, por lo que el recurso debe ser desestimado.

QUINTO.- Costas.

19. Desestimado el recurso de casación, conforme al artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el pago de las costas corresponde efectuarlo a la parte recurrente cuyas pretensiones han sido íntegramente desestimadas.

20. Por aplicación de lo previsto en la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la redacción dada por Ley orgánica 1/2009 de 3 de noviembre, estimado el recurso, procede ordenar en la misma resolución la pérdida del depósito constituido por el recurrente.

las Audiencias Provinciales en su configuración unipersonal, en procedimientos de juicio verbal por razón de la cuantía (art. 82.2.1º.II LOPJ), que las mismas no son susceptibles de recurso de casación por no haber sido dictadas por tribunal colegiado (arts. 477.2 y 483.2.1º Lec.). Se reproduce el ATS 18/2/2015 (rec. 603/2014). Criterio del TS que ha sido refrendado por el TC en el Auto 300/2014, de 15 diciembre (rec. amparo 2875/2014). Entiende la Sala que esta jurisprudencia del TS sobre el art. 477 Lec., en relación con el art. 2.1 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, es vinculante, como se razonó en el ATSJA de 16/4/2010 que declaró la inadmisión del recurso de casación contra sentencia recaída en procedimiento de formación de inventario del art. 809 Lec. para la liquidación del régimen económico matrimonial.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 82.2 LOPJ, 477.2 y 483.2 Lec., 2.1 Ley 4/2005, de 14 de julio, sobre la casación foral aragonesa.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasierra.

NÚM. 27

A. TSJA de 14 de octubre de 2015

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL: No cabe contra sentencias de Audiencia en su configuración unipersonal: *El TS ha resuelto de modo reiterado, con ocasión de la admisión o inadmisión a trámite de los recursos de casación contra sentencias recaídas en recursos de apelación dictadas por*

NÚM. 28

S. TSJA 24/2015 de 5 de octubre de 2015

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Factores para excepcionar la custodia compartida. *No cabe aceptar las afirmaciones contenidas en el recurso sobre falta de toma en consideración en la sentencia impugnada de las distintas circunstancias concurrentes en el caso que debían servir de base para excluir la custodia compartida, según la prevención legal del art. 80.2 CDFA. Por el*

contrario, consta que los factores a considerar (falta de un plan de organización familiar del recurrente, la edad del hijo menor, el arraigo social y apoyo familiar de cada padre, la adaptación del menor a la nueva situación o la posibilidad previsible de acodo del padre al sistema de custodia compartida) han sido tratados en el marco de apreciación probatoria que corresponde a los tribunales de instancia.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 80.2 CDFA.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Ignacio Pastor Eixarch.

los afectados, pues la falta de vecindad civil conduce al punto de conexión de la residencia (arts. 47 y 48 Convenio de La Haya 1996, 16 del Protocolo de 2007 y 15 del Reglamento de 2010).

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Prueba de que la custodia individual es más conveniente: *Desestimado el motivo por infracción procesal (infracción de la carga de la prueba y falta de motivación), el recurso de casación cita como infringidos preceptos genéricos (arts. 75.2 y 76.2.b CDFA) que no constituyen la ratio decidendi de la sentencia y cuya viabilidad para sustentar un recurso de casación exige que sean conectados con el precepto específico que los desarrolle, que en el caso es el art. 80.2 CDFA. El criterio legal del art. 80.2 sobre la custodia compartida, como hemos dicho en múltiples ocasiones, no excluye la necesaria valoración en cada supuesto concreto de las distintas circunstancias concurrentes para llegar, en su caso, a concluir que la custodia individual pueda ser preferible. De modo que, en atención al interés prevalente del menor, el órgano judicial deberá valorar cuidadosamente la prueba aportada y, especialmente, la voluntad del hijo afectado caso de tener suficiente juicio, o el informe elaborado por los técnicos psicólogos o asistentes sociales. En el caso han sido apreciados como factores para excluir la custodia compartida la falta de interés del padre en la comunicación con su hija y el largo período de distanciamiento del menor con su padre.*

GASTOS DE ASISTENCIA A LOS HIJOS: *Juicio de proporcionalidad: La doctrina jurisprudencial del TS se contiene, entre otras, en la STS 4/2014, y ha sido asumida por esta Sala en sentencias tales como la 18/2012, de 20 de abril.*

NÚM. 29

S. TSJA 27/2015 de 6 de octubre de 2015

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: *Legislación aplicable al caso: Se trata de un matrimonio contraído en Ecuador (Quito) por nacionales de dicha República que tuvieron también allí descendencia común, todos ellos con residencia habitual en España en la actualidad. Así las cosas, el art. 8.a del Reglamento (UE) 1259/2010, del Consejo, que derogó de facto las reglas que se mantuvieron en el art. 107 Cc. hasta la Ley 15/2015, señala como ley aplicable al divorcio la española por la residencia común de los esposos; ley que es asimismo la aplicable a las cuestiones sobre responsabilidad parental en virtud del art. 5.1 del Convenio de La Haya de 19/10/1996, y a los alimentos, por así resultar del art. 3.1 del Protocolo de La Haya de 23/11/2007, en ambos casos por razón de la residencia del menor. Entre las leyes españolas, la aplicable es la aragonesa por ser Aragón el territorio de residencia de todos*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 75.2, 76.2.b y 80.2 CDFA.

PONENTE: Ilmo. Sr. D Javier Seoane Prado.

NÚM. 30

S. TSJA 28/2015 de 7 de octubre de 2015

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Falta de motivación de la sentencia: *Se desestima el motivo por infracción procesal que alega vulneración del art. 24 CE por incurrir en una valoración arbitraria, irracional y manifiestamente errónea de la prueba pericial practicada, pero se estima el motivo de casación que denuncia infracción del art. 80.2 CDFA, por haberse apartado la sentencia del sistema preferente de custodia compartida sin haberlo razonado de manera suficiente, con argumentos erróneos y contradictorios. Después de recordar la constante jurisprudencia de la Sala, que se recoge en la STSJA 36/2013, de 18 de julio, con referencia a la S de 1/2/2012, se afirma que en resoluciones anteriores de esta Sala se ha respetado la opción de las sentencias de instancia por la custodia individual cuando en las mismas, a partir de los hechos probados, se ha valorado que eso es lo más conveniente para el interés del menor y no se evidencia en tal juicio irracionalidad o arbitrariedad. A contrario sensu, si la sentencia resuelve de modo contrario a la lógica, procederá la casación de la sentencia. La sentencia impugnada revela una evidente incoherencia, no se tiene en cuenta que el padre haya pasado a residir en Zaragoza, ni se atiende la clara recomendación del informe psicológico propugnando la custodia compartida, por lo que procede estimar el motivo y revocar la sentencia.*

MEDIDAS JUDICIALES: Limitaciones al principio de justicia rogada: *En los procesos atinentes a menores no rige con igual intensidad que en los ordinarios el principio de aportación de parte, ni en lo relativo a la incorporación del componente fáctico, ni en lo concerniente a su verificación o comprobación, en cuanto el tribunal ha de resolver ateniéndose a los hechos probados con independencia de la manera y el momento en que hayan sido introducidos en el proceso (art. 752.1 Lec.), y la conformidad sobre los hechos o la tácita admisión de los alegados de adverso no son vinculantes para el tribunal (art. 752.2), que puede valorar con libertad todas las pruebas practicadas sobre ellos sin sujeción a regla de tasa (art. 752.2, in fine) e incluso acordar de oficio las que estime necesarias sobre los hechos relevantes para la adopción de las medidas que afectan a los hijos menores (arts. 770.4ª, 771.3, 774.2, 775.2 y 777.4 Lec.).*

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 80.2 CDFA; arts. 752, 770, 771, 774, 775 y 777 Lec.

PONENTE: Ilma. Sra. Dª Carmen Samanes Ara.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la demanda origen del presente recurso se instó la modificación de medidas—entre ellas, la custodia individual del menor Alejandro—acordadas en la sentencia de 17 de marzo de 2011 recaída en procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo. Se pidió, concretamente, que se estableciera la custodia compartida del hijo común, y el correspondiente régimen de visitas y de contribución a los gastos de aquél. Se alegó, como fundamento básico de la pretensión, que había variado la circunstancia que determinó dicho régimen,

cual era el hecho de vivir el padre (actor y ahora recurrente) en Tarazona.

La sentencia de primera instancia, a la vista de los factores que establece el artículo 80.2 del CDFA, llegó a la conclusión de que no concurren en el caso elementos suficientes para considerar la custodia individual como más conveniente al interés del menor, por lo que acordó el régimen de custodia compartida.

La sentencia de apelación –con base en consideraciones que después analizaremos– revoca la anterior para atribuir la custodia del niño a la madre, decisión contra la que se formula el presente recurso extraordinario.

SEGUNDO.- El primero de los motivos se formula por infracción procesal, con base en el art. 469.1.4º LEC. Alega la parte vulneración del art. 24 CE, al considerar que ha incurrido la Sala en una valoración arbitraria, irracional y manifiestamente errónea de la prueba pericial practicada, cuyo resultado –se afirma en el recurso– se ha obviado.

La sentencia objeto de impugnación expresa:

«Así, el informe psicológico practicado (folio 197 y ss) revela una alta conflictividad parental, siguiendo la demandada tratamiento psicológico desde mayo de 2013, habiendo acudido en septiembre de 2010 a consulta de trabajo social (folios 209 y 210).

El padre reconoce colaborar los fines de semana con la Asociación Yuca, y también los lunes y jueves de 6 a 7 h. de la tarde, llevando allí al menor cuando está en su compañía.

La madre ha sido la principal cuidadora del hijo menor, habiendo adaptado sus requerimientos laborales como auxiliar de enfermería a las necesidades del hijo, teniendo plena disponibilidad horaria para ello.

La perito recomienda un reparto de períodos alternativos con el hijo Alejandro, nacido el 12-12-2006, por entender que el menor muestra cierto posicionamiento hacia la madre, sin embargo, reconoce que el menor mantiene buena relación con el padre».

En efecto, las expresiones entrecomilladas son reflejo de las que en el informe se contienen, por tanto no es cierto (sin perjuicio de lo que más adelante se dirá) que se haya ignorado la prueba en cuestión, ni que se haya incurrido en error manifiesto en su valoración.

En el desarrollo del motivo indica la parte que no se ha argumentado de manera congruente la decisión de no adoptar los postulados del informe, y que se han obviado otras pruebas y actuaciones; reproduce a continuación unos fragmentos de su escrito de oposición a la apelación en los que reprocha la conducta de la contraparte, y concluye que la resolución «ha fallado en contra del régimen preferente de custodia compartida del Código Foral de Aragón, no solo sin argumentar correctamente el haber encontrado argumentos para desmarcarse de dicho régimen preferente sino directamente mediante una interpretación arbitraria e irracional (...)».

Se utiliza, así, una técnica defectuosa, pues en el mismo motivo se mezclan diversas infracciones procesales (arbitrariedad en la valoración de la prueba y, aunque sin enunciarlo, falta de motivación) y sustantivas, con alegaciones ajenas al objeto del recurso.

Por todo lo anterior, el motivo se desestima.

TERCERO.- En el motivo de casación se denuncia infracción del artículo 80.2 del CDFA, por haberse apartado la sentencia del sistema preferente de custodia compartida sin haberlo razonado de manera suficiente, con argumentos erróneos y contradictorios.

De acuerdo con una constante jurisprudencia de esta Sala, que se recoge en la STSJ n° 36/2013, de 18 de julio:

«(...) decíamos en la sentencia de 8 de febrero de 2012 (recurso 27/2011), destacando en las sentencias sobre esta materia que el criterio preferente establecido por el legislador aragonés es el de la custodia compartida, tal como dispone el artículo 80.2 CDFA, como expresión del sistema que mejor recoge el interés de los menores salvo, como también expresa con claridad el referido precepto, que la custodia individual sea más conveniente.

La sentencia de la Sala de 1 de febrero de 2012 (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 exegeticos 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 preferen-

te 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 resoluciones anteriores de esta Sala se ha respetado la opción de las sentencias de instancia por la custodia individual cuando en las mismas, a partir de los hechos probados, se ha valorado que eso es lo más conveniente para el interés del menor y no se evidencia en tal juicio irracionalidad o arbitrariedad. (Así, SSTSJ de 27 de febrero de 2013, 8 de febrero de 2012, 1 de febrero de 2012, 19 de octubre de 2012). A *contrario sensu*, si la sentencia resuelve de modo contrario a la lógica, procederá la casación de la sentencia.

CUARTO.- La sentencia recurrida (Fundamento Segundo) refiere que la demanda se fundó en el hecho de vivir actualmente el actor en María de Huerva, mientras que al tiempo del divorcio residía en Tarazona, donde trabajaba. Y expresa: «Al tiempo de presentar la demanda el actor trabajaba en Tarazona, distancia considerable de Zaragoza donde reside el menor con su madre, haciéndolo ahora en Zaragoza (...)». Pero después, en otro pasaje (párrafo penúltimo del Fundamento tercero) expresa que «No existe, ni se ha probado en el presente proceso, circunstancia alguna que motive el cambio de custodia pretendido por el actor (...)».

La mera lectura de la sentencia impugnada revela pues, como pone de manifiesto

el recurrente, una evidente incoherencia. Y es clara la relevancia de la cuestión a la que atañe, ya que, como se ha dicho, fue precisamente el cambio en cuestión lo que sustentó la pretensión del actor de modificación de medidas.

QUINTO.- La parte recurrida, en su escrito de oposición al recurso, aduce que la modificación se pidió con base en un cambio de circunstancias no invocada ni justificada en la demanda, cuando lo que debe valorarse es la situación personal de las partes en el momento en que se interpone la demanda, ya que lo contrario infringe el principio de seguridad jurídica y le causaría indefensión.

Olvida la demandada, con ese modo de razonar, que en los procesos atinentes a menores no rige con igual intensidad que en los ordinarios el principio de aportación de parte, ni en lo relativo a la incorporación del componente fáctico, ni en lo concerniente a su verificación o comprobación, en cuanto el tribunal ha de resolver ateniéndose a los hechos probados con independencia de la manera y el momento en que hayan sido introducidos en el proceso (art. 752.1), y la conformidad sobre los hechos o la tácita admisión de los alegados de adverso no son vinculantes para el tribunal (art. 752.2), que puede valorar con libertad todas las pruebas practicadas sobre ellos sin sujeción a regla de tasa (art. 752.2, in fine) e incluso acordar de oficio las que estime necesarias sobre los hechos relevantes para la adopción de las medidas que afectan a los hijos menores (arts. 770.4^a, 771.3, 774.2, 775.2 y 777.4).

Sucede, además, que en el acto del juicio, como consta en la grabación, ya se indicó por la Letrada al hilo de la presentación del documento acreditativo de la superación de la oposición, que podría elegir plaza, por lo que al curso siguiente probablemente ya estaría en Zaragoza.

SEXTO.- No obstante lo anterior, el mero hecho de que el padre haya pasado a residir (al tiempo del dictado de la sentencia recurrida y como se expresa en ella, también a trabajar) en Zaragoza, podría no bastar para variar, sin más, el régimen existente. Pues hace falta –habremos de repetirlo– que el cambio aparezca como más conveniente al interés del menor.

Corresponde por tanto a continuación, detenerse en las demás circunstancias a que alude la sentencia en su fundamentación, pues podría ocurrir que, pese a la modificación aludida, cupiera concluir la suficiencia de aquellas para sustentar la decisión.

Se alude, primeramente, a la ausencia de un plan organizativo concreto sobre la asunción de los cuidados del menor por el padre. Es ésta una expresión vaga, que no atiende (al menos no se nos dice por qué razón no lo tiene en cuenta) el dato de que en el informe pericial, y pese a que señala que *ambos progenitores* necesitan apoyos para compaginar su vida laboral y el cuidado del menor, se expresa que el régimen de custodia compartida propuesto permite cubrir todas las necesidades del menor. Tampoco en ese informe se contempla como un inconveniente (y no parece que lo sea ni la sentencia razona por qué lo considera así) la segunda de las circunstancias que menciona la resolución, cual es que el padre carece de vivienda independiente, al margen de familiares. En tercer lugar, se apunta la pendencia de un proceso penal seguido contra el actor por violencia de género. Está aportada la sentencia firme absolutoria, en la que se indica que la denuncia por malos tratos se presentó en fecha 19 de febrero de 2014 (es decir, después del inicio del proceso de modificación de medidas) y lo fue por hechos ocurridos en meses y días no especificados de los años 2005, 2006 y 2009, apreciándose la prescripción.

No cabe, en absoluto, acoger las alegaciones de la contraparte en su escrito de oposición al recurso, cuando afirma que, pese a la sentencia absolutoria, debe aplicarse el artículo 80.6 del CDFA, ya que los hechos denunciados sirven como indicios fundados de violencia sobre la esposa. Esta afirmación es completamente gratuita y además no tiene en cuenta la interpretación que de dicho precepto ha hecho esta Sala en su sentencia de 2 de julio de 2013 dictada en recurso de casación 7/2013.

SÉPTIMO.- En fin, la sentencia guarda silencio sobre la clara recomendación que hace el informe psicológico, propugnando la custodia compartida, y del que cabe destacar que el niño se relaciona con su padre según el sistema acordado, de forma regular y sin dificultades; que ambos progenitores son referentes para el menor, expresando un buen concepto de los mismos; que el niño expresa su deseo de pasar más tiempo con su padre, aunque también muestra su preocupación porque valora que un cambio en este sentido afectaría emocionalmente a su madre. Esto último lleva a la experta a la afirmación de que el mantenimiento de la situación existente puede dar lugar a un distanciamiento del niño con su padre en defensa de la postura de la madre, por lo que considera importante reforzar la relación paterno filial, aconsejando finalmente que el niño permanezca con cada uno de los progenitores en períodos mensuales alternos.

Por cuanto ha quedado expuesto, considera la Sala que procede estimar el motivo y revocar la sentencia, manteniendo el pronunciamiento del Juez de primera instancia.

OCTAVO.- La estimación del recurso de casación determina la no imposición de las costas devengadas en el mismo, de conformidad con lo establecido en el artículo 398 de la LEC.

NÚM. 31

S. TSJA 29/2015 de 8 de octubre de 2015

61: PERSONA Y FAMILIA. EN GENERAL: ASIGNACIÓN COMPENSATORIA NO HABIENDO HIJOS A CARGO: Limitación del efecto de cosa juzgada: *Por sentencia de 2008 se suspendió temporalmente el pago de la asignación compensatoria, y se estableció que dicha obligación recobraría vigencia en cuanto el demandado (en incapacidad laboral transitoria) consiga un nuevo empleo. En 2013 el Juzgado ordena el levantamiento de la suspensión del abono de la pensión compensatoria y fija su cuantía en 290 euros mensuales, porque el demandado se encuentra desde abril de 2008 en situación de Incapacidad Permanente Absoluta y cobra una pensión de 876 euros mensuales. Alegada vulneración de los efectos de la cosa juzgada (art. 222 Lec.), la Sala recuerda que estos efectos resultan limitados en los procesos de familia, en los que se relativiza la cosa juzgada, para salvaguardar los intereses en conflicto y mantener la fórmula de rebus sic stantibus (permaneciendo el estado de las cosas). Una decisión sobre el reconocimiento de derechos en esta materia, incluso de hacerse con un límite temporal, no impide el juego de los arts. 100 y 101 Cc., si concurre una alteración sustancial y sobrevenida de las circunstancias anteriores (SSTS 917/2008, de 3/10, 508/2011, de 27/6, y 1/2012, de 23/1).*

Aplicación del Código civil: *Como ya se ha establecido en la STSJA 18/2015, de 29 de junio, con referencia a otras anteriores, la asignación compensatoria del art. 83 CDFA no es de aplicación en los casos de ruptura de la convivencia cuando no existen hijos a cargo del matrimonio. En estos casos es de aplicación la regulación establecida en el art. 97 del Código civil. Dada la similitud sustancial de naturaleza y función entre ambas regulaciones, procede entrar a considerar el fondo del recurso deducido, pero par-*

tiendo de la aplicación al caso de lo dispuesto en el art. 97 Cc.

Naturaleza: *Se reitera que la asignación compensatoria del art. 83 CDFA no tiene en lo sustancial un naturaleza y finalidad diferente a la señalada por el art. 97 Cc. a la pensión compensatoria, aunque no es preciso que la pareja sea matrimonio. Acerca de la naturaleza y función de la asignación compensatoria se transcribe lo que indica la STS 499/2013, de 16 de julio, recogiendo jurisprudencia consolidada.*

Revisión por variación sustancial: *El elemento relevante para la revisión, tanto en el art. 83.4 CDFA como en el 100 Cc., es el de la consideración de si en el caso de autos se ha producido o no una variación sustancial. Como expresa la norma, basta con que la situación económica de uno de los litigantes sea modificada sustancialmente para que pueda revisarse la pensión establecida, tanto en su cuantía como en su duración y exigibilidad. Habiendo obtenido el demandado el derecho a una pensión, a consecuencia de la nueva situación de Incapacidad Permanente Absoluta, concurren los elementos fácticos para apreciar la alteración de circunstancias, en forma transcendente y duradera, lo que permite la revisión de la decisión suspensiva anteriormente acordada, dejándola sin efecto, de manera que la pensión compensatoria vuelve a ser exigible.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 222 Lec., 83 CDFA, 97, 100, 101 Cc.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Fernando Zubiri de Salinas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ANTECEDENTES RELEVANTES

PRIMERO.- Resultan acreditados en las instancias los siguientes hechos, relevantes para la resolución del recurso:

1.- D. C. L. Á. y D^a A. C. H. contrajeron matrimonio en Zaragoza, el día 11 de septiembre de 1971.

2.- De dicho matrimonio nacieron y sobreviven dos hijos, que eran mayores de edad e independientes cuando se tramitó el proceso de divorcio.

3.- Por sentencia de 26 de abril de 2006, del Juzgado de 1^a Instancia n^o 16 de Zaragoza, se declaró el divorcio de los citados cónyuges y, entre otros pronunciamientos, se ordenó una pensión compensatoria vitalicia que el Sr. L. Á. entregará a la Sra. C. H. en cantidad de 250 euros mensuales.

4.- Dicha sentencia fue revocada parcialmente por la de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 27 de octubre de 2006, en la que se acordó que la pensión compensatoria a favor de D^a A. C. H. sería de 300 euros mensuales.

5.- D. C. L. Á. instó la modificación de las medidas acordadas en la sentencia de divorcio, siendo tramitado el proceso ante el Juzgado de 1^a Instancia antes citado. Recayó sentencia en primera instancia de fecha 9 de mayo de 2008 cuyo fallo es del siguiente tenor literal: «que estimando la demanda formulada por la representación de D. C. L. Á. contra D^a A. C. H. sobre modificación de medidas, debo declarar y declarar haber lugar a ella, suspendiendo temporalmente por esta sentencia la vigencia del efecto 7^o de la sentencia de divorcio de 26 de abril de 2006 en el que se obliga al Sr. L. al pago de una pensión compensatoria mensual a la Sra. C., obligación que recobrará vigencia en cuanto el demandado consiga un empleo. No se hace expresa condena en costas». Dicha sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, por sentencia de 20 de enero de 2009.

6.- La representación de D^a A. C. H. ha instado la modificación de medidas adoptadas en la sentencia anterior, solicitando

la reanudación de la vigencia de la pensión compensatoria, cuya cuantía considera que debe quedar fijada en 347,70 euros mensuales. Tras la tramitación del proceso el Juzgado de 1ª Instancia nº 16 de Zaragoza dictó sentencia estimando la demanda y ordenó el alzamiento de la suspensión de abono de la pensión compensatoria establecida a favor de Dª A. C. H., fijando su cuantía en 290 euros mensuales. Declara que el Sr. L. se encuentra en situación de Incapacidad Permanente Absoluta, con efectos de 18 de abril de 2008, y que se ha establecido una pensión a su favor en la cuantía de 876,16 euros brutos, 806,90 euros netos en catorce pagas. Efectúa consideraciones acerca de sus ingresos y gastos, y declara comprobado que sus ingresos medios se encuentran entre 941 y 1022 euros mensuales.

7.- Interpuesto recurso de apelación por la representación de D. C. L. Á., la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, ha dictado sentencia en fecha 31 de marzo de 2015 en sentido desestimatorio del recurso de apelación, confirmando la sentencia recurrida. Lo hace expresando que la suspensión de la pensión compensatoria no era correlativa a la recuperación o no de empleo por parte del recurrente sino que hacía incidencia sobre su efectiva capacidad económica, percibiendo en ese momento –el de la suspensión– la cantidad de 450 euros mensuales por I.L.T., mientras que en la actualidad los ingresos del demandado son de 941 euros mensuales y la actora percibe 426 euros al mes, ingresos análogos a los del divorcio.

MOTIVOS DEL RECURSO

SEGUNDO.- La representación procesal de D. C. L. Á. ha interpuesto recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal contra la sentencia de la Audiencia Provincial. El motivo por infracción procesal denuncia la infracción de lo

dispuesto en el artículo 222 de la LEC, al concurrir cosa juzgada. El motivo en que se fundamenta el recurso de casación denuncia la infracción del artículo 83, apartados 4 y 5, del Código de Derecho Foral (CDFA).

La expresión en el mismo escrito de un motivo de recurso extraordinario por infracción procesal juntamente con el relativo al recurso de casación se ampara en lo establecido en la Disposición Final Décimo Sexta, regla primera, de la LEC.

Ambos motivos del recurso han sido admitidos a trámite por auto de fecha 22 de junio de 2015, en el que se expresa que el motivo del recurso de casación se ha de contraer a las consideraciones jurídicas que en el mismo se expresan, sin afectar a la valoración probatoria efectuada en las instancias.

EXAMEN DEL MOTIVO POR INFRACCIÓN PROCESAL

TERCERO.- El recurso extraordinario por infracción procesal se interpone al entender la parte recurrente que la sentencia de la Audiencia Provincial infringe lo establecido en el artículo 222 de la LEC, al concurrir cosa juzgada, por haberse pronunciado sobre la suspensión de la prestación de pensión compensatoria acordada por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia dictada en fecha 9 de mayo de 2008, que es firme, de forma que el levantamiento de dicha suspensión sin concurrir la circunstancia fáctica expresada en el fallo vulnera los efectos de cosa juzgada formal y material. Invoca también la infracción del artículo 400 de la LEC, juntamente con el principio de seguridad jurídica (artículo 118 de la Constitución española) y aduce indefensión para el Sr. Losada (artículo 24 de la norma fundamental).

Desarrolla el motivo expresando que, al existir un pronunciamiento judicial firme de suspensión temporal de la obliga-

ción del pago de la pensión compensatoria, en los términos que en el fallo aparecen, y que han sido transcritos en el primer fundamento de derecho, la decisión judicial recaída en el presente proceso ordenando el recobro de la vigencia de dicha obligación sin que el Sr. Losada haya conseguido un empleo es vulneradora de los preceptos citados y produce inseguridad jurídica e indefensión.

CUARTO.- Con carácter general el artículo 222 de la LEC establece el efecto de la cosa juzgada respecto de las decisiones adoptadas en sentencias firmes, efecto que se apoya en razones de seguridad jurídica, de modo que el contenido de las resoluciones judiciales firmes tiene fuerza de vincular en otros procesos, bien de forma negativa o excluyente, cuando se intenta repetir el ejercicio de la misma acción en un nuevo proceso, bien de forma positiva o prejudicial, cuando se plantea un segundo juicio ejerciendo acciones que han de tener como punto de partida, y en ningún caso contradecir, lo resuelto en la sentencia anterior –sentencia del Tribunal Supremo 271/2014, de 5 de junio y las que en ella se citan–.

No obstante, este efecto resulta limitado en los procesos de familia, en los que se produce una relativización de la cosa juzgada, para salvaguardar los intereses en conflicto y mantener la fórmula de *«rebus sic stantibus»* (permaneciendo el estado de las cosas). Reiterada jurisprudencia ha establecido que una decisión sobre el reconocimiento de derechos en esta materia, incluso de hacerse con un límite temporal, no impide el juego de los artículos 100 y 101 del Código civil, si concurre una alteración sustancial y sobrevenida de las circunstancias anteriores: sentencias del Tribunal Supremo 917/2008, de 3 de octubre, 508/2011, de 27 de junio, y 1/2012, de 23 de enero.

En el caso presente es de observar que la sentencia dictada por el Juzgado en fe-

cha 9 de mayo de 2008 adoptó en el fallo la decisión que se ha transcrito, aunque en su fundamentación (fundamento de derecho segundo) expresaba que «de momento al menos el demandante no está en condiciones de trabajar, sino en trabajos que requieren poca agudeza visual y por ello escasamente retribuidos, de modo que al menos mientras siga en situación de incapacidad transitoria debe suspenderse su obligación del pago de la pensión sin perjuicio de lo que pudiera establecerse más adelante si cambia su situación laboral». Aunque la literalidad de la parte dispositiva se expresa en los términos citados, de su fundamentación jurídica puede desprenderse con facilidad que la decisión de suspensión quedaba sometida a revisión en caso de producirse cualquier cambio en la situación laboral.

QUINTO.- El motivo de recurso por infracción procesal debe ser desestimado ya que, en aplicación de la doctrina jurisprudencial antes expresada, la decisión judicial precedente puede ser objeto de revisión cuando se acredite un cambio relevante en las circunstancias concurrentes.

En el caso de autos la sentencia de primera instancia expresa que el Sr. L. no va a poder conseguir un empleo, al encontrarse en situación de Incapacidad Permanente Absoluta, reconocida por el I.N.S.S. con fecha de efectos a 18 de abril de 2008. Pero habiendo obtenido el derecho a una pensión, consecuencia de la declaración de incapacidad, en los términos y la cuantía que se relata en las sentencias de primera y segunda instancia, concurren los elementos fácticos para apreciar la alteración de circunstancias, en forma trascendente y duradera, lo que permite la revisión de la decisión suspensiva anteriormente acordada, de conformidad con lo establecido en los preceptos citados y en el artículo 79.5 del CDFA.

EXAMEN DEL MOTIVO DEL RECURSO DE CASACIÓN

SEXTO.- El recurso de casación se interpone por un motivo único, en el que la parte recurrente denuncia la infracción del artículo 83, apartados 4 y 5, del CDFA, al no tener en cuenta la sentencia dictada la desaparición del desequilibrio que servía de sustento a la asignación compensatoria establecida a cargo del esposo, como consecuencia de la pérdida absoluta de su capacidad laboral y nuevas necesidades propias de la ceguera que padece. Desarrolla el motivo alegando que el fallo recurrido establece un incremento de la pensión compensatoria aun a pesar del claro decremento de los ingresos del Sr. L. Tras indicar que la sentencia dictada no ha tenido en consideración las necesidades propias del pagador, y que en la perceptora no ha existido variación sustancial de sus ingresos, concluye entendiendo que la variación no cumple las exigencias del artículo 83.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (debe entenderse del CDFA) exigido legalmente para la estimación de la pretensión de la actora.

Para el examen del motivo de casación es necesario considerar: a) la aplicabilidad al caso de las normas reguladoras de la asignación compensatoria; b) la naturaleza de la pensión compensatoria; c) la existencia de variación sustancial.

SÉPTIMO.- La demanda de modificación de medidas expresaba, en su hecho primero, que del matrimonio contraído por los litigantes «existen dos hijos, a los que en nada afecta este proceso pues eran independientes, incluso, cuando se tramitó el proceso de divorcio entre las partes». Este hecho no es negado en la contestación a la demanda.

Partiendo de esta situación fáctica consideramos inaplicable al caso la regulación que en el artículo 83 del CDFA se efectúa sobre la asignación compensatoria, que se

incluye en el libro I, título II, capítulo primero, sección tercera, cuya rúbrica es «*efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo*». Como ya ha establecido esta Sala en sentencia 18/2015, de 29 de junio, con referencia a otras anteriores, la asignación compensatoria del artículo 83 CDFA no es de aplicación en los casos de ruptura de la convivencia cuando no existen hijos a cargo del matrimonio. En ella se afirma: «*La Ley 2/2010 ha sido posteriormente refundida con las restantes leyes civiles aragonesas en el CDFA, aprobado por el Gobierno de Aragón en virtud de Decreto Legislativo de 22 de marzo de 2011, pasando a integrar la sección 3ª del capítulo II del Título II del Libro 1º de dicho cuerpo legal, artículos 75 a 84, bajo la rúbrica «Efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo».*

El artículo 75.1 CDFA no deja duda acerca de que el objeto de la sección 3ª –en la que se incluye el artículo 83– no es otro que regular 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».

En estos casos es de aplicación la regulación de la pensión compensatoria establecida en el artículo 97 del Código civil.

OCTAVO.- En reiteradas sentencias ha establecido esta Sala que la asignación compensatoria prevista en su momento en el artículo 9 de la Ley Aragonesa 2/2010, hoy en el artículo 83 del 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, en tanto que la asignación aragonesa se aplicará, si se dan los requisitos para ello, en casos de ruptura de cualquier tipo de convivencia de los padres. Así se expresan las sentencias de 15/2011, de 30 de diciembre, 1/2012, de 11 de enero, y 18/2015, de 29 de junio.

Acerca de la naturaleza y función de la pensión compensatoria la sentencia del Tribunal Supremo 499/2013, de 16 de julio, recogiendo jurisprudencia consolidada, indica que *«como ha puesto de relieve la STS 864/2010, de Pleno, de 19 enero: La pensión compensatoria –declara– «pretende evitar que el perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges y para ello habrá que tenerse en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge; el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso, su situación anterior al matrimonio para poder determinar si éste ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación. De este modo, las circunstancias contenidas en el artículo 97.2 CC tienen una doble función:*

a) Actúan como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias.

b) Una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión. A la vista de ello, el juez debe estar en disposición de decidir sobre tres cuestiones:

a) Si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria.

b) Cuál es la cuantía de la pensión una vez determinada su existencia.

c) Si la pensión debe ser definitiva o temporal».

Dada esa similitud sustancial procede entrar a considerar el fondo del recurso deducido, pero partiendo de la aplicación al caso de lo dispuesto en el artículo 97 del Código civil general, en cuanto a la pensión compensatoria fijada a favor de la Sra. C. H.

NOVENO.- En el motivo de recurso de casación el recurrente invoca la infracción

de los apartados 4 y 5 del artículo 83 del CDFa. El primero se refiere a la revisión de la asignación en casos de variación sustancial de la situación económica del percceptor o del pagador.

Trasladado el sentido de la norma a la exégesis y aplicación de la regulación establecida en el Código civil, singularmente en su art. 100 (*Fijada la pensión y las bases de su actualización en la sentencia de separación o de divorcio, sólo podrá ser modificada por alteraciones en la fortuna de uno u otro cónyuge que así lo aconsejen*), el elemento relevante es el de la consideración de si en el caso de autos se ha producido o no esa variación sustancial. Como expresa la norma, basta con que la situación económica de uno de los litigantes sea modificada sustancialmente para que pueda revisarse la pensión establecida, tanto en su cuantía como en su duración y exigibilidad.

La parte recurrente se extiende en consideraciones fácticas sobre la situación de uno y otro de los que fueron cónyuges, y realiza apreciaciones sobre la renta finalmente disponible por cada uno de ellos. De este modo desenfoca la cuestión jurídica que ha de ser centrada, según hemos expresado –y advertimos ya en el auto de admisión–, en la existencia de modificación sustancial en la situación económica de alguno de los litigantes.

Tanto la sentencia de primera instancia como la de la Audiencia Provincial expresan claramente la modificación producida en la situación jurídica y económica del Sr. L., motivada por la nueva situación de Incapacidad Permanente Absoluta. Este hecho, no combatido adecuadamente en el recurso, constituye la razón para que resulte posible la modificación de la pensión compensatoria en cuanto a su exigibilidad, dejando sin efecto la suspensión acordada en sentencia anterior.

Las razones expuestas hacen decaer igualmente la pretensión de que la pensión compensatoria se declare extinta.

En consecuencia el recurso de casación ha de ser desestimado, procediendo la confirmación de la sentencia impugnada.

COSTAS

DÉCIMO.- De conformidad con lo prevenido en el artículo 398.1, en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede imponer a la parte recurrente las costas del recurso, si viniere a mejor fortuna y en los términos establecidos por el art. 36 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

32

NÚM. 32

S. TSJA 32/2015 de 15 de octubre de 2015

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Prueba de que la custodia individual es más conveniente: *La sentencia de divorcio (diciembre de 2012) estableció un régimen de custodia distinto para cada una de las hijas mellizas, ambas aquejadas de minusvalías, para una (con autismo y discapacidad del 68%) custodia individual a cargo de la madre, para la otra (con retraso mental leve y discapacidad del 38%), custodia compartida, con alternancia bimensual. Decisión confirmada por la sentencia de apelación que, recurrida en casación, fue desestimado el recurso (STSJA 20/10/2013). Ahora, transcurrido un año y cuatro meses desde el divorcio, la madre ha solicitado tener la custodia individual de las dos hijas, el Juzgado mantiene la custodia compartida de una de ellas pero por turnos semanales, mientras la Audiencia ha acordado la custodia individual a cargo de la madre de ambas. El padre alega in-*

fracción del art. 80.2 CDFA al no haber variado las circunstancias. Las sentencias están motivadas y se fundamentan en la prueba practicada, por lo que no cabe entender que haya infracción del art. 80.2 CDFA.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 80.2 CDFA.

PONENTE: *Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch.*

33

NÚM. 33

S. TSJA 33/2015 de 16 de octubre de 2015

61: PERSONA Y FAMILIA. EN GENERAL: ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR NO HABIENDO HIJOS: *Aplicación del Código civil. Siendo los cónyuge aragoneses el régimen jurídico que regía su matrimonio mientras subsistió, y que determina los efectos del divorcio, es el Derecho civil aragonés, contenido en el CDFA (art. 14, en relación con el 9.2, ambos del Cc.). El CDFA regula determinados aspectos de los efectos de la separación y divorcio, entre los que se cuenta el relativo al uso de la vivienda conyugal (art. 81). Sin embargo, este precepto se incluye en el Libro I (derecho de la persona), Título II (relaciones entre ascendientes descendientes), Cap. II (deber de crianza y autoridad familiar) y Secc. 3ª (efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo). Este conjunto normativo, proveniente de la Ley aragonesa 2/2010, está previsto para regular las consecuencias de esa ruptura cuando existen hijos a cargo del matrimonio o de la pareja. Pero cuando no hay descendencia, no existe regulación propia en Derecho aragonés, de modo que son de aplicación las normas del Cc., en concreto el art. 96, párrafo tercero, respecto del uso de la vivienda conyugal.*

ASIGNACIÓN COMPENSATORIA NO HABIENDO HIJOS: Aplicación del Código civil: *No es de aplicación al caso el art. 83 CDFA, al no haber existido descendencia del matrimonio, por lo que no se da el supuesto de hecho para la aplicación de la regulación aragonesa, prevista para casos de ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo. Ya se ha sostenido así en sentencias anteriores: 18/2015 y 29/2015. La pretensión ejercitada se rige por lo prevenido en el art. 97 Cc. Dada la similitud sustancial entre la regulación aragonesa y la del Cc. procede entrar a considerar el fondo del recurso deducido, pero partiendo de la aplicación al caso de lo dispuesto en el art. 97 Cc. general.*

Naturaleza: *Se reitera que la asignación compensatoria no tiene en lo sustancial una naturaleza y finalidad diferente a la señalada por el art. 97 Cc. a la pensión compensatoria. Esta naturaleza y función ha sido fijada por el TS: SSTs 864/2010, de Pleno, de 19 enero, 499/2013, de 16 julio, entre otras. El elemento determinante radica en considerar si el matrimonio ha supuesto un perjuicio económico para uno de los cónyuges, lo que se percibe en el momento de la ruptura. En ocasiones la dedicación a la casa, a los descendientes menores o a ascendientes ancianos, puede determinar una pérdida de ingresos por actividad profesional de quien asume esta limitación en sus perspectivas laborales o económicas, y en tales casos la pensión sirve para compensar los sacrificios realizados a favor de la familia y con merma de sus ingresos. Pero la simple desigualdad económica, cuando no es consecuencia de la mayor dedicación a la familia de uno de los esposos, no determina un auténtico derecho de compensación por vía del art. 97 Cc. (STS 355/2013, de 17/5).*

6635: CONSORCIO CONYUGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN JUDICIAL: *No procede en el juicio de separación o divorcio: Se*

alega por el recurrente que en la sentencia de divorcio debía haberse declarado, no sólo la disolución del consorcio conyugal, sino también su liquidación, al no existir bienes consorciales. Pero la sentencia recurrida no infringe el art. 244 CDFA, sino que se atiene a su contenido para declarar la disolución del consorcio conyugal. La liquidación del haber consorcial, caso de existir, se habrá de llevar a cabo con arreglo al procedimiento especial establecido en la Lec., arts. 806 y ss., y no es posible impedir en este proceso que cualquiera de los legitimados pueda instar esa liquidación. Es de tener en cuenta, además, que la parte recurrente considera una situación fáctica –la ausencia de bienes y derechos comunes– que no ha sido objeto de este proceso, no está acreditada y no puede declararse judicialmente en este caso. La pretensión al respecto se ejercitó en la demanda reconvenzional, que no fue admitida a trámite.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 96, 97 Cc., 244 CDFA.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Fernando Zubi-ri.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ANTECEDENTES RELEVANTES

PRIMERO.- Son relevantes para la resolución del recurso los siguientes hechos y actos procesales, acreditados en las instancias:

1.- Don José Manuel y Doña Encarnación contrajeron matrimonio en Zaragoza el día 20 de septiembre de 2008. El régimen económico matrimonial es el del consorcio conyugal aragonés.

2.- De dicho matrimonio no ha habido descendencia.

3.- Instada demanda de divorcio por la representación de la esposa, el magistrado titular del Juzgado de 1ª Instancia nº 6 de Zaragoza, tras el trámite procesal correspon-

diente, dictó sentencia el 5 de diciembre de 2014 que declaró el divorcio de los citados cónyuges, atribuyó el uso del domicilio familiar a Doña Encarnación hasta el momento de la liquidación del régimen económico matrimonial, estableció una pensión compensatoria a cargo de Don José Manuel y en beneficio de Doña Encarnación de 250 euros mensuales durante doce meses, y declaró la disolución del consorcio conyugal.

4.- Recurrida en apelación por la representación de Don José Manuel, dicha sentencia ha sido revocada parcialmente por la de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 12 de mayo de 2015, que estima parcialmente el recurso en cuanto al punto primero del fallo, añadiendo únicamente que el uso del domicilio familiar a favor de la actora no podrá exceder de dos años desde la fecha de la sentencia recaída en primera instancia, desestimando el recurso en cuanto al resto de las pretensiones revocatorias, que se referían a la improcedencia de la pensión compensatoria y a la disolución y liquidación de la sociedad conyugal.

MOTIVOS DEL RECURSO

SEGUNDO.- La representación procesal de D. José Manuel ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial, que funda en tres motivos. Todos ellos invocan la infracción de normas de derecho sustantivo aragonés, aunque los dos primeros denuncian también la infracción de disposiciones del Código civil general, en la forma que posteriormente se analizará.

El recurso de casación fue admitido a trámite por auto de 2 de julio de 2015.

EXAMEN DEL PRIMER MOTIVO DEL RECURSO DE CASACIÓN

TERCERO.- El primer motivo del recurso de casación denuncia la infracción

del art. 81 del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA, en lo sucesivo) y 96 del Código civil (CC) respecto al uso de la vivienda conyugal, estimando el recurrente que no concurre entre los litigantes interés preferente de protección de uno frente al otro, por lo que entiende improcedente la atribución del dicho uso a la ex esposa.

En defensa de esa afirmación la parte recurrente formula diversas reflexiones sobre las retribuciones de cada uno de los litigantes, además de exponer que el desarrollo de la actividad laboral del Sr. José Manuel y el hecho de estar actualmente cursando estudios en la Universidad le imposibilitan para realizar cualquier otra actividad remunerada.

CUARTO.- Para resolver el motivo es necesario, en primer lugar, determinar la regulación aplicable al caso y a la pretensión ejercitada respecto al uso de la vivienda que fue conyugal.

Siendo los cónyuges aragoneses –hecho que no se discute– el régimen jurídico que lo regía mientras subsistió, y que determina los efectos del divorcio, es el derecho civil aragonés, contenido en el CDFA. Así resulta del art. 14, en relación con el 9.2, ambos del CC.

El CDFA regula determinados aspectos de los efectos de la separación y divorcio, entre los que se cuenta el relativo al uso de la vivienda conyugal. Así se recoge en el art. 81.

Sin embargo este precepto se incluye en el libro primero (derecho de la persona), título segundo (de las relaciones entre ascendientes y descendientes), capítulo segundo (deber de crianza y autoridad familiar) y sección tercera (efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo). Este conjunto normativo, proveniente de la Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, está previsto para regular las

consecuencias de esa ruptura cuando existen hijos a cargo del matrimonio o de la pareja. Pero en casos como el presente, en el que consta que del matrimonio entre Don José Manuel y Doña Encarnación no hubo descendencia, no existe regulación propia en derecho aragonés, de modo que son de aplicación las normas contenidas en el Código civil general, en concreto el art. 96, respecto al uso de la vivienda conyugal.

Ante la inaplicabilidad al caso de la norma aragonesa, hemos de resolver el motivo de recurso analizando si la sentencia recurrida ha infringido el art. 96 del CC, también invocado en el recurso, y para lo cual esta Sala es competente dados los términos en que se expresan el art. 73.1 LOPJ y el art. 478.1, segundo párrafo, de la LEC.

QUINTO.- El art. 96 del CC previene que «En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.

No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial».

En el caso de autos es de aplicación el párrafo tercero, y conforme a él corresponde a los tribunales de instancia la determinación de quién sea el cónyuge cuyos intereses son más necesitados de protección,

atendida la prueba practicada, cuya valoración es competencia de estos tribunales. Una vez decidido ese interés más protegible, compete también a las instancias fijar el plazo de uso exclusivo, de modo prudencial.

Al respecto la jurisprudencia del TS ha fijado el criterio de que se trata de una actividad jurisdiccional que el legislador deja al criterio discrecional de los tribunales de instancia, no siendo su decisión revisable en casación, salvo que se aprecie arbitrariedad: Tribunal Supremo Sala 1ª, Sentencia de 11-11-2013, nº 707/2013, rec. 2590/2011; y Tribunal Supremo Sala 1ª, Sentencia de 14-11-2012, nº 700/2012, rec. 785/2010.

La sentencia recurrida expresa las razones por las cuales considera en el caso más necesitado de protección el interés de Doña Encarnación, en razonamientos que se ajustan a la lógica y no aparecen como arbitrarios.

Los razonamientos que formula la defensa de la parte recurrente en apoyo de su recurso relativos a los ingresos de su patrocinado son contrarios a los hechos probados, al afirmar la imposibilidad de que éste tenga otros ingresos que su sueldo como celador, y esta forma de argumentar hace inviable el motivo, por cuanto el recurso de casación ha de formularse con respeto a los hechos probados en las instancias: Tribunal Supremo Sala 1ª, Sentencia de 22-1-2015, nº 20/2015, rec. 1249/2013, y las en ella citadas.

Por todo lo expuesto el motivo se desestima.

EXAMEN DEL SEGUNDO MOTIVO DEL RECURSO DE CASACIÓN

SEXTO.- Articula la parte recurrente este segundo motivo por vulneración del art. 83 del CDFA y 97 del CC, respecto de la fijación de una pensión compensatoria a

favor de uno de los cónyuges, motivo que desarrolla afirmando, en primer lugar, la improcedencia de esa pensión porque el matrimonio no ha supuesto un desequilibrio económico en ninguna de las partes y, seguidamente, que atendidas las circunstancias personales y económicas concurrentes la cuantía es excesiva, no pudiendo castigarse al recurrente con una compensación económica a la que no alcanza con sus ingresos mensuales.

Para la resolución del motivo son trasladables aquí los argumentos expresados en el anterior, en cuanto a la determinación de la norma aplicable, de modo que no es de aplicación al caso el art. 83 del CDFA, al no haber existido descendencia del matrimonio, por lo que no se da el supuesto de hecho para la aplicación de la regulación aragonesa, prevista para casos de ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo. Al efecto ya hemos sostenido en sentencias anteriores –sentencia 18/2015, de 29 de junio, y sentencia 29/2015, de 8 de octubre–, que la asignación compensatoria del artículo 83 del CDFA no es de aplicación en los casos de ruptura de la convivencia cuando no existen hijos a cargo del matrimonio.

En el caso de autos la pretensión ejercitada se rige por lo prevenido en el artículo 97 del CC.

SÉPTIMO.- En reiteradas sentencias ha establecido esta Sala que la asignación compensatoria prevista en su momento en el artículo 9 de la Ley Aragonesa 2/2010, hoy en el artículo 83 del CDFA, no tiene en lo sustancial una naturaleza y finalidad diferente a la señalada por el artículo 97 del CC a la pensión compensatoria, salvo que esta última viene encuadrada entre los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, en tanto que la asignación aragonesa se aplicará, si se dan los requisitos para ello, en casos de ruptura de cualquier tipo de convivencia de los padres. Así se

expresan las sentencias de 15/2011, de 30 de diciembre, 1/2012, de 11 de enero, y 18/2015, de 29 de junio.

Dada esa similitud sustancial procede entrar a considerar el fondo del recurso deducido, pero partiendo de la aplicación al caso de lo dispuesto en el artículo 97 del Código civil general.

OCTAVO.- Invocada por la parte recurrente la improcedencia de la pensión compensatoria, porque el matrimonio no ha supuesto un desequilibrio económico en ninguna de las partes, conviene recordar la naturaleza y función de esta pensión en la forma en que ha sido fijada por reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La sentencia del Tribunal Supremo 499/2013, de 16 de julio, recogiendo jurisprudencia consolidada, indica que *«como ha puesto de relieve la STS 864/2010, de Pleno, de 19 enero: La pensión compensatoria –declara– «pretende evitar que el perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges y para ello habrá que tenerse en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge; el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso, su situación anterior al matrimonio para poder determinar si éste ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación. De este modo, las circunstancias contenidas en el artículo 97.2 CC tienen una doble función:*

a) Actúan como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias.

b) Una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión. A la vista de ello, el juez debe estar en disposición de decidir sobre tres cuestiones:

a) Si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria.

b) Cuál es la cuantía de la pensión una vez determinada su existencia.

c) Si la pensión debe ser definitiva o temporal».

El elemento determinante radica en considerar si el matrimonio ha supuesto un perjuicio económico para uno de los cónyuges, lo que se percibe en el momento de la ruptura. Aunque pudiera resultar paradójico que una institución como el matrimonio, que se contrae voluntariamente y sirve para el complemento de los esposos, que asumen el deber de mutuo auxilio en los términos prevenidos en los arts. 67 y 68 del CC generase perjuicios económicos para uno de los cónyuges, es lo cierto que en ocasiones la dedicación a la casa, a los descendientes menores o a ascendientes ancianos, puede determinar una pérdida de ingresos por actividad profesional de quien asume esta limitación en sus perspectivas laborales o económicas, y en tales casos la pensión sirve para compensar los sacrificios realizados a favor de la familia y con merma de sus ingresos.

Pero en el caso de autos no se produce la concurrencia de los elementos configuradores del supuesto de hecho, al que el art. 97 del CC anuda la consecuencia jurídica: solo consta, y así se recoge en la sentencia impugnada, una convivencia de ocho años y una diferencia de ingresos entre ambos, ciertamente relevante, además de unos ingresos «adicionales» del recurrente que no se precisan (posibles ingresos adicionales, dice la sentencia en su fundamento cuarto).

No ha habido descendencia, no consta una atención a ascendientes, ni una especial dedicación de uno de los cónyuges a la casa y tareas domésticas.

Como afirma la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 17-5-2013, n° 355/2013, rec. 419/2011, «*Lo cierto es que el matrimonio no impidió trabajar a la esposa,... que lo sigue haciendo, ni le privó de expectativas laborales, como reconoce la sentencia, lo que supone que tiene suficiente cualificación y aptitud profesional para llevar una vida independiente desde el punto de vista económico. Tampoco se ha probado que la diferencia de ingresos entre los cónyuges traiga causa directa del sacrificio asumido por la esposa durante el matrimonio por su mayor dedicación a la familia y en concreto por el cuidado del hijo común, mayor de edad, independiente y con trabajo, ni que este sacrificio se encuentre también en relación directa con el progresivo incremento de los ingresos del esposo por su trabajo durante el tiempo que duró el matrimonio, pues nada se dice en la sentencia.*

El matrimonio, en suma, no ha supuesto ningún perjuicio a la esposa, que sigue trabajando, como antes de casarse y durante el matrimonio, con el plus de la adjudicación del uso de la vivienda, además del beneficio próximo de sus derechos en la sociedad de gananciales, y la situación de cada uno al término de su relación más tiene que ver con su trabajo que con la pérdida de su capacidad laboral o el sacrificio que hubiera tenido que asumir en beneficio del otro. La sentencia no respeta la doctrina de esta Sala, antes al contrario, convierte la pensión compensatoria en un mecanismo equilibrador de patrimonios de los cónyuges, desatendiendo los parámetros básicos establecidos en dicha doctrina. Es por esta razón que resulta de plena aplicación la doctrina que alude a que la simple desigualdad económica, cuando no es consecuencia de la mayor dedicación a la familia de uno de los esposos, no determina un automático derecho de compensación por vía del artículo 97 CC».

En consecuencia procede estimar el motivo, y retomando la instancia es conforme a derecho dejar sin efecto el pronuncia-

miento de la sentencia sobre la pensión compensatoria, pues no concurren los presupuestos para el reconocimiento de la pretensión ejercitada por Doña Encarnación.

EXAMEN DEL TERCER MOTIVO DEL RECURSO DE CASACIÓN

NOVENO.- El tercer y último motivo del recurso se funda en la vulneración del art. 244 del CDFA y de los arts. 806 y siguientes de la LEC, por considerar que procedía haber declarado en la sentencia impugnada no sólo la disolución del consorcio conyugal, como ya se hizo en la sentencia del juzgado, confirmada en este punto por la Audiencia Provincial, sino también su liquidación, al no existir bienes consorciales. Insiste en este punto en los argumentos que ya dedujo en el recurso de apelación.

La sentencia de la Audiencia expresa que «el juzgador de instancia determina en el fundamento de derecho quinto, la disolución del régimen matrimonial y la fecha de efectos de la misma en base al art. 244 del Código de Derecho Foral de Aragón, al margen todo ello de la liquidación propiamente (art. 806 y ss.), en la que puede discutirse los bienes y derechos que forman parte de la comunidad, por lo que no prospera la alegación de la parte apelante a tal efecto» –fundamento de derecho segundo–.

Estos argumentos son ajustados a derecho, de modo que la sentencia recurrida no infringe el art. 244 del CDFA, norma sustantiva que regula las causas de disolución del consorcio, sino que se atiene a su contenido para declarar dicha disolución.

La liquidación del haber consorcial, caso de existir, se habrá de llevar a cabo con arreglo al procedimiento especial establecido en la LEC, arts. 806 y siguientes, y no es posible impedir en este proceso que cualquiera de los legitimados pueda instar esa liquidación.

Es de tener en cuenta, además, que la parte recurrente considera una situación fáctica –la ausencia de bienes y derechos comunes– que no ha sido objeto de este proceso, no está acreditada y no puede declararse judicialmente en este caso. La pretensión al respecto se ejercitó en la demanda reconvenzional, que no fue admitida a trámite.

En consecuencia el motivo ha de ser desestimado.

COSTAS

DÉCIMO.- La estimación parcial del recurso de casación determina la no imposición de las costas del mismo, conforme al art. 398 de la LEC.

En cuanto a las de las instancias es de confirmar el pronunciamiento efectuado en las respectivas sentencias, que no hicieron especial imposición.

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

NÚM. 34

S. TSJA 34/2015 de 2 de diciembre de 2015

69: PAREJAS ESTABLES NO CASADAS: EFECTOS PATRIMONIALES DE LA EXTINCIÓN EN VIDA: Interrupción de la prescripción: *Lo que se discute es si ha transcurrido o no el plazo de un año señalado en el art. 310 CDFA. El hecho de que para decidir tal cuestión se haga necesario no solo determinar el dies a quo, que de acuerdo con el art. 310 CDFA se corresponde con el de la extinción de la pareja, sino también acudir a una norma de derecho común, como el art. 1973 Cc., a lo que da lugar es a una cuestión mixta que abarca la aplicación de normas de Derecho común y foral, lo que sujeta la casación a las normas*

de casación foral de acuerdo con el art. 478 Lec. En lo que toca a la interrupción del plazo de prescripción, la carta que la sentencia tiene por cursada no es bastante para la interrupción de la prescripción, pues para ello se precisa una declaración de voluntad recepticia que llegue a conocimiento del deudor. Otra cosa cabe decir de la reclamación extrajudicial, en este caso por medio de tercero, que no requiere forma especial alguna pero sí prueba de que ha tenido lugar: los mensajes telefónicos dejados por el testigo en el buzón de voz del demandado no son por sí solos suficientes para producir la interrupción del plazo de prescripción por no asegurar su recepción; pero sí lo es la conversación personal posterior habida entre testigo y demandado en la que le reitera la reclamación de la actora (doctrina jurisprudencial recogida in extenso en STS 746/2008, de 21/7, con criterio que también recoge la STS 596/2012).

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 310 CDFA, 1973 Cc.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. Jose Pedro recurre en casación la sentencia dictada por la secc. 5ª de la AP de Zaragoza, que desestima el recurso de apelación interpuesto contra la dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 15. Invoca un único motivo de casación, en el que afirma infracción del art. 310 CDFA en relación con el art. 1973 CC por haber dado lugar a la demanda pese a que la acción ejercitada en ella había prescrito.

La actora, D.ª Tamara, le reclamaba la suma de 23.864,42€ como compensación por el enriquecimiento injusto que habría tenido por consecuencia de las cantidades pagadas por ella para la adquisición de la

vivienda privativa de él, y del mobiliario que permanece en dicho inmueble y que utilizaron en ella durante el tiempo que duró la convivencia extramatrimonial, que se extendió desde el mes de enero de 2004 hasta finales del año 2012, a lo que el demandado opuso prescripción, afirmando que la extinción de la relación se produjo en el mes de septiembre de 2012, y que no hubo reclamación alguna anterior a la presentación de la papeleta de conciliación el día 12 de mayo de 2014, que precedió a la demanda presentada el día 21 de julio siguiente.

La sentencia de primera instancia fijó como datos de hecho relevantes al efecto, que declaró probados:

1) que la convivencia se prolongó hasta el mes de diciembre de 2012, en que cesó por mutuo acuerdo; 2) que entre julio y septiembre de 2013, y por medio de un tercero (Sr. Eleuterio), la actora reclamó o intentó negociar con el demandado el pago de las cantidades que creía le correspondía por consecuencia de la ruptura; 3) que el despacho de abogados al que la actora confió su defensa remitió una carta de reclamación al demandado en el mes de noviembre de 2013; y, finalmente, 4) que la actora presentó papeleta de conciliación el día 12-5-2014.

Como se dice, la demanda fue presentada el día 21 de julio de 2014.

El juzgador de primer grado entiende que la prescripción, iniciada en el mes de diciembre de 2012, fecha de la extinción de la pareja, quedó interrumpida por las reclamaciones que mediaron hasta la interposición de la demanda, que tiene como probadas, de acuerdo con lo establecido en el art. 1973 CC, lo que habría impedido el transcurso del plazo del año establecido en el art. 310 CDFA.

Por su parte, la sentencia de apelación, que expresamente acepta los fundamentos de la sentencia recurrida, establece como afirmaciones clave de su decisión: 1) que la

relación de pareja finalizó en el mes de diciembre de 2012, por razón de acuerdo entre los convivientes de tal fecha, según lo previsto en el art. 309.1.b) CDFA; 2) que ha sido probado que el despacho de abogados al que la actora había confiado su defensa había *cursado* una carta al demandado en la que le reclamaba el pago de la correspondiente indemnización; y 3) que dicha reclamación habría producido la interrupción del plazo señalado en el art. 310 CDFA de acuerdo con lo prevenido en el art. 1373 CC, como entendió el juzgador de primer grado, por todo lo cual desestima la apelación.

SEGUNDO.- El recurso de casación se funda en único motivo: vulneración del art. 310.2 CDFA en relación con el art. 1973 CC, al no haber sido apreciada la excepción de prescripción. A tal efecto el recurrente sostiene que 1) el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción comenzó el mes de septiembre de 2012, fecha en que afirma que se produjo la extinción de la pareja; y, 2) que la carta remitida por el despacho de abogados al que la sentencia de apelación anuda la interrupción del plazo señalado en el 310.2 CDFA no puede tener tal efecto por no haber sido acreditada su recepción por el destinatario.

TERCERO.- La recurrida sostiene –art. 485 LEC, párrafo segundo– la inadmisibilidad del recurso, pues a su parecer la invocación del art. 310 CDFA como infringido es meramente instrumental, y que en verdad la norma que se dice vulnerada es el art. 1973 CC, en tanto que lo que se discute es si la interrupción del cómputo del plazo señalado en el primero de los artículos es no acorde con lo preceptuado en el segundo.

Afirma la recurrida que, de este modo, lo que el recurrente pretende es servirse de un recuso de casación foral porque tiene vedado el de derecho común de acuerdo con las normas de la LEC.

Pues bien, en el presente caso, lo que se discute es si ha transcurrido o no el plazo señalado en el art. 310 CDFA. El hecho de que para decidir tal cuestión se haga necesario no solo determinar el *dies a quo*, que de acuerdo con dicha norma se corresponde con el de la extinción de la pareja, sino también acudir a una norma de derecho común, como el art. 1973 CC, a lo que da lugar es a una cuestión mixta que abarca la aplicación de normas de derecho común y foral, lo que sujeta la casación a las normas de casación foral de acuerdo con lo prevenido en el art. 478 LEC.

No discute la recurrida que de acuerdo con la ley 4/2005 sobre casación foral aragonesa la sentencia impugnada es susceptible de casación por cuantía, al hallarse conformes las partes en que supera la suma de 6.000€.

En consecuencia, hemos de rechazar la inadmisibilidad alegada por la parte recurrida en su escrito de oposición al recurso.

CUARTO.- Por lo que se refiere al día inicial del cómputo, y sentado que conforme al art. 310 CDFA se corresponde con el de la extinción de la pareja, sostiene el recurrente frente a las sentencias de ambas instancias que la extinción se produjo por su decisión unilateral en el mes de septiembre de 2012, y no de común acuerdo en el siguiente mes de diciembre.

Pues bien, es cierto que el art. 309.1.C) del CDFA dispone que la pareja no matrimonial se extingue por decisión unilateral, pero para que tal efecto se produzca es preciso que quien la haya tomado la notifique fehacientemente al otro, tal y como exige el art. 309.2 CDFA, y ninguna de las sentencias establece como hecho probado ni que el recurrente hubiera decidido la ruptura en el mes de septiembre de 2012, ni que ésta hubiere sido notificada a la recurrida. Muy al contrario, lo que la primera de las sentencias señala es que el cese de con-

vencia que tuvo lugar en dicho mes no respondía a una ruptura, sino a un período de crisis propio de toda unión. Tal conclusión de hecho no ha sido impugnada por la vía de infracción procesal, por lo que permanece incólume en casación, lo que conduce necesariamente a la desestimación del motivo por desconocer los hechos probados en la instancia, de acuerdo con una consolidada doctrina jurisprudencial que recoge la STS de 29 de junio de 2015, nº Sentencia: 417/2015 | Recurso: 1440/2013:

La función de la casación no es de tercera instancia, sino de control de la aplicación de derecho a la cuestión de hecho, que es incólume en casación, tal como han afirmado innumerables sentencias, como las de 25 junio 2010, 5 mayo 2011, 4 abril 2012, 6 mayo 2013, 24 octubre 2014. Lo cual lleva consigo la proscripción de hacer supuesto de la cuestión; es decir, dar por probados hechos que no han sido declarados así por la sentencia de instancia o prescindir de los que sí han sido declarados probados: sentencias de 6 octubre 2011, 19 abril 2013, 11 junio 2013, 6 febrero 2015.

QUINTO.- En lo que toca a la interrupción del plazo de prescripción, pese a lo que se arguye en el recurso, no cabe reducir los actos interruptivos a uno solo de los tres estudiados en la primera instancia en razón de que la sentencia de apelación tan solo hizo referencia a uno de ellos, pues, como hemos dicho más arriba, la sentencia de segundo grado acepta expresamente los fundamentos de la sentencia apelada.

Ya queda señalado que son tres los actos a los que en la primera instancia se atribuye el efecto de interrumpir la prescripción iniciada en el mes de diciembre de 2012. La sentencia de apelación se contenta con reconocer tal efecto a la carta que tiene por *cursada* por el despacho de abogados al que la actora había confiado su defensa en el mes de noviembre de 2013, y por ello no estudia los demás actos inte-

ruptivos; pero la de primer grado atribuye tal efecto también a una reclamación verbal que dicha parte hizo al demandado a través de un tercero en julio/septiembre de 2013, y a la papeleta de conciliación presentada el 12 de mayo de 2014.

Comenzando por la carta de mención, no podemos sino compartir los razonamientos del recurrente de que no es bastante para la interrupción de la prescripción, pues es doctrina jurisprudencial la que afirma que tal declaración que la produce es de las recepticias, y exige que llegue a conocimiento del destinatario o que no haya llegado a él por culpa o hecho a éste imputable; esto es, exige actos concretos de carácter recepticio como se ha ocupado de señalar la jurisprudencia en SS tales como 1ª del 29 de mayo de 2009, nº 414/2009, Recurso 2745/2004.

La eficacia de la interrupción depende de una declaración de voluntad recepticia por parte del acreedor, que, además de la actuación objetivamente considerada, impone que la misma haya llegado a conocimiento del deudor (SSTS 13 octubre 1994; 9 de octubre 2007).

En el caso, la sentencia tan sólo declara como hecho probado que la carta fue «*cursada*» por una empleada del despacho de abogados, por lo que no basta al efecto interruptivo que le son atribuye.

Otra cosa cabe decir de la reclamación por medio de tercero, que debe ser examinada también en aplicación de la doctrina sentada por el TC en su sentencia 73/2009, que impone el examen de las cuestiones afirmadas por el recurrido en su escrito de oposición que insistan en lo alegado en la instancia, y que no pudo defender vía recurso por falta de gravamen.

En primer lugar, de acuerdo con el art. 1973 CC, las reclamaciones susceptibles de producir la interrupción no se limitan a las judiciales, sino que también la producen

las extrajudiciales, sin que éstas se hallen sometida a exigencia instrumental o de forma alguna, según una doctrina jurisprudencial que aparece recogida *in extenso* en la STS de 21 de julio de 2008, n° 746/2008, recurso n° 698/2002, con criterio que también recoge la posterior sentencia n° 596/2012, recurso 692/2010:

La interrupción de la prescripción es una forma de mantener la vigencia del derecho, porque el efecto extintivo propio de la prescripción deja de producirse cuando se demuestra que se ha ejercitado la acción o reclamado el derecho antes de la llegada del plazo. El Código civil prevé tres formas de interrupción, de acuerdo con el artículo 1973 CC: a) la reclamación judicial; b) la reclamación extrajudicial, y c) cualquier acto de reconocimiento de deuda efectuado por el deudor. En este recurso sólo interesa la segunda opción.

El Código Civil introdujo la reclamación extrajudicial como forma de interrumpir la prescripción. Constituye un acto de naturaleza conservativa que tiene como finalidad la defensa del mismo derecho, por lo que no puede hablarse de interpretación extensiva, como hace el recurso, cuando se considera que se ha producido un auténtico acto de interrupción, puesto que se trata de un acto ligado al principio de defensa; lo que debe determinarse es, pues, si dicha interrupción tuvo o no lugar.

Para llegar a las correctas conclusiones en el presente litigio, debemos partir de lo siguiente:

Para que se produzca una interrupción extrajudicial no se requiere que se formulen las reclamaciones por escrito ni que asuman ninguna forma; otra cosa será la prueba de que se haya efectuado el acto interruptivo, pero no debe confundirse la dificultad de prueba con la forma de determinados actos y así la jurisprudencia ha entendido que este tipo de reclamación

puede adoptar formas diversas, como cartas reclamando daños (SSTS 11 febrero 1966, 11 marzo 2004), o reclamaciones efectuadas según un mandato verbal por un abogado «en nombre de mis clientes» (STS de 18 enero 1968). En la sentencia de 27 junio 1969 esta Sala entendió que «a los efectos interruptores de la prescripción son eficaces tanto los actos del titular de la acción como los de quien ostente la debida representación» y entendió que el abogado tenía las mismas facultades que el procurador; la sentencia de 10 marzo 1983 dice que «La sentencia recurrida [...] afirma categóricamente la existencia de conversación mantenida a la búsqueda de un acuerdo entre las partes en la misma fecha del acto mencionado así como «contactos telefónicos entre los Letrados de ambos litigantes que tuvieron lugar con posterioridad» animados de igual designio, conductas que valora como actos interruptivos por ejercicio extrajudicial del derecho»; la sentencia de 14 diciembre 2004 admite que una carta interrumpiera la prescripción. Como resumen de la doctrina de esta Sala, debe citarse la sentencia de 27 septiembre 2007 que afirma: «[C]ierto es, como plasma la Sentencia de 6 de febrero de 2007, que esta Sala ha venido sosteniendo «que el artículo 1973 del Código Civil, no avala una interpretación rigurosa y formalista de lo que ha de entenderse por reclamación extrajudicial a los efectos de interrupción de la prescripción, y así en Sentencia de 22 de noviembre de 2005 se expuso que nuestro Código Civil, en el mencionado artículo 1973, «no exige fórmula instrumental alguna para la reclamación extrajudicial, como medio para interrumpir la prescripción por lo que cualquiera de ellos, puede servir para tal fin», pero tampoco debe ignorarse que, siguiendo una importante corriente doctrinal, esta cuestión lo que puede plantear, como ocurre en este caso, es un problema de prueba (de la existencia de la reclamación y de su fecha) y no un problema de forma, es decir, que una cosa es que la forma de la reclamación no sea relevante a la hora de que produzca efectos interruptivos, y otra, que realmente se haya acreditado la existencia de tal re-

clamación como acto interruptivo, cuestión ésta de indudable carácter fáctico [...]».

2º *La interrupción no requiere forma especial alguna, aunque es evidente que deberá ser objeto de prueba; así la citada sentencia de 10 marzo 1983 dice que «[...] Una petición de esta índole, en cuanto acto volitivo de reclamación a la persona obligada, según palabras de la sentencia de 6 diciembre 1968, existirá siempre que el titular del derecho muestre inequívocamente al sujeto pasivo su decisión de obtener el pago, sin que sea menester la personal intervención de los interesados, pues también en esta materia operan las reglas del mandato representativo, con plena eficacia aunque sea verbal, según han declarado las sentencias de 18 enero 1968, 27 junio 1969 y 10 octubre 1972, y no cabe poner en duda la trascendencia que revisten como reclamación del titular frente al obligado las repetidas gestiones del Letrado actor, que obra siguiendo las instrucciones de su cliente y en beneficio de éste, cerca del que lleva la dirección técnica del demandado, buscando una composición amistosa en la cifra del pretendido resarcimiento». En el mismo sentido la sentencia de 14 diciembre 2004 señala que «El art. 1973, al dar eficacia interruptiva de la prescripción al requerimiento extrajudicial, no exige que haya de tener forma determinada». (Ver asimismo SSTs 22 noviembre 2005 y 6 febrero y 27 septiembre 2007). Por tanto, probada la reclamación extrajudicial, se producirá interrupción de la prescripción, que existirá siempre que el titular del derecho demuestre al sujeto pasivo su voluntad inequívoca de reclamar el daño, con independencia de la forma utilizada para reclamarlo, al admitir el Art. 1973 CC la reclamación extrajudicial como forma de interrumpir la prescripción extintiva.*

En la instancia ha sido declarado probado que en julio/septiembre de 2013 la actora llevó a cabo reclamaciones o intentos de negociación por medio de un tercero con el demandado, y esta Sala, haciendo uso de las facultades de integración de los hechos fijados en la instancia (SSTS nº 451, Recurso 1.296/1991, y nº 622/2008, Recurso

1776/2001), precisa, de acuerdo con lo manifestado por Don. Eleuterio durante su interrogatorio en juicio, que tales intentos consistieron en tres mensajes telefónicos dejados por el testigo en el buzón de voz del demandado en el mes de julio de 2013, en el que le hacía saber las pretensiones de la actora a fin de aclarar las condiciones económicas de la ruptura, y en una conversación personal habida entre testigo y demandado en el mes de septiembre siguiente en que el primero reiteraba tales pretensiones al segundo.

Los mensajes telefónicos dejados en el buzón de voz no son por sí solos suficientes para producir la interrupción del plazo de prescripción comenzado en el mes de diciembre de 2012 con la ruptura por no asegurar su recepción, pero sí lo es la conversación personal posterior de acuerdo con la jurisprudencia que se deja reseñada, máxime si se tiene en consideración la restricción con que ha de ser aplicada la interrupción extintiva por no responder a elementos de justicia material, y la pluralidad de actos que demuestran la voluntad de conservar el derecho. Tal y como se dice en la STS 596/2012 más arriba citada:

La jurisprudencia de esta Sala en materia de prescripción de las acciones declara tanto la necesidad de una interpretación restrictiva del instituto de la prescripción en aras al principio de seguridad jurídica como los supuestos en los cuales se entiende interrumpida dicha prescripción, en favor del titular del derecho; así no solo con la presentación de la demanda sino también con otros actos procesales tendentes a preparar la acción o para obtener la satisfacción del derecho pretendido y que revelan una voluntad claramente conservativa del mismo (SSTS de 12 de noviembre de 2007; 16 de febrero 2012).

En consecuencia, procede la desestimación del motivo y con él del recurso en el que se hace valer.

SEXTO.- Las costas del recurso se rigen por el art. 398 LEC,y el depósito para recurrir por la DA 15 LOPJ .

35

NÚM. 35

S. TSJA 35/2015 de 10 de diciembre de 2015

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: ASIGNACIÓN COMPENSATORIA: Criterios para establecer o revisar la temporalidad: *El alcance de la revisión en casación de la temporalidad de la obligación del pago de la asignación compensatoria fue objeto de consideración en la STSJA 35/2014, de 15/11, que se remite a los criterios fijados por el TS para establecer la temporalidad (en particular, STS 369/2014, de 3/7). El juicio prospectivo para valorar la idoneidad o aptitud de la beneficiaria para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto es función del tribunal de instancia, no siendo revisable en casación salvo que la decisión adoptada se aparte de los criterios exegéticos establecidos jurisprudencialmente o se realice mediante una valoración de los hechos alejada de la lógica. La «certeza» de que va a ser factible la superación del desequilibrio en un tiempo concreto (5 años, en el caso), no debe entenderse como equivalente a «certeza absoluta», sino a «probabilidad alta». Superación del desequilibrio en plazo de 5 años que en el caso parece factible aunque, por acuerdo entre los cónyuges, la mujer hubiera adoptado durante el matrimonio el rol de madre y esposa tradicional, dedicada en exclusiva al cuidado de los hijos y del hogar.*

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 83 CDFA.

PONENTE: Ilma. Sra. D^a Carmen Samanes Ara.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el único motivo de casación que resultó admitido, la recurrente denuncia incorrecta aplicación del artículo 83 del CDFA, en relación con la duración de la asignación compensatoria.

El apartado segundo de dicho precepto dispone:

La cuantía y la naturaleza temporal o indefinida de la asignación serán determinadas por el Juez mediante la ponderación equitativa de los siguientes criterios:

- a) Los recursos económicos de los padres.
- b) La edad del solicitante, sus perspectivas económicas y las posibilidades de acceso al mercado de trabajo.
- c) La edad de los hijos.
- d) La atribución del uso de la vivienda familiar.
- e) Las funciones familiares desempeñadas por los padres.
- f) La duración de la convivencia.

SEGUNDO.- La sentencia de primera instancia, después confirmada en apelación, tuvo en cuenta, para adoptar la decisión con la que la recurrente muestra su disconformidad, que: «... teniendo en cuenta por otro lado la edad actual de 45 años de la Sra. Noemí, que no padece ninguna enfermedad ni limitación que le permita (sic) acceder al mercado laboral, que puede finalizar sus estudios de Derecho de los que tiene aprobadas varias asignaturas (y que abandonó según la propia actora afirma en su demanda de medidas provisionales para trabajar en la empresa de sus padres y, por tanto, no con motivo de contraer matrimonio) y que se le atribuye el uso del domicilio familiar libre de cargas durante un periodo de 10 años...». Y, tras recordar los criterios jurisprudenciales a propósito de la duración limitada de la asignación en cuestión, año-

de: «En el presente supuesto se considera más que prudencial el plazo de 5 años, que, además se estima como plazo previsible y más que suficiente en el que la Sra. Noemí habrá podido acceder al mercado laboral e incluso finalizar sus estudios de Derecho o completar su formación profesional con otras titulaciones».

TERCERO.- Se afirma en el recurso, sintéticamente expuesto, que no es una predicción realista la que lleva a cabo la sentencia de instancia al suponer que en el plazo de cinco años D^a Noemí habrá podido acceder al mercado laboral, e incluso finalizar sus estudios de Derecho o completar su formación. No se expresan –indica– los criterios de certidumbre que exige la jurisprudencia para alcanzar la convicción de que va a ser factible superar el desequilibrio. Y ello no es posible –subraya– precisamente porque D^a Noemí *es una madre modélica en el estándar más clásico del rol de madre*, atenta al cuidado de los hijos y del hogar, como ambos cónyuges convinieron en 1998 de acuerdo con este modelo de familia tradicional. Para la parte, la mera posibilidad (que no certeza) de que la esposa encuentre en el futuro un empleo no justifica la limitación a cinco años de la pensión.

CUARTO.- Como ya ha dicho esta Sala en sus sentencias de 30 de diciembre de 2011 (recurso 19/2011), 11 de enero de 2012 (recurso 22/2011), y 4 de enero de 2013 (recurso 35/2012), la asignación compensatoria prevista en el artículo 83 del 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.

Análoga cuestión a la que aquí se plantea, es decir, el alcance de la revisión en casación de la temporalidad de la obligación del pago de la asignación compensatoria establecida en la instancia, fue objeto de consideración por esta Sala en la sen-

tencia de 5 de noviembre de 2014. En esa ocasión dijimos: *Para considerar el motivo hemos de partir, necesariamente, de que nos encontramos en sede de un recurso extraordinario, cuya finalidad es mantener a los tribunales en la estricta observancia de la ley. De esta forma el recurso solo podrá prosperar si el tribunal llega a la convicción de que la sentencia recurrida ha infringido el precepto objeto de la denuncia casacional, pero si dicho pronunciamiento es acorde con la norma, en una de las posibles formas de su aplicación, y la decisión resulta congruente con las pretensiones procesales de las partes, el recurso no prosperará.*

Hemos de afirmar, de entrada, que el legislador aragonés no ha establecido en su regulación de la asignación compensatoria un plazo de duración, como sí ha hecho respecto de otras consecuencias de la ruptura matrimonial –uso de la vivienda familiar, art. 81.3 CDFA. En consecuencia los criterios para establecer la temporalidad vienen fijados jurisprudencialmente en repetidas sentencias de la Sala primera del Tribunal Supremo.

Afirma al respecto la STS 369/2014, de 3 de julio: Es doctrina de esta Sala sobre la pensión compensatoria y su temporalidad:

Según esta doctrina, el establecimiento de un límite temporal para su percepción, además de ser tan solo una posibilidad para el órgano judicial, depende de que con ello no se resienta la función de restablecer el equilibrio que le es consustancial, siendo ésta una exigencia o condición que obliga a tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso, particularmente, aquellas de entre las comprendidas entre los factores que enumera el artículo 97 CC (que según la doctrina de esta Sala, fijada en STS de 19 de enero de 2010, de Pleno (RC núm. 52/2006), luego reiterada en SSTs de 4 de noviembre de 2010 (RC núm. 514/2007), 14 de febrero de 2011 (RC núm. 523/2008), 27 de junio de 2011 (RC núm. 599/2009) y 23 de octubre de 2012 (RC núm. 622/2012), entre las más recientes, tienen la doble función de actuar como elementos integrantes del desequilibrio, en

tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias, y, una vez determinada la concurrencia del mismo, la de actuar como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión), que permiten valorar la idoneidad o aptitud de la beneficiaria para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, y, alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio, juicio prospectivo para el cual el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre.

QUINTO.- Ese juicio prospectivo es función del tribunal de instancia, no siendo revisable en casación salvo que la decisión adoptada se aparte de los criterios exegéticos establecidos jurisprudencialmente o se realice mediante una valoración de los hechos alejada de la lógica. Pues bien, nada de eso ha sucedido aquí. No aparece como contrario a la lógica la presuposición de que una persona de 45 años de edad, sin limitaciones propias que le impidan acceder al mercado laboral, que ha trabajado con anterioridad en una empresa familiar, que ha superado con éxito una parte de los estudios de la carrera de derecho, pueda, en un plazo de cinco años, encontrar un trabajo que le permita superar el desequilibrio. Por razones evidentes, no debe entenderse la expresión jurisprudencial «certidumbre» como equivalente a «certeza absoluta», sino a «probabilidad alta», que podría situarse entre la mera posibilidad a la que alude la parte, y esa certeza absoluta que prácticamente nunca podría alcanzarse. Y no puede prevalecer sobre esta consideración la circunstancia de que durante el matrimonio la recurrente, por un acuerdo entre los cónyuges, adoptara el rol de madre y esposa tradicional, dedicada en exclusiva al cuidado de los hijos y del hogar. Precisamente ese es el patrón que produce ordinariamente las situaciones de desequilibrio a las que atiende la norma del artículo 83 (y la del artículo 97

del Cc). Como dice la STS de 22 de junio de 2011, resulta razonable entender que el desequilibrio que debe compensarse debe tener su origen en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia.

Es consecuencia de lo que ha quedado expuesto la desestimación del recurso.

SEXTO. - Las costas del presente recurso serán abonadas por la parte recurrente, de conformidad con lo prevenido en el artículo 398.1, en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

NÚM. 36

S. TSJA 36/2015

de 16 de diciembre de 2015

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Prueba de que la custodia individual es más conveniente: Como hemos indicado en múltiples ocasiones, el criterio legal consagrado en el art. 80.2 CDFA sobre la custodia compartida no excluye la valoración en cada supuesto concreto de las distintas circunstancias concurrentes para llegar, en su caso, a concluir que la custodia individual pueda ser preferible. De modo que, en atención al interés prevalente del menor, el órgano judicial deberá valorar cuidadosamente la prueba aportada y, especialmente, la voluntad del hijo afectado caso de tener suficiente juicio, o el informe elaborado por los técnicos psicólogos o asistentes sociales. La cuestión es, por tanto, si el recurso de casación da razones suficientes para entender que la decisión judicial contraria a la custodia compartida se atiene o no, sin apartarse de los hechos probados, a los criterios señalados por el art. 80.2 CDFA.

Los roles de los padres durante la convivencia: *Los roles asumidos por los padres durante el tiempo que duró la convivencia no es elemento determinante para la decisión sobre la custodia cuando se produce la ruptura (STSJA 13/2011), pero en el presente caso la distribución de roles fue continuada de mutuo acuerdo cuando se produjo la ruptura, y sólo después cuando se inició el proceso judicial dos años más tarde se plantea la custodia compartida. Además, en el caso de autos no es esta distribución de las tareas del cuidado de los menores el elemento determinante de la decisión.*

La opinión de los menores: *Es cierto que la opinión de los menores ha de ser valorada con cierta prevención sobre todo cuando se trata de corta edad del menor (STSJA 36/2013, entre otras). En el caso se trata de menores que al tiempo en que expresaron su opinión tenían 11 y 7 años de edad, por lo que no cabe decidir exclusivamente con base en ella, pero lo dicho no impide que haya de ser tenida en consideración como uno más de los elementos para adoptar la decisión sobre su custodia, como hemos dicho en otras ocasiones (STSJA 9/2015, entre otras).*

Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres: *Es elemento de hecho probado que la madre tiene disponibilidad y ha adaptado su vida profesional a la atención de los hijos menores y que, por el contrario, el padre, por razón de la dedicación exclusiva a su trabajo, necesitaría ayuda familiar durante prácticamente la mitad del tiempo en que tuviere a los hijos bajo su custodia. La encomienda de los hijos a terceros durante el tiempo que le corresponde la custodia compartida es incompatible con esta forma de distribución de los deberes parentales, pues la posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres es uno de los elementos que menciona expresamente el art. 80.2 CDFA,*

como lo es también la aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 80.2 CDFA.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El único motivo de casación que se hace valer contra la sentencia recurrida es la vulneración del art. 80.2 CDFA por no haber respetado el criterio legal sobre el régimen de custodia de los hijos menores en caso de ruptura de convivencia de los progenitores.

Las sentencias de las dos instancias coinciden en atribuir a la madre la custodia individual de los tres hijos menores habidos en el matrimonio que el actor, D. José Luis, y la demandada, D^a María Amaya, contrajeron el día 24 de febrero de 2001: Jorge y Paula, nacidos ambos el día 18 de julio de 2003, e Inés, nacida el día 20 de abril de 2007.

El juzgador de primer grado, si bien entiende que no son impedimento para la custodia compartida ni la edad de los menores, ni la disponibilidad de vivienda idóneas por ambos progenitores, señala como factor determinante para su decisión, además del criterio favorable a la custodia individual del informe elaborado por la psicóloga adscrita, la mayor disponibilidad de tiempo de la madre para ocuparse de los menores, que contrasta con el escaso tiempo que el padre puede dedicarles, que determina que *durante prácticamente la mitad del tiempo en que –el padre– tuviere a los hijos bajo su custodia sería necesario ayuda tal familiar, situación que considera que no es com-*

patible con un régimen de guarda y custodia compartida.

Por su parte, la Sala de apelación ratifica la estimación de que el padre dispone de escaso tiempo para el cuidado de su prole, y así señala que *la flexibilidad horaria que alega el padre no existe, ni tampoco ha acreditado haya reducido su horario laboral para hacerse cargo de sus hijos, asistencia a tutorías médicas de los menores, tareas escolares, provisión de vestuario, recogidas del colegio, y un largo etcétera, y aclara que no se cuestiona la ayuda de terceras personas necesaria para todo trabajador, sino la total delegación de las funciones parentales en ellas, cuando, además, el otro progenitor tiene disponibilidad y ha adaptado su vida profesional a la atención de los hijos menores.*

A tal razón añade la Audiencia en apoyo de la custodia: 1) que el padre *nunca ha atendido la intendencia diaria y habitual de los tres hijos, de tal forma que ha sido la madre la figura cuidadora de los mismos en la que ha delegado el padre tales cometidos mientras se dedicaba, en exclusiva, al ejercicio de su profesión;* 2) que *altera innecesariamente el sistema de vida de los tres hijos –que se encuentran al cuidado de la madre por haber sido decidido así de mutuo acuerdo desde el mes de marzo de 2012 cuando se produjo la ruptura de convivencia–;* y 3) que los menores han expresado su deseo de seguir viviendo con su madre y no introducir cambios en su vida.

El recurrente sostiene en su motivo que la sentencia recurrida vulnera el art. 80.2 CDFA por las razones que enuncia: A) toma como punto de partida para el mantenimiento de una custodia individual los roles establecidos por los progenitores constante matrimonio; B) toma en cuenta la opinión de los menores; C) valora la disponibilidad horaria del padre sin entrar a valorar la de la madre; D) valora la necesidad de ayuda de terceras personas para conciliar la vida familiar y laboral; E) toma en cuenta el informe psicológico. De todas estas razones concluye

que las pruebas practicadas, incluida la pericial psicológica, no ponen de manifiesto que una custodia compartida redunde en sentido alguno en perjuicio de los menores.

SEGUNDO.- De acuerdo con el art. 80.2 CDFA:

«2. 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.»

Como hemos indicado en múltiples ocasiones (sentencias de 30 de septiembre de 2011, de 9 de febrero de 2012, 11 de marzo de 2013) el criterio legal consagrado en el art. 80.2 CDFA sobre la custodia compartida no excluye la necesaria valoración en cada supuesto concreto de las distintas circunstancias concurrentes para llegar, en su caso, a concluir que la custodia individual pueda ser preferible. De modo que, en atención al interés prevalente del menor, el órgano judicial deberá valorar cuidadosamente la prueba aportada y, especialmente, la voluntad del hijo afectado caso de tener suficiente juicio, o el informe elaborado por los técnicos psicólogos o asistentes sociales.

De otro lado hemos, dicho en nuestra sentencia de 30 de junio 2015:

«Pues bien, como señala la STS 251/2015, de 8 de mayo, el recurso de casación en la determinación del régimen de guarda y custodia no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia. Es cierto que en la ley aragonesa el legislador se ha ocupado de establecer los factores a los que ha de atender el juzgador a la hora de decidir cuál de los sistemas de custodia posibles es el que más conviene en cada caso al menor, y establece una preferencia por la custodia compartida que obliga al juzgador de instancia a partir en su análisis de tal premisa, pero de ahí no se sigue que la Sala de casación pueda sustituir el criterio afirmado por la sentencia recurrida, si, atendidos aquellos factores, concluye razonadamente que la individual es la guarda que mejor satisface el interés del menor.»

La cuestión es, por tanto, si el recurso da razones suficientes para entender que la decisión contraria a la custodia compartida se atiene o no a los criterios señalados por la norma, bien entendido que a tal fin, y dado que no han sido discutidos los hechos tenidos como acreditados en la instancia por la vía de infracción procesal, ha de partirse del supuesto de hecho configurado en ella, lo que conduce necesariamente a la desestimación de todo motivo que lo desconozca, de acuerdo con una consolidada doctrina jurisprudencial que recoge la STS de 29 de junio de 2015, nº Sentencia: 417/2015|Recurso: 1440/2013:

«La función de la casación no es de tercera instancia, sino de control de la aplicación de derecho a la cuestión de hecho, que es incólume en casación, tal como han afirmado innumerables sentencias, como las de 25 junio 2010, 5 mayo 2011, 4 abril 2012, 6 mayo 2013, 24 octubre 2014. Lo cual lleva consigo la proscripción de hacer supuesto de la cuestión; es decir, dar por probados hechos que no han sido declarados así

por la sentencia de instancia o prescindir de los que sí han sido declarados probados: sentencias de 6 octubre 2011, 19 abril 2013, 11 junio 2013, 6 febrero 2015.»

TERCERO.- Pues bien, en el caso la sentencia recurrida da razones más que suficientes para apartarse del criterio legal de la custodia compartida, pues ninguna de las dadas en contra de ella es bastante para sostener la vulneración del precepto que se señala como infringido.

Por lo que se refiere a la razón enunciada como A), es cierto que esta Sala ha afirmado que los roles asumidos por los padres durante el tiempo que duró la convivencia no es elemento determinante para la decisión sobre la custodia cuando se produce la ruptura, así en la STJA nº 13/2011, Recurso: 17/2011 dijo:

«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 período, 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.»

Pero en el presente caso, la distribución de roles durante el matrimonio fue continua-

da de mutuo acuerdo cuando se produjo la ruptura en marzo de 2012, y solo después cuando se inició el proceso judicial dos años más tarde se plantea la custodia compartida. Además, como resulta de los argumentos expuestos en la sentencia recurrida que se dejan más arriba expresados, no es esta distribución de las tareas del cuidado de los menores el elemento determinante de la decisión, sino que lo son las posibilidades de compatibilizar las vida laboral y familiar.

CUARTO.- En cuanto la razón B), no se discute que los menores han expresado su voluntad con el sistema de custodia pactado por los padres en el momento de la ruptura de la convivencia.

Es cierto que su opinión ha de ser valorada con cierta prevención sobre todo cuando se trata de corta edad del menor, y así lo ha señalado entre otras la Sentencia de esta Sala n° 36/2013, Recurso 14/2013:

«A este respecto esta Sala ha dicho (sentencia de 19 de octubre de 2012) que la opinión del menor es 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 para la adopción del régimen de custodia, dependiendo de su madurez pues a mayor madurez mayor relevancia tendrá su opinión, especialmente en los mayores de catorce años (sentencias de 16 de octubre de 2012 y 12 de marzo de 2013).

En las más recientes, de 10 de julio de 2013 respecto a una niña de 10 años, de 16 de julio de 2013 sobre menores de 9 y 10 años, y de 17 de julio de 2013 respecto a un niño de 11 años, hemos manifestado que la escasa edad y madurez de estos niños no permite atribuir a su criterio carácter determinante, y que pueden aportar datos que puedan ser relevantes pero su proceso intelectual, en el doble aspecto cognoscitivo y volitivo, no les permitirá valorar hasta qué punto puede ser perjudicial uno u otro régimen de custodia.

Afirmado lo anterior respecto a niños entre 9 y 11 años de edad, nos permite deducir que difícil-

mente una niña de apenas seis años puede aportar, salvo casos excepcionales, datos o circunstancias (nada más podría pedírsele) que arrojen más luz sobre la conveniencia de un régimen u otro. Máxime teniendo en cuenta que ya había sido oída por la psicóloga del Juzgado. El suficiente juicio respecto de los menores de doce años debe ser ponderado con sumo cuidado cuando se trata de enfrentarlos a una exploración en sede judicial.»

En el caso se trata de menores que al tiempo en que expresaron su opinión tenían 11 y 7 años de edad, por lo que no cabe decidir exclusivamente con base en ella, pero lo dicho no impide que haya de ser tenida en consideración como uno de los elementos más para adoptar la decisión sobre su custodia, como hemos dicho en otras ocasiones, como la 9/2015, Recurso: 13/2015.

QUINTO.- La razón C señala la valoración hecha por la sentencia recurrida de la disponibilidad de los padres para el cuidado de los hijos.

Pues bien, es elemento de hecho que se sienta como probado en la instancia que la madre *tiene disponibilidad y ha adaptado su vida profesional a la atención de los hijos menores* y que, por el contrario, por razón de la dedicación exclusiva del padre a su trabajo *durante prácticamente la mitad del tiempo en que—el padre— tuviere a los hijos bajo su custodia sería necesario ayuda tal familiar*, tal conclusión fáctica no ha sido convenientemente impugnada por la vía procesal adecuada, sino se que pretende discutir mediante motivo de casación, lo que está llamado al fracaso de acuerdo con la doctrina sentada en el anterior fundamento de derecho segundo.

SEXTO.- Lo mismo cabe decir de la razón D, pues no hace sino reiterar la discrepancia sobre la escasa o nula disponibilidad que para cuidar a sus hijos tiene el padre que las dos sentencias de instancia sientan como probada; por lo demás esta Sala no puede sino compartir el criterio sustentado

en la sentencia de primer grado de que la encomienda de los hijos a terceros durante el tiempo que le corresponde la custodia por quien pretende que esta sea compartida es incompatible con esta forma de distribución de los deberes parentales en los casos de ruptura familiar, pues la posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres es uno de los elementos que menciona expresamente el precepto que se dice infringido, como lo es también la aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos.

SÉPTIMO.- Finalmente, con el enunciado E se pretende como motivo de casación que la sala lleve a cabo la valoración del dictamen pericial.

Pues bien, el expresado dictamen es objeto de valoración por el juzgador de primer grado en los siguientes términos:

Junto con lo anterior y de cara a decidir en torno a esta cuestión, se cuenta en autos con el informe elaborado por la psicóloga adscrita al juzgado y de fecha el 19 de noviembre de 2014. En él se detalla la situación de los tres hijos menores con la buena adaptación a su entorno y a sus circunstancias actuales conservando todos los menores una positiva imagen de los progenitores con quienes mantienen buenas relaciones tanto con ellos como con sus entornos familiares aunque verbalizando su preferencia de continuar viviendo con su madre. En lo que respecta a las condiciones de los progenitores, respecto a los del señor Á. se alude a que trabaja como traumatólogo en la clínica ... con horarios de mañanas, sin bien a esto se añaden tres o cuatro guardias al mes y un fin de semana de cada siete. En cuanto a la tardes se indica que trabaja tres tardes que son las de lunes martes y jueves en la «Policlínica S.». Finalmente se alude a su actividad docente de formación tanto de Zaragoza como fuera de esta ciudad. En lo que afecta a la condiciones de la Sra. S., se alude a su trabajo en el servicio de urgencias del hospital ... con el régimen de guardias antes mencionado. Tras exponer lo que son las manifestaciones de los progenitores y de no tener inconveniente la madre

en una relación amplia y frecuente entre hijos y padre y la actitud del padre de estar frecuentemente con sus hijos, el informe detecta en lo que respecta al Sr. Á. carencias en cuanto a sus condiciones de disponibilidad y planificación y organización de su vida junto con sus hijos y que ya se habían generado durante el cumplimiento del sistema de visitas. Es por ello que este informe, tras reiterar la idoneidad del buen diálogo y fluidez en la relación entre los progenitores, recomienda el mantenimiento de las medidas vigentes en la actualidad, esto es, que los tres menores continúen viviendo con la madre.

Y lo que pretende el recurrente con el razonamiento que ahora se estudia no es ya que la Sala juzgue la valoración del dictamen por el juez de primer grado, sino que lo que el recurrente discute es el dictamen pericial mismo, todo lo cual se halla fuera del alcance del recurso de casación, por lo que también esta razón ha de ser rechazada.

Como corolario de todo lo anterior, hemos de concluir que en el presente caso la sentencia impugnada razona debidamente sobre los elementos que señala el legislador aragonés que permiten eludir el sistema de custodia compartida a favor de la individual que acuerda, por lo que el recurso ha de ser rechazado.

OCTAVO.- Las costas del recurso se rigen por el art. 398 LEC, si bien la especial naturaleza de los intereses en juego aconseja no hacer imposición de las costas a la parte recurrente.

El depósito para recurrir se halla sujeto a la DA 15 LOPJ.

NÚM. 37

S. TSJA 37/2015 de 18 de diciembre de 2015

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: La conflicti-

vidad entre los progenitores: *La doctrina constante de la Sala se recoge en la STSJA 11/2014. En el presente caso, si bien es cierto que las sentencias de ambas instancias recogen la existencia de mala relación personal entre los progenitores, y la existencia de marcadas diferencias en los estilos educativos, nada se contiene en cambio en ellas que permita concluir que dichas circunstancias paren en perjuicio del menor Marcos. Por el contrario, como queda dicho, es hecho probado que el menor mantiene una muy buena interacción con ambos progenitores. Así las cosas, no cabe entender que la Audiencia, al decidir la custodia compartida, haya infringido el criterio legal establecido en el art. 80.2 CDFA.*

Principio de no separación de los hermanos: *Esta Sala ya se ha pronunciado sobre el modo en el que la deseable unión entre los hermanos ha de incidir en la decisión sobre el sistema de custodia a adoptar de acuerdo con el art. 80 CDFA (STSJA 37/2014, y las en ella citadas). En el caso de autos, la sala de apelación da razones para adoptar un sistema de custodia distinto para los dos hermanos menores (uno en custodia compartida y otro bajo la custodia individual de la madre) que lo justifican de acuerdo con criterios de la doctrina jurisprudencial. El cambio de sistema de guarda no implica un distanciamiento entre los hermanos, que introduzca una «separación». El sistema de custodia compartida y el régimen de visitas del padre no custodio permiten la continuidad de las relaciones entre hermanos, quienes, por lo demás, viven en la misma localidad y se encuentran ya en una edad en la que disponen de suficiente autonomía personal que les permite mantener un contacto acorde con sus respectivas circunstancias y preferencias.*

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 80.2 y 80.4 CDFA.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D^a. Pilar dedujo demanda de modificación de las medidas matrimoniales acordadas en la sentencia de fecha 22 de septiembre de 2009 que decretó del divorcio del matrimonio que contrajo con D. Juan en día 15 de mayo de 1993, y del que hubo como descendencia tres hijos, Celia, nacida el día 30 de mayo de 1995, Paula, el 2 de marzo de 2000 y Marcos el 4 de febrero de 2004.

En la sentencia de divorcio, en lo que ahora interesa, había sido acordada la custodia individual de los hijos a favor de la madre, un régimen de visitas con el padre, y una pensión alimenticia con cargo al padre para el mantenimiento de la prole; y en la demanda solicitaba que fuera dejado sin efecto el régimen de visitas que venía acordado respecto a Paula, en razón de los graves conflictos que mantenía con su padre. Por su parte, D. Juan dedujo demanda reconvenzional en la que interesó que se instaurara la custodia compartida respecto de los hijos todavía menores, Paula y Marcos, con la congruente modificación en cuanto a la contribución acordada a su cargo para el mantenimiento de los hijos.

La sentencia de primer grado dio lugar a la demanda principal, y denegó la custodia compartida interesada vía reconvencción, así como la modificación del régimen de contribución al sostenimiento de los hijos.

Apelada la sentencia por D. Juan, la sección segunda de la Audiencia Provincial dio lugar en parte al recurso, y decidió la custodia compartida de Marcos y la reducción de la pensión alimenticia a cargo del padre a la suma de 600 € mensuales, en atención al cambio de sistema de custodia.

D^a. Pilar formuló recurso de casación contra dicha decisión con base a dos motivos, el primero por infracción del art. 80.2 CDFA y el segundo por infracción del art. 80.4 CDFA.

Por tanto, la única cuestión a decidir en el presente recurso es la custodia compartida que la Audiencia acordó como sistema de guarda del menor Marcos.

SEGUNDO.- Primer motivo de casación.

Sostiene la recurrente que los factores establecidos en el art. 80.2 CDFA conducen a la custodia individual del menor que venía acordada, y no a la compartida por la que se ha inclinado la sentencia recurrida.

Tanto la sentencia de primer grado, como la propia recurrente admiten que ambos progenitores están capacitados para ejercer la custodia de Marcos, y la sala señala, en la misma línea que los informes dados en la primera instancia, que el menor ha mostrado en la exploración practicada que guarda una perfecta relación con su padre. Sin embargo la recurrente afirma que la existencia de un alto grado de conflictividad entre ella y su marido, preexistente a la controversia sobre la custodia, se opone al sistema de guarda compartida por ir ello en perjuicio del interés del menor.

De acuerdo con una constante doctrina de esta Sala que se recoge en nuestra S 11/2014, y en relación a la trascendencia que haya de ser dada a la mala relación existente entre los progenitores en punto a decidir sobre el sistema de custodia procedente en caso de ruptura familiar:

Sobre la primera de tales circunstancias, ha sido reiteradamente señalado por el Tribunal Supremo (así, por ejemplo, sentencia de 29 de noviembre de 2013, en recurso 494/2012) y por esta Sala (así, por ejemplo, sentencia de 9 de febrero de 2012 en recurso 26/2011), que la relación entre los progenitores no tiene relevancia directa para determinar uno u otro régimen de custodia. Y en el presente caso no existe motivo para apreciar algo distinto a lo sentado por tal jurisprudencia. Porque la sentencia no recoge como acreditado que la conflictividad que se ha generado con el sistema de custodia individual

vaya a verse agravada por el establecimiento de la custodia compartida; no determina tampoco si la tensión entre los progenitores es causada por la actitud de uno de ellos o por ambos; y porque, sobre todo y más importante, la mejor atención de la niña no debe fijarse bajo la óptica de la situación de sus progenitores, sino desde la perspectiva de qué sea mejor para la menor afectada, y desde este punto de vista nada recoge la sentencia que permita entender que la deficiente relación entre los progenitores vaya a perjudicar a su hija por el hecho de establecerse el régimen preferente de custodia compartida ...

En el presente caso, si bien cierto que las sentencias de ambas instancias recogen la existencia de una mala relación personal entre los progenitores, y la existencia de marcadas diferencias en los estilos educativos, nada se contiene en cambio en ellas que permita concluir que dichas circunstancias paren en perjuicio del menor Marcos. Por el contrario, como queda dicho, es hecho probado que resalta la sentencia de segunda instancia, y que tiene como base la exploración practicada en dicho grado, que el menor mantiene una muy buena interacción con ambos progenitores.

Así las cosas, no cabe entender que la Sala, al decidir la custodia compartida, haya infringido el criterio legal establecido en el art. 80.2 CDFA.

TERCERO.- El segundo motivo de casación sostiene infracción del art. 80.4 CDFA.

Sostiene la recurrente, en línea con lo argüido por el juzgador de primer grado, que la fijación del sistema de custodia compartida respecto de uno de los hijos cuando se mantiene la individual de la madre respecto de su hermana menor de edad infringe el art. 80.4 DCFA.

De acuerdo con dicha norma:

«Salvo circunstancias que lo justifiquen específicamente, no se adoptarán soluciones que supongan la separación entre hermanos».

Tal criterio es el que llevó al juez de primer grado a desestimar la pretensión reconvencional, cuando razona:

En relación a ello, en Derecho Civil de Aragón se parte de un sistema de custodia compartida, de forma que en toda decisión que se adopte en torno a la guarda de los menores, el punto de partida siempre debe ser el de la custodia compartida. No obstante lo anterior, ello no supone que se deba fijar de forma automática, pues el propio código establece una serie de circunstancias que es necesario tener en cuenta y que podrían imposibilitar la fijación de un régimen de custodia compartida. En este caso, se estima que se da una de estas circunstancias y ella no es otra que la problemática suscitada respecto de la hija Paula respecto de la que por medio de la presente sentencia, no solo no se establece tal régimen de guardia y custodia, sino que incluso no se impone ningún régimen de vistas de cumplimiento obligatorio ante la gravedad que presenta la relación entre hija y padre. Esta situación es deseable que no se extienda al hijo Marcos (expresamente se requiere a las partes para que ello no suceda), si bien sí se debe tener en consideración, pues para toda persona el proceso de integración en la familia afecta no sólo a la relación entre hijo y progenitores, sino a la que pueda existir entre hermanos o hermanas. Prueba de lo anterior es que el propio Código del Derecho Foral de Aragón establece en su artículo 80.4 que [...].

Esta situación es la que se da en el presente caso en el que las hijas (y mas en concreto la hija menor pues nada cabe indicar en cuanto a la guarda de la mayor de edad que ya no existe) convive con la madre por ser imposible en el momento actual la relación con el padre, mientras que el hijo está en una situación de poder convivir con ambos progenitores. Dada la importancia que tiene la relación directa entre hermanos y el apoyo que estos se pueden dar entre sí (sobre en todo en situaciones de crisis familiar), se considera que salvo circunstancias excepcionales de enorme gravedad, no es oportuno proceder a la separación de los hermanos.

Ante tal razonamiento la sala de apelación dice:

Tiene razón la parte recurrente en que no es que se pretenda la separación del menor de sus hermanas, sino que únicamente se amplíen las estancias conforme el régimen de custodia solicitado lo que también permite compartir tiempo con sus hermanas, aparte de que las necesidades de las hermanas son distintas al encontrarse en diferentes etapas evolutivas, por otro lado, al ampliarse el periodo de contacto con su padre se aleja en parte de la conflictividad existente entre éste y las hermanas, la psicóloga explica de manera razonada en el acto de la vista, y esta Sala así lo comparte, que esta nueva situación beneficiaría al menor, por lo que no existe obstáculo alguno de fijar la guarda y custodia compartida de Marcos, como más beneficiosa para el menor, circunstancia que también se contempla en la exploración judicial en esta instancia en la que el menor demuestra una muy buena interrelación con ambos progenitores, que permite no descartar en modo alguno la custodia compartida, sin que ello suponga pues contradicción alguna con el principio general del artículo 80.4 del Código de Derecho Foral de Aragón, que admite excepciones siempre que se justifiquen de manera adecuada, como es el caso, por lo expuesto procede declarar la guarda y custodia compartida de Marcos entre ambos progenitores, en cuanto al régimen de estancias será el recomendado por la perito psicólogo tal como se concretará en el fallo de la presente resolución.

Pues bien, esta Sala ya se ha pronunciado sobre el modo en el que la deseable unión entre hermanos ha de incidir en la decisión sobre el sistema de custodia a adoptar de acuerdo con el art. 80 CDFA en la S 37/2014:

Ya hemos dicho en sentencias anteriores que el legislador aragonés no impide la separación de

los hermanos, sino que establece, como criterio de normalidad recogido como imperativo jurídico, que de modo general, no deben los tribunales adoptar soluciones que supongan dicha separación –sentencia de 30 de octubre de 2013, nº 46/2013–, salvo que concurran circunstancias que justifiquen la medida adoptada y se razone debidamente en la sentencia la fundamentación de la decisión.

En el caso de autos se ha procedido, efectivamente, a establecer un régimen jurídico distinto para cada uno de los hijos, lo que implica su separación a los efectos establecidos en el precepto citado. Pero en la sentencia de primera instancia, confirmada en apelación, se expresan las razones que justifican esta decisión.

Al efecto hemos de tener en cuenta la notoria diferencia de edad entre [...], lo que determina diferentes niveles de escolarización, intereses vitales y hábitos de conducta. Se tiene en cuenta además que, siendo Teodoro de diecisiete años de edad al tiempo de dictarse esta sentencia, y próximo a esa edad cuando se dictó la de apelación, en menos de un año llegará a la mayoría de edad, con lo cual no existirá respecto del mismo régimen alguno de guarda y custodia, quedando por tanto sin posible aplicación al caso la disposición establecida en el artículo 80.4 mencionado.

En definitiva no se ha producido la infracción del precepto denunciado, por cuanto concurren en el caso de autos las circunstancias a que se refiere la norma legal para justificar una diferencia en el régimen jurídico de los hermanos lo que, por otra parte, no implica un alejamiento entre ellos. El hecho de que asistan al mismo centro educativo, que se mantenga un régimen de visitas amplio respecto de Porfirio por parte de su padre, y que se haya dispuesto en sentencia que se procurará en períodos de visitas y vacacionales la coincidencia de los hermanos son elementos que coadyuvan a la confirmación de la decisión.

Como se ve, la sala de apelación da razones para adoptar un sistema de custodia distinto para los dos hermanos menores que lo justifican de acuerdo con criterios acordes

con la doctrina que se deja expresada en la jurisprudencia acabada de señalar.

En efecto, el cambio de sistema de guarda no implica un distanciamiento entre los hermanos, que introduzca una «separación». Así, el régimen de visitas vigente para Marcos al momento de la demanda era de fines de semana alternos y dos tardes intersemanales, y la situación resultante tras la sentencia impugnada es que dicho menor estará con cada uno de sus padres por quincenas alternativas con una tarde intersemanal con el cónyuge no custodio, lo que permite la continuidad de las relaciones entre hermanos, quienes, por lo demás, viven en la misma localidad y se encuentran ya en una edad en la que disponen de suficiente autonomía personal que les permite mantener un contacto acorde a sus respectivas circunstancias y preferencias.

Cualquier otra decisión abocaría a que las pésimas relaciones que uno de los hermanos tiene con el padre común contagien a las de los demás, e impidan los beneficios que las relaciones con él derivan para el hijo ajeno a tal conflictividad.

En consecuencia, procede también el rechazo del segundo de los motivos de casación.

CUARTO.- Las costas se rigen por el art. 398 LEC, no obstante, la naturaleza de los intereses en juego aconsejan no hacer imposición de las cotas a la parte recurrente.

El depósito para recurrir se rige por la DA 15 LOPJ.

NÚM. 38

S. TSJA 38/2015
de 23 de diciembre de 2015

81: DERECHO DE BIENES EN GENERAL: LEY DE MONTES DE ARAGÓN: Presunciones posesorias: El recurrente

entiende vulnerados el art. 47 de la Ley de Montes de Aragón (LMA), así como los arts. 34 LH y 1957 Cc., en relación con el precepto anterior. También se mencionan los arts. 35 y 38 LH. Tanto la inclusión de la finca discutida en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública (art. 14.1 LMA), como la orden aprobatoria del deslinde (art. 47.1 LMA), tan solo vienen a establecer una presunción de posesión a favor del Ayuntamiento, sin prejuzgar la titularidad de la finca que, en el caso, corresponde también al Ayuntamiento por prescripción adquisitiva. La práctica del apeo en el procedimiento de deslinde en 1970 supone un acto de posesión real del Ayuntamiento que desvirtúa las presunciones posesorias que los arts. 35 y 38 LH generan a favor del titular registral de la finca discutida, y ostentado la posesión efectiva el Ayuntamiento desde 1970 se ha producido a su favor la usucapión prevista en el art. 1957 Cc. El titular registral que no posee no puede usucapir. Los titulares registrales, por otra parte, no son terceros protegidos por el art. 34 LH porque son adquirentes a título gratuito de un primitivo título de dominio constituido por una declaración unilateral de parte, y no gozan de más protección registral que la que tuviere su causante o transmitente.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 47 Ley de Montes de Aragón, 34, 35 y 38 LH, 1957 Cc.

PONENTE: Excmo. Sr. D. Manuel Bellido Aspas.

dre e hijo a relacionarse entre sí: El derecho de los padres a relacionarse con sus hijos no se configura sólo como un derecho sino más bien como un derecho/función, cuyo ejercicio se rige por el principio del interés del menor (art. 5.4 CDFA), que otorga cierta participación del menor en la toma de decisiones. Ciertamente, mientras que para los padres el art. 59 lo configura como un derecho/deber, el art. 60 CDFA alude sólo al derecho del hijo a relacionarse con sus padres. Pero si los padres tienen deberes respecto de sus hijos es porque éstos tienen derechos respecto de sus padres y viceversa. Coexisten así los intereses de uno y de otros. Ante ello, según el art. 2.4 LO de protección jurídica del menor, deberán priorizarse las medidas que, respondiendo al interés del menor, respeten también los otros intereses legítimos presentes. El disfrute mutuo de la compañía recíproca de cada uno de los padres y del hijo constituye un elemento fundamental de la vida familiar (art. 8 Convenio de Roma y STEDH 13/7/2000).

La opinión del menor: El menor, en cuanto tal, no tiene una autonomía completa, pues está sometido a la autoridad familiar. En lo relativo a la toma de decisiones judiciales que le afecten, tales como el régimen de visitas con el padre no custodio, la ley exige que éste sea oído; su opinión cuenta, pero no es vinculante. Dado que no ha alcanzado aún la madurez suficiente como para decidir por sí mismo, sobre su voluntad se impone la decisión del Juez, que es a quien corresponde determinar qué es lo que, en el caso, conviene a su interés, principio superior de orden público que es lo que ha de guiar dicha decisión. En ocasiones, cuando la edad del menor está próxima a la mayoría de edad, los tribunales acogen su manifestado deseo de relacionarse con el progenitor no custodio con libertad, valorando que ello es lo más conveniente en el caso. Cabe, empero, que no siempre sea así.

NÚM. 39

S. TSJA 1/2016 de 13 de enero de 2016

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: RÉGIMEN DE VISITAS: Derecho-deber de pa-

Fijación de un régimen mínimo: *El recurrente alega que la sentencia ha infringido el principio del favor filii al acordar un régimen de visitas preestablecido y tasado. La sentencia recurrida ha entendido que el régimen de visitas puede ser flexible pero, rechazando la total libertad que quiere el hijo, impone que se garantice una frecuencia en el contacto materno-filial al menos semanal. La relación de los hijos con los padres redundará también en interés de éstos; si bien el art. 60.3 CDFA permite que, si el interés del menor lo requiere, podrá el Juez denegar, modificar o suspender la relación del menor con sus padres. En el presente caso, dejar el régimen de visitas a la entera voluntad del menor podría comportar que se consolidase la desafección entre madre e hijo. Queda al buen sentido de la madre la ponderación de hasta qué punto debe exigir (art. 65.2 CDFA) el cumplimiento riguroso del régimen de visitas acordado. La fijación de un régimen mínimo está dentro del margen de discrecionalidad del juez, no se aprecia arbitrariedad, y se fundamenta en que es beneficioso para el menor.*

Interés superior del menor: *El interés del menor es un concepto jurídico indeterminado que precisamente ha de ser determinado en cada caso. La noción de «interés del menor» no es ni un dogma, ni un estándar de contenido universal. Debe ser interpretada y aplicada caso por caso (de ahí que aporte poco la cita de sentencias anteriores en las que se optó por soluciones distintas) evitando siempre eventuales arbitrariedades. Concepto que ahora aparece definido en el Preámbulo de la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 59, 60, 65.2 CDFA.

PONENTE: Ilma. Sra. D.^a Carmen Samanes Ara.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el procedimiento de divorcio del que dimana el presente recurso, el Juzgado de Primera Instancia, considerando que concurrían en el caso todas las circunstancias favorables para el establecimiento de un régimen de custodia compartida para el hijo común, lo acordó así en sentencia de 29 de enero de 2015. En ella se expresa que el único problema que se plantea es la opinión contraria del menor (nacido el 29 de noviembre de 1999), quien ha manifestado en reiteradas ocasiones su deseo de permanecer bajo la custodia exclusiva del padre, pidiendo plena libertad para visitar a su madre. No obstante refiere que, valoradas las exploraciones del menor (tres en total, desde que se presentó la demanda en 5 de septiembre de 2012) se aprecia que «las razones esgrimidas por éste para justificar su preferencia hacia el padre se deben a la mayor flexibilidad del mismo en los aspectos educativos y, en general, de convivencia. No se aprecia una motivación seria y madura para preferir la convivencia con el padre, dando la impresión de que el rechazo a la madre, permitido por el desastroso régimen de medidas provisionales acordado en su día, sumado a la mala relación entre los progenitores, se debe a una búsqueda de comodidad por parte del menor y a una evitación del conflicto con la madre (...)». Y añade que, «además de esto, hay que remarcar una idea sumamente importante apuntada por el Ministerio Fiscal en su informe. El actual sistema, que es el que se pretende consolidar por la parte actora, está produciendo de facto una clara desafección entre el hijo y la madre, lo cual resulta totalmente nocivo para el interés del menor a corto, pero sobre todo a largo plazo (...)».

La sentencia de la Audiencia Provincial dictada en fecha 29 de mayo de 2015 y ahora recurrida estimó el recurso del padre en cuanto al régimen de custodia, restauran-

do el acordado en el auto de medidas provisionales a favor del padre. Rechazó, sin embargo, la pretensión de que el menor pudiera relacionarse con su madre con total libertad, es decir, sin someterse a un régimen de visitas prefijado (tras señalar que en la exploración quedó patente la voluntad del menor de que el régimen de visitas consistiera en estar con su madre cuando él quisiera). Valoró la opinión del menor y la prueba pericial practicada, que consideró más adecuado que la custodia se atribuyera al padre pero con un régimen de visitas que «...puede ser flexible, siempre que se garantice una frecuencia en el contacto materno-filial al menos semanal».

SEGUNDO.- En el recurso de casación que se nos somete se combate el referido pronunciamiento, alegando que se han infringido los artículos 59, 79.2 y 80.2 del CDFA, y de los artículos 3.3 a) y 12 de la Ley 12/2001 de la Infancia y la Adolescencia en Aragón.

Como con toda razón apunta el Ministerio Fiscal en su escrito de oposición al recurso, el recurrente no razona, de manera separada, por qué entiende que la sentencia recurrida infringe cada uno de los preceptos citados en el encabezamiento del motivo. El artículo 59 CDFA proclama el derecho y la obligación de los padres de visitar al hijo y relacionarse con él; el 79.2 dispone que en casos de ruptura de la convivencia de los padres el Juez dictará las medidas necesarias a fin de (entre otros) garantizar la continuidad y efectividad del mantenimiento de los vínculos de los hijos menores con cada uno de sus progenitores. No cabe, pues, entender, que infringe estos preceptos un pronunciamiento que establece un régimen de visitas mínimo y, de hecho, como acabamos de indicar, el recurrente no lo explica. Tampoco se alcanza a comprender por qué la fijación de un régimen de visitas vulnera el artículo 80.2, que versa sobre el régimen de custo-

dia y factores a tener en cuenta para acordarla. El artículo 3.3.a) de la Ley 12/2001 alude a la prevalencia del interés superior de los menores como principio al que han de responder las acciones que se promuevan en la Comunidad Autónoma de Aragón para la atención de la infancia y la adolescencia, y el 12 de la misma Ley versa sobre el derecho a la información que asiste a los niños y adolescentes, lo que no guarda relación alguna con la cuestión que ahora nos ocupa.

Realmente, lo que se plasma en el recurso es la consideración que lleva a cabo la parte en el sentido de que la sentencia ha infringido el principio del *favor filii* al acordar un régimen de visitas preestablecido y tasado.

TERCERO.- Razona la parte que, cuando los hijos cuentan ya con una cierta edad, su autonomía personal es muy amplia, y difiere poco de la que tendrían si fueran mayores de edad.

Es lo cierto que, actualmente, el derecho de los padres a relacionarse con sus hijos no se configura sólo como un derecho sino más bien como un derecho/función, cuyo ejercicio se rige por el principio del interés del menor (art. 5.4 CDFA). Por ello, en aplicación de este principio, se otorga cierta participación del menor en la toma de decisiones. Ello conduce, como ha señalado la doctrina más autorizada, a una nueva manera de valorar todo lo que afecta a la situación jurídica del menor.

El menor, en cuanto tal, no tiene una autonomía completa, pues está sometido a la autoridad familiar. En lo relativo a la toma de decisiones judiciales que le afecten, tales como la que nos ocupa, la ley exige que éste sea oído; su opinión cuenta, pero no es vinculante. Dado que no ha alcanzado aún la madurez suficiente como para decidir por sí mismo, sobre su voluntad se impone la decisión del Juez, que es a quien

corresponde determinar qué es lo que, en el caso, conviene a su interés, principio superior de orden público que es lo que ha de guiar dicha decisión.

El interés del menor (como el propio recurrente recoge en su escrito) es un concepto jurídico indeterminado que precisamente ha de ser determinado en cada caso. La noción de «interés del menor» no es ni un dogma, ni un estándar de contenido universal. Debe ser interpretada y aplicada caso por caso (de ahí que aporte poco la cita de sentencias anteriores en las que se optó por soluciones distintas) evitando siempre eventuales arbitrariedades.

El Preámbulo de la reciente Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia lo expresa así:

Este concepto se define desde un contenido triple. Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral.

A la luz de estas consideraciones, es claro que la determinación del interés superior del menor en cada caso debe basarse en una serie de criterios aceptados y valores universalmente reconocidos por el legislador que deben ser tenidos en cuenta y ponderados

en función de diversos elementos y de las circunstancias del caso, y que deben explicitarse en la motivación de la decisión adoptada, a fin de conocer si ha sido correcta o no la aplicación del principio.

CUARTO.- En las situaciones de ruptura entre los progenitores, se hace necesario el establecimiento de un régimen de visitas que garantice ese derecho/deber de aquellos de relacionarse con sus hijos. Ciertamente, mientras que para los padres el artículo 59 lo configura como un derecho/deber, el artículo 60 del CDFA alude sólo al *derecho* del hijo a relacionarse con sus padres. Pero si los padres tienen deberes respecto de sus hijos es porque éstos tienen derechos respecto de sus padres y viceversa. Coexisten así los intereses de uno y de otros. Ante ello, el artículo 2.4 de la Ley de Protección Jurídica del menor dispone que *en caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes.*

El TEDH (Sentencia de 13 julio 2000) ha subrayado, en relación con el artículo 8 del Convenio de Roma, que *«el disfrute mutuo de la compañía recíproca de cada uno de los padres y del hijo constituye un elemento fundamental de la vida familiar, aun cuando la relación entre los padres se haya roto».*

Debe pues, partirse de que la relación de los hijos con los padres redundan en interés de éstos. Ello es así porque interés superior, derechos del menor y necesidades fundamentales de éste (entre las que están las afectivas) son nociones estrechamente relacionadas. Pero cabe que haya situaciones en las que eso no sea así, y por ello el precepto del artículo 60.3 del CDFA permite que, *si el interés del menor lo requiere*, podrá el Juez denegar, modificar o suspender la relación del menor con sus padres.

Del lado de los hijos, la correspondiente decisión puede plantear problemas como el que aquí aparece. En ocasiones, cuando la edad del menor está próxima a la mayoría de edad, los tribunales acogen su manifestado deseo de relacionarse con el progenitor no custodio con libertad, valorando que ello es lo más conveniente en el caso. Cabe, empero, que no siempre sea así. En el presente caso, dejar el régimen de visitas a la entera voluntad del menor, que se ha manifestado contrario a la fijación de un régimen de visitas regular con su madre (que no a visitarla), podría comportar que se consolidase la desafección entre madre e hijo (distinto sería que hubiese un rechazo justificado por una acreditada conducta previa de la madre). Ello, al margen de la viabilidad o no de su imposición coactiva: ha de quedar al buen sentido de la madre la ponderación de hasta qué punto debe exigir (art. 65.2 CDFA) el cumplimiento riguroso del régimen que la sentencia recurrida ha acordado.

Pues bien, nos encontramos, una vez más, y como ya ha quedado expuesto, ante una facultad discrecional del Juez que, por eso mismo, no es controlable en casación salvo que se patentice que no se ha utilizado de modo lógico. Es constante la doctrina jurisprudencial que limita el ámbito del recurso de casación a su función nomofiláctica, de tal forma que considera ajeno al mismo el control de las decisiones adoptadas dentro de los márgenes de discrecionalidad que el legislador confiere a los tribunales para llevar a cabo el juicio de valor del que depende la decisión del caso concreto. El Tribunal Supremo ha dicho (STS 614/2009 de 28 septiembre) que, establecido que el interés del menor el criterio legal de decisión:

«el problema procesal se plantea en torno al órgano que debe apreciar dicho interés, porque como señala la doctrina más autorizada, en esta cuestión, la discu-

sión sobre si se ha aplicado o no la norma fundando la decisión en el interés del menor tiene aspectos casacionales, mientras que la delimitación de la realidad que determina en cada caso concreto cuál es el interés del menor, no los tendrá. Este Tribunal ha considerado que por tratarse de una facultad discrecional del juzgador, en el segundo aspecto no cabe impugnación casacional, a menos que en las actuaciones figuren «esas graves circunstancias que aconsejen otra cosa».

En definitiva, no cabe apreciar aquí arbitrariedad, pese a la manifestada voluntad del hijo. Pues la decisión se fundamenta en que lo acordado resulta beneficioso para el menor, tratándose con ello de evitar la absoluta pérdida de relación con la madre.

QUINTO.— Las costas se rigen por el art. 398 LEC, no obstante, la naturaleza de los intereses en juego aconsejan no hacer imposición de las cotas a la parte recurrente.

El depósito para recurrir se rige por la DA 15 LOPJ.

NÚM. 40

S. TSJA 2/2016 de 20 de enero de 2016

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR: Pronunciamientos discrecionales: *Constituye doctrina reiterada de esta Sala que, al no tener un plazo legal de duración, la fijación del período de atribución temporal del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores ex art. 81.3 CDFA, a falta de acuerdo, constituye una decisión discrecional del Juez, que debe valorar las circunstancias concurrentes, a salvo siempre de la arbitrariedad, o el razonamiento irracional o ilógico. Salvo en estos supuestos, no corresponde al Tribunal de Casación pronunciar-*

se sobre tal cuestión, que queda reservada al juzgador de instancia (Juzgado y Audiencia). En el presente caso, la decisión de la Audiencia está motivada y es razonable, atendiendo a las circunstancias concretas que concurren en la familia afectada por la medida, valorando especialmente el interés de los hijos menores.

Requisitos: *La atribución del uso de la vivienda familiar –prevista en el art. 81 CDFA– se sujeta a unos requisitos propios y diferentes de los que contempla el art. 82 para los gastos de asistencia a los hijos. El art. 81 no tiene en cuenta criterios de proporcionalidad, como sucede en la contribución a los gastos de asistencia a los hijos, sino que atiende al interés prevalente de los menores (art. 76.2 CDFA) para proveerles de habitación, en función del concreto régimen de guarda y custodia establecido. Y así, cuando se trata de custodia individual, la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor que la ostenta favorece que los hijos menores sigan ocupando la que venía siendo residencia habitual de la familia, exceptuándose tan solo los supuestos en los que el mejor interés para las relaciones familiares aconseje su atribución al otro progenitor.*

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 81 CDFA.

PONENTE: *Excmo. Sr. D. Manuel Bellido Aspás.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes relevantes.*

1. Los cónyuges contrajeron matrimonio en fecha 25 de abril de 1998, del que nacieron dos hijos, Chabier el 20 de diciembre de 2001 y Rosa Marboré el 14 de septiembre de 2003.

2. Por sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Zaragoza, de fecha

10 de mayo de 2005, se acordó la separación de mutuo acuerdo del matrimonio.

3. Presentada demanda de divorcio contencioso por D^a María del Mar V. P. contra D. Juan Manuel G. M., recayó sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Zaragoza, de fecha 2 de marzo de 2015, en la que se declaró disuelto el matrimonio por causa de divorcio.

Se acordaron como efectos del divorcio, en lo que a este recurso interesa, que los hijos comunes continuarán bajo la custodia de la madre, con un régimen de visitas a favor del padre; que éste abonará la cantidad de 150 euros mensuales en concepto de alimentos para cada uno de los dos hijos comunes (300 euros en total), siendo la contribución a los gastos extraordinarios necesarios por mitad; y que la madre continuará en el uso de la que fuera vivienda familiar, sita en la C... de Zaragoza, cesando dicho uso el último día de diciembre de 2017, lo que conllevará el desalojo de la misma.

4. La sentencia de apelación, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 30 de junio de 2015, estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D^a María del Mar V. P., revocando la sentencia de instancia, únicamente en lo que se refiere al período de uso de la vivienda que fuera domicilio familiar, cuyo plazo temporal se amplía en dos años, de manera que dicho uso cesará el último día de diciembre de 2019.

SEGUNDO.- *Recurso de casación.*

5. Frente a la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, el recurrente interpone recurso de casación al amparo de los arts. 2.1 y 2, y 3.1 y 3 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre casación foral aragonesa, y art. 477. 1 y 3 LEC, tanto por razón de la cuantía como por presentar la resolución del recurso interés casacional.

TERCERO.- *Atribución temporal del uso de la vivienda familiar.*

6. En el recurso se alega la infracción del art. 81.3 CDFA, que dispone:

«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».

7. Constituye doctrina reiterada de esta Sala, puesta de manifiesto, entre otras, en las sentencias de 2 de octubre de 2015 (r.c. 29/15); 4 de febrero de 2015 (r.c. 50/14); 18 de julio de 2014 (r.c. 1/14) y 11 de julio de 2013 (r.c. 8/13), que la fijación del período de atribución temporal del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores, a falta de acuerdo, constituye una decisión discrecional del Juez, que debe valorar las circunstancias concurrentes, a salvo siempre de la arbitrariedad, o el razonamiento irracional o ilógico. Salvo supuestos de decisión arbitraria o ilógica, no corresponde al Tribunal de Casación pronunciarse sobre tal cuestión, que queda reservada al juzgador de instancia, esto es, al Juzgado de Primera Instancia y a la Audiencia Provincial que conoce del recurso ordinario de apelación contra la sentencia dictada por el órgano unipersonal.

8. En el presente caso, la sentencia de apelación valora las circunstancias concretas que concurren en la familia para decidir sobre el período en que la madre, junto con los hijos comunes, debe continuar con el uso de la vivienda familiar, que le fue atribuido por acuerdo de las partes en el convenio de separación de 1 de marzo de 2005. Así, por una parte tiene en cuenta que la vivienda es privativa del esposo, que éste dispone de vivienda junto con su actual pareja, y que debe hacer frente al préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar. Por otra, que la recurrente no trabaja desde 2009, que la pensión de los

hijos comunes –de 11 y 14 años de edad– se ha reducido a 300 euros mensuales (frente a los 1.091 euros que se fijaron en el convenio regulador en 2005, tal como recoge la sentencia de primera instancia). Ponderando todas estas circunstancias y, muy particularmente, la situación de falta de ocupación laboral de la madre y reducción de la pensión de alimentos de los hijos menores, concluye que debe ampliarse el período de atribución del uso de la vivienda familiar a favor de éstos en dos años más respecto del fijado en la sentencia de primera instancia.

La decisión de la Audiencia Provincial está motivada y es razonable, atendiendo a las circunstancias concretas que concurren en la familia afectada por la medida, valorando especialmente el interés de los hijos menores.

CUARTO.- *Alegaciones del recurrente.*

9. El recurrente fundamenta la infracción del precepto legal con diversos argumentos.

En primer lugar, realiza una valoración de las que considera son las circunstancias concretas de la familia que deben ser tenidas en consideración.

Algunas de estas circunstancias ya son valoradas por el juzgador, como el carácter privativo de la vivienda, que el recurrente tiene que abonar el importe de la hipoteca, o que vive en la actualidad de alquiler con su nueva pareja. La mención de otras, como que el uso de la vivienda por la esposa se ha prolongado más de diez años, parece olvidar que, por disposición legal (art. 81.2 CDFA) dicho uso se atribuye al progenitor al que le corresponde la custodia individual de los hijos y, aunque tiene un carácter temporal a fijar por el Juez, no está sujeto en el art. 81.3 CDFA a un plazo concreto de duración. Por último, las referencias a una supuesta simulación de falta de ingresos por la esposa no resultan admisibles en

el ámbito casacional, puesto que, como es doctrina reiterada de esta Sala, entre otras en sentencia de 30 de septiembre de 2013 (r.c. 26/2013) *«no habiendo articulado la parte recurrente motivos de infracción procesal, el tribunal debe partir de los hechos probados en las instancias, sin realizar modificación alguna, ya que el recurso de casación no constituye una tercera instancia»*.

Por lo expuesto, la valoración de las circunstancias concretas de la familia realizada en la sentencia recurrida, motivada y razonadamente, no puede ser sustituida por la que realiza el recurrente.

10. En segundo lugar, se alega en el recurso que la atribución del uso del domicilio no puede tener un contenido expropiatorio respecto del propietario, en beneficio del cónyuge que no lo es.

Al respecto cabe reiterar que el art. 81.3 CDFA se limita a disponer que la atribución del uso de la vivienda familiar es limitada en el tiempo, pero no fija ni un período máximo, ni tampoco mínimo, por lo que el uso de la vivienda por la madre y los hijos menores hasta finales de 2019 –dos años más de los establecidos en la sentencia de primera instancia, cuya confirmación solicita el recurrente– en modo alguno contraviene el precepto legal, ni tiene un contenido expropiatorio del derecho de propiedad del titular de la vivienda, sino que se adecua a las concretas circunstancias de la familia.

11. También debe rechazarse la interpretación que realiza el recurrente del precepto legal que, en modo alguno establece que la atribución del uso de la vivienda familiar solo puede tener lugar para satisfacer necesidades perentorias de alojamiento de los menores. Como ya se ha indicado, el art. 81.2 CDFA dispone que el uso de la vivienda familiar se otorgará al progenitor al que corresponda la custodia individual de los hijos, exceptuándose tan solo los supuestos en los que el mejor interés para las

relaciones familiares aconseje su atribución al otro progenitor, circunstancia esta última que no aprecian ninguna de las sentencias dictadas y que ni siquiera se alega en el recurso.

12. Como último argumento, el recurrente rechaza la atribución del uso de la vivienda familiar a la madre por entender que no se respeta el principio de proporcionalidad en la asistencia de los hijos que, según manifiesta, se hace recaer exclusivamente a su cargo.

Si bien es cierto que la contribución de los progenitores a los gastos de asistencia a los hijos a cargo comprende los de crianza y educación, dentro de los que se incluye la obligación de proveer a su habitación (art. 65.1.b) CDFA), la atribución del uso de la vivienda familiar –prevista en el art. 81 CDFA– se sujeta a unos requisitos propios y diferentes de los que contempla el art. 82 CDFA para los gastos de asistencia a los hijos.

Así, en la atribución de la vivienda familiar el CDFA distingue entre los supuestos de custodia compartida o individual, disponiendo en estos últimos que la vivienda se atribuya al progenitor que la ostente, salvo que el mejor interés para las relaciones familiares aconseje atribuirle al otro progenitor. Por tanto, no tiene en cuenta criterios de proporcionalidad, como sucede en la contribución a los gastos de asistencia de los hijos, sino que atiende al interés prevalente de los menores (art. 76.2 CDFA) para proveerles de habitación, en función del concreto régimen de guardia y custodia establecido. Y así, cuando se trata de custodia individual, la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor que la ostenta favorece que los hijos menores sigan ocupando la que venía siendo residencia habitual de la familia.

La sentencia de la Audiencia Provincial atribuye el uso de la vivienda familiar con arreglo a lo dispuesto en el art. 81.2 CDFA,

fijando su duración temporal en función de las circunstancias concretas de la familia, como exige el art. 81.3 CDFA, mediante una ponderación lógica y razonable.

13. Por todo lo expuesto, procede la desestimación del motivo y con él del recurso en el que se hace valer.

QUINTO.- *Costas y depósito para recurrir.*

14. Las costas del recurso se rigen por el art. 398 LEC, con remisión al art. 394 LEC, y el depósito para recurrir por la DA 15 LOPJ.

41

NÚM. 41

S. TSJA 4/2016 de 3 de febrero de 2016

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Interés del menor: *En relación con la alegada vulneración del art. 76.2 CDFA al considerar la parte que la custodia compartida acordada no ha sido adoptada en beneficio o interés del menor, se recuerda lo expuesto en la STSJA de 13/1/2016. Además, respecto de la alegada aplicación indebida del art. 80.2 CDFA, se recuerda que la Sala reiteradamente ha señalado que el art. 80.2 del CDFA considera que, con carácter general, la custodia compartida es el sistema idóneo con el que satisfacer el interés del menor (STSJA 36/2013, de 18/7). La sentencia impugnada, que respeta el criterio preferente y justifica su opción por considerarla –atendidas las circunstancias concurrentes– más adecuada al interés de la menor, en modo alguno vulnera el art. 80.2, pues no hay atisbo de irracionalidad o arbitrariedad en tal decisión.*

La opinión de los menores: Poco importa, en fin, en orden a la prosperabilidad del recurso, la alegación de que no se ha te-

nido en cuenta la opinión de la menor, que desea seguir viviendo con su madre. El art. 80.2 menciona la opinión de los hijos como uno de los factores que hay que atender a la hora de establecer el régimen de custodia, pero no es vinculante; no se exige la opinión favorable de los hijos para optar por uno u otro régimen. Dado que la menor no ha alcanzado aún la madurez suficiente como para decidir por sí misma, sobre su voluntad se impone la decisión del Juez, que es a quien corresponde determinar qué es lo que, en el caso, conviene a su interés (STSJA 13/1/2016). Además, estas opiniones deben ser tomada con prudencia, pues la mera comodidad a corto plazo de la niña –o el temor indefinido a los cambios– dista mucho de ser una de las razones legalmente previstas para excluir la orden del legislador de ser preferente la custodia compartida.

MEDIDAS JUDICIALES: Modificación: *No es cierto que no se haya acreditado un cambio relevante en las circunstancias concurrentes como alega la parte (aunque sin invocar la infracción del art. 79.5 CDFA), porque la menor tenía 5 años cuando se dictó la sentencia a modificar y cuenta en la actualidad con 11, y así se recoge en la sentencia impugnada. Pues bien, ello constituye en sí un cambio de relevancia para alterar el régimen de custodia, como el propio legislador viene a señalar en el art. 79.5 CDFA. Así lo expresamos en nuestras sentencias de 23/5/2014, 26/5/2014 y 13/3/2013.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 76.2, 79.5 y 80.2 CFDA.

PONENTE: Ilma. Sra. D^a Carmen Samanes Ara.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la demanda origen del presente recurso se instó la modificación de medidas establecidas en sentencia de 1

de abril de 2009. Concretamente y, en lo que ahora interesa, se pidió la custodia compartida de la hija común, nacida el día 7 de mayo de 2004.

La sentencia de primera instancia, después de referirse a la doctrina de esta Sala –de aplicación al supuesto enjuiciado– y valorar minuciosamente la prueba, desestima la demanda. No aprecia la concurrencia de una modificación relevante de las circunstancias que se tomaron en cuenta en su día, pues considera que el mero transcurso del tiempo no es suficiente para entender producida tal modificación. Expresa además que, «dada la estabilidad de la situación actual de la menor (detallada en la prueba que se ha expuesto) no se ha acreditado tampoco que el cambio del régimen de guarda y custodia sea el que responda de forma más idónea al superior interés de la menor». Ello, pese a que, a propósito de la prueba pericial practicada refiere que, según la psicóloga autora del informe, lo ideal sería un régimen de permanencia de la menor con sus progenitores en períodos equitativos.

La sentencia de apelación revoca la anterior y acuerda la custodia compartida. En su fundamentación, con cita de la sentencia de esta Sala de 26 de mayo de 2014, razona así: *Y sucede en el (caso) de autos, en el que la menor no tenía aún 5 años en abril de 2009 y tiene 11 en la actualidad, la pericial psicológica ha dejado acreditado que el régimen de custodia compartida es en este momento el más adecuado al interés del menor en este momento (sic) situación muy diferente a la que la sentencia de 1-4-09 refleja por referencia a los informes social y psicológico de 9 y 18 de marzo 2009 que aconsejaban mantener la custodia para la madre, no habiendo –se decía– prueba alguna indicativa de la necesidad de un cambio de visita ni informe a favor de la custodia compartida.*

Por lo que no cabe entender que no haya mediado la alteración en las circunstancias a que la modificación solicitada se condiciona. Expone a

continuación los criterios establecidos por esta Sala en orden a la aplicación del artículo 80.2 y alude a los hechos acreditados por la prueba practicada, con referencia especial a la pericial psicológica, para concluir que no concurren razones para excluir la custodia compartida, pese a la opinión de la menor que manifestó no desear modificaciones en sus condiciones actuales.

SEGUNDO.- En el único motivo del recurso de casación planteado se denuncia infracción por aplicación indebida de los artículos 76.2 y 80.2 del CDFA. En síntesis, la parte apoya su pretensión impugnatoria en las consideraciones siguientes: la sentencia recurrida ha conculcado el principio del *favor filii*; no se hace referencia expresa a los factores indicados como de necesaria valoración en el artículo 80; no se ha acreditado un cambio relevante en las circunstancias concurrentes, necesario para modificar el régimen de guarda, ni se concreta en la sentencia cual es el cambio que permite la modificación de aquél, y frente a ello no puede prevalecer la recomendación del informe psicológico; no se ha tenido en cuenta la opinión de la menor, que desea seguir viviendo con su madre.

TERCERO.- Tal como pone de relieve el Ministerio Fiscal en su escrito de oposición al recurso, no se trata aquí de examinar la cuestión como si de una tercera instancia se tratara, sino de determinar si la sentencia recurrida infringe los preceptos cuya vulneración se alega.

El artículo 76.2 del CDFA establece que toda decisión, resolución o medida que afecte a los hijos menores de edad se adoptará en atención al beneficio e interés de los mismos.

En relación con esta cuestión, debemos recordar lo expuesto en nuestra reciente sentencia de 13 de enero de 2016:

El interés del menor (como el propio recurrente recoge en su escrito) es un con-

cepto jurídico indeterminado que precisamente ha de ser determinado en cada caso. La noción de «interés del menor» no es ni un dogma, ni un estándar de contenido universal. Debe ser interpretada y aplicada caso por caso (de ahí que aporte poco la cita de sentencias anteriores en las que se optó por soluciones distintas) evitando siempre eventuales arbitrariedades.

El Preámbulo de la reciente Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia lo expresa así:

Este concepto se define desde un contenido triple. Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral.

A la luz de estas consideraciones, es claro que la determinación del interés superior del menor en cada caso debe basarse en una serie de criterios aceptados y valores universalmente reconocidos por el legislador que deben ser tenidos en cuenta y ponderados en función de diversos elementos y de las circunstancias del caso, y que deben explicitarse en la motivación de la decisión adoptada, a fin de conocer si ha sido correcta o no la aplicación del principio.

(...).

Pues bien, nos encontramos, una vez más, y como ya ha quedado expuesto, ante una facultad discrecional del Juez que, por eso mismo, no controlable en casación salvo que se patentice que no se ha utilizado de modo lógico. Es constante la doctrina jurisprudencial que limita el ámbito del recurso de casación a su función nomofiláctica, de tal forma que considera ajeno al mismo el control de las decisiones adoptadas dentro de los márgenes de discrecionalidad que el legislador confiere a los tribunales para llevar a cabo el juicio de valor del que depende la decisión del caso concreto. El Tribunal Supremo ha dicho (STS 614/2009 de 28 septiembre) que, establecido que el interés del menor el criterio legal de decisión:

«el problema procesal se plantea en torno al órgano que debe apreciar dicho interés, porque como señala la doctrina más autorizada, en esta cuestión, la discusión sobre si se ha aplicado o no la norma fundando la decisión en el interés del menor tiene aspectos casacionales, mientras que la delimitación de la realidad que determina en cada caso concreto cuál es el interés del menor, no los tendrá. Este Tribunal ha considerado que por tratarse de una facultad discrecional del juzgador, en el segundo aspecto no cabe impugnación casacional, a menos que en las actuaciones figuren «esas graves circunstancias que aconsejen otra cosa».

CUARTO.- Ha señalado esta Sala en reiteradas ocasiones que el artículo 80.2 del CDFA considera que, con carácter general, la custodia compartida es el sistema idóneo con el que satisfacer el interés del menor. Así, se recoge en la STSJA nº 36/2013, de 18 de julio:

«decíamos en la sentencia de 8 de febrero de 2012 (recurso 27/2011), destacando en las sentencias sobre esta materia que el criterio preferente establecido por el legislador aragonés es el de la custodia compartida, tal como dispone el artículo 80.2 CDFA,

como expresión del sistema que mejor recoge el interés de los menores salvo, como también expresa con claridad el referido precepto, que la custodia individual sea más conveniente.

La sentencia de la Sala de 1 de febrero de 2012 (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 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 sufi-

ciente 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”(…).

Desde esta perspectiva, la sentencia impugnada, que respeta el criterio preferente y justifica su opción por considerarla –atendidas las circunstancias concurrentes– más adecuada al interés de la menor, en modo alguno vulnera el artículo 80.2, pues no hay atisbo de irracionalidad o arbitrariedad en tal decisión.

SEXTO.- En relación con la alegación de que no se ha acreditado un cambio relevante en las circunstancias concurrentes, ni se concreta en la sentencia cuál es el cambio que permite la modificación del régimen de custodia hemos de destacar, ante todo, que la parte no ha invocado como infringido el artículo 79.5. En cualquier caso, no tiene razón. La menor tenía 5 años cuando se dictó la sentencia a modificar, y cuenta en la actualidad con once, y así se recoge en la sentencia impugnada. Pues bien, ello constituye en sí un cambio de relevancia para alterar el régimen, como el propio legislador viene a señalar. Así lo expresamos en nuestras sentencias de 23 de mayo de 2014, 26 de mayo de 2014 y en la de 13 de marzo de 2013.

SÉPTIMO.- Poco aporta, en fin, en orden a la prosperabilidad del recurso, la alegación de que no se ha tenido en cuenta la opinión de la menor, que desea seguir viviendo con su madre. El artículo 80.2 menciona la opinión de los hijos como uno de los factores que hay que atender a la hora de establecer el régimen de custodia, pero no es vinculante; no se exige la opinión favorable de los hijos para optar por uno u otro régimen. Como también dijimos en nuestra sentencia del pasado 13 de enero ya citada, dado que la menor no ha alcanzado aún la madurez suficiente como para decidir por sí mismo, sobre su voluntad se

impone la decisión del Juez, que es a quien corresponde determinar qué es lo que, en el caso, conviene a su interés, principio superior de orden público que es lo que ha de guiar dicha decisión. Y hemos de recordar que como hemos puesto de manifiesto en ocasiones anteriores (así, sentencia de 7 de febrero de 2014) estas opiniones deben ser tomadas con prudencia, pues es lógico que quien se encuentra bien con su madre y con su padre prefiera evitar todo cambio en su régimen vital, pero la misma manifestada en esos términos en un entorno de crisis convivencial, sin que haya más factores para su emisión que la mera comodidad a corto plazo de la niña –o el temor indefinido a los cambios– dista mucho de ser una de las razones legalmente previstas para excluir la orden del legislador de ser preferente la custodia compartida.

Procede en consecuencia desestimar el motivo de casación.

OCTAVO.- La desestimación del recurso conduce a la confirmación de la sentencia recurrida, si bien la naturaleza de los intereses en juego aconseja en este caso la no imposición de las costas devengadas en casación, conforme al art. 398 en relación con el 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El depósito para recurrir se rige por la DA 15 LOPJ.

constituye el jardín del edificio, y que no tiene acceso ni vida independiente del mismo (incluso son una misma finca catastral) puede considerarse un bien de abolorio y ser retraíble junto con el edificio del que es un anejo. Aparte de los inmuebles de naturaleza rústica, el art. 589 CDFA permite el ejercicio del retracto de abolorio sobre los edificios o parte de ellos en tanto que, como dice el Preámbulo, también pueden conservar la impronta familiar con fuerza suficiente para justificar la preferencia de los parientes respecto a los terceros adquirentes, y sin necesidad de que deban estar destinados a finalidad agrícola. Toda la finca integrada por la casa, la cochera, el corral y el jardín con piscina debe ser considerada como un edificio.

FINALIDAD: Supresión de la facultad moderadora: *Como dice el Preámbulo del CDFA, en la regulación actual no se exigen otros requisitos que los legalmente establecidos, entre los que no se encuentra la afección del retrayente a los bienes que pretende retraer y, desde luego, no se exige que se pruebe la misma. La supresión de la facultad moderadora tiene su justificación, precisamente, en objetivar los requisitos exigibles (parentesco y permanencia en la familia), sin exigir una afección específica que se debe presumir mediante el cumplimiento de los requisitos anteriores. Además, ha de tenerse en cuenta la prohibición para el retrayente de enajenar el bien adquirido durante cinco años (art. 596.3). La exigencia de una afección subjetiva del retrayente, al no ser un requisito legalmente exigido para el ejercicio del derecho de abolorio, vulnera lo establecido en el art. 589 CDFA, por lo que debe ser estimado el recurso y casada la sentencia.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 589 y 593 CDFA.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasierra.

NÚM. 42

S. TSJA 5/2016 de 10 de febrero de 2016

92: DERECHO DE ABOLORIO O DE LA SACA: BIENES DE ABOLORIO: Edificios o parte de ellos: *Se desestima el motivo de infracción procesal. El motivo único de casación se interpone por infracción de los arts. 589 y 593 del CDFA. Se discute si una finca registral urbana que*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda en los términos que han sido consignados en el anterior antecedente de hecho segundo, dando lugar al retracto de abolorio sobre las dos fincas identificadas en la demanda. Explica en su primer fundamento que, al no haber sido contestada la demanda en plazo, se deduce del informe en el acto del juicio que la oposición de la parte demandada se centraba en que el jardín sobre el que se ejercitaba el retracto no podía ser objeto del mismo por ser un solar y por no haber pertenecido durante dos generaciones a la misma familia. En relación con este elemento objetivo dice la sentencia (fundamento tercero) que *«se discute y se opone por la parte demandada la procedencia familiar de los bienes en el sentido de haber permanecido en la familia durante dos generaciones y ello con respecto al inmueble que forma hoy lo que sería el jardín y que fue adquirido por el suegro y abuelo de las vendedoras y padre de la actora, durante el consorcio matrimonial con su esposa»*. Lo resuelve con arreglo a lo dispuesto en el artículo 589 del Código del Derecho Foral de Aragón (en adelante CDFA), considerando que tiene la condición de bien de abolorio aquel inmueble que haya sido incorporado a la familia, al menos, por el abuelo del enajenante y ulteriormente no haya salido de la misma, resultando indiferente el título en virtud del cual haya recibido los bienes el enajenante.

Y concluye respecto a esta cuestión: *«Pues bien, en el caso que nos ocupa, siendo los bienes que son objeto de la acción promovida, de naturaleza inmobiliaria, estar en Aragón y procedencia familiar de, al menos, dos generaciones, la acción promovida también cumple con el requisito de los elementos objetivos.»*

En el fundamento cuarto hace referencia al criterio moderador en los casos de retracto de abolorio, que permitiría no estimarlo si no se consigue la finalidad última

de mantener la integridad del patrimonio, exigiéndose al retrayente una afección de los bienes que pretende retraer, *«... que no se aprecia cuando haya, por ejemplo, un interés especulativo sujeto, por ejemplo también, a un proyecto urbanístico, pero es lo cierto que en el caso que nos ocupa este posible interés, o bien en sentido contrario, esa falta de desafección (sic) no se ha acreditado»*. Así lo aprecia por la manifestación de la actora de que los inmuebles que pretende retraer son aquellos en los que ha vivido y en los que se ha criado hasta que contrajo matrimonio...» y *no hay prueba en contra que determine que deba ser interpretado restrictivamente el derecho que ejercita»*.

SEGUNDO.- El recurso de apelación interpuesto por la parte demandada alegaba vulneración del artículo 589 porque la finca llamada «jardín con piscina», finca registral independiente, tiene naturaleza urbana y por ello no susceptible de la acción ejercitada, habiendo omitido la sentencia recurrida toda referencia a dicha finca independiente y a su carácter urbano. También alegaba vulneración del requisito de permanencia en la familia de procedencia durante dos generaciones y, finalmente, que la acción ejercitada no tenía la finalidad de mantener la integridad del patrimonio familiar sobre la base de la afección del retrayente sobre el mismo.

La sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, que estima el recurso de apelación, resuelve lo relativo al tiempo de permanencia de la finca en la familia afirmando (fundamento segundo) que fue así admitido por la representación de la demandada en el acto de la audiencia previa, por lo que no puede ser objeto de nuevo debate. En el fundamento tercero confirma el ejercicio del retracto dentro de plazo, y en los fundamentos cuarto y quinto desarrolla los antecedentes de la regulación actual y los fundamentos de la misma en la forma en que aparecen recogidos en la Exposición de Motivos del CDFA.

El fundamento sexto de la sentencia estudia el concepto de los bienes de abolorio del artículo 589 del CDFA, limitado, además de los edificios o parte de ellos, a los inmuebles de naturaleza rústica que, conforme a jurisprudencia del Tribunal Supremo que cita, se reconocen por su situación, por el aprovechamiento o destino, y por la preponderancia de uno de estos elementos si ambos concurren en un mismo predio, o por relación de dependencia que entre ellos exista como principal el uno y accesorio el otro. Afirma, por referencia al supuesto examinado por la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1991, que *«la prueba ha puesto de relieve –con independencia de otras circunstancias de menor entidad– que la finca retraída no está destinada al cultivo por lo que mal puede conseguirse la finalidad pretendida por el legislador en una finca de tal naturaleza»*.

El fundamento séptimo analiza lo relativo a la finalidad pretendida con el ejercicio del retracto distinguiendo un elemento subjetivo, la afección sentimental hacia los bienes, y otro objetivo, el mantenimiento y engrandecimiento del patrimonio familiar.

En el fundamento octavo, refiriéndose a las circunstancias del caso, deja constancia de que las fincas sobre las que se ejercita el retracto son las registrales (casa con cochera y corral), y la (piscina con vestuarios y barba-coa) inscrita como finca urbana procedente por segregación de la Y. ambas constituyendo una única finca catastral identificada con el número (por error se cita como registral en la sentencia). Continúa diciendo que se encuentran en el Barrio de M., zona de claro crecimiento urbanístico de esta ciudad y que: *«La urbana está excluida de la posibilidad del ejercicio del derecho ejercitado de adquisición preferente, según ha sido ampliamente estudiado, y la segunda debe tener la misma consideración resultando que –tal como aparece descrita– no puede entenderse como finca rústica, recordándose aquella Jurisprudencia citada sobre que las carac-*

terísticas de las fincas sobre las que pretenda ejercitarse el derecho son las que resulten del pleito, conforme a la concreta prueba practicada, siendo cuestión de hecho que no puede entenderse prede-terminada por lo que se haya hecho figurar en cierto documento, cuando se demuestre que el uso de la finca de que se trate no es precisamente para su utilización, ni lo ha sido ni lo es, como suelo de naturaleza rústica».

El fundamento noveno comienza diciendo: *«Otro tanto cabe sostener apreciando el interés que se pretenda conseguir con la adquisición de la finca, en general bien señalado por la Ley –la conservación en el seno familiar de una finca rústica poseída por tiempo de dos generaciones, evitando se transmita su propiedad a terceras personas–, pero la cuestión debe ser objeto de mayor matización en atención a las circunstancias del caso concreto, como se ha expuesto en el trabajo doctrinal antes citado. Que la actora pudiera haber nacido en la casa es hecho que no justifica sin más el uso del derecho, ni ese exigible interés en la conservación de la casa, cuando también ha quedado demostrado que no tiene su residencia, ni la ha tenido en tiempos más o menos recientes en la misma, e incluso que pasa largas temporadas en el extranjero, careciendo de cualquier relación actual, de cualquier clase, con la misma, pudiendo existir un cierto interés especulativo dada la situación de las fincas, que no puede admitirse en modo alguno»*.

Se hace a continuación una referencia al retracto de colindantes, al que se asocia un interés general de evitar una excesiva fragmentación de la propiedad, aclarando que ese interés general no se puede predicar de la misma manera en el retracto de abolorio pues ya la Exposición de Motivos de la ley aragonesa expresa que los inconvenientes que presenta en el tráfico inmobiliario no son suficientes para suprimirlo...» y debe defenderse una interpretación estricta en su ejercicio, más cuando los pueblos han quedado abandonados y aquellas viviendas solo se usan en general como segundas residencias, pudiendo implicar una considerable merma

económica en la transmisión, salvo que se demuestre, claro, que el fin deseado es coincidente con el que se recoge en la Ley, en los términos antes dichos, que no es el caso. Por lo demás, el hecho de que las fincas descritas puedan ser dependientes entre sí, en cuanto que el paso a una solo se consigue por la otra, no permite el ejercicio conjunto del derecho, al no reunirse las condiciones exigidas, ni puede concederse el derecho respecto de una de ellas, que es posibilidad que la mayor parte de la doctrina rechaza».

TERCERO.- Debe examinarse en primer lugar el motivo quinto de infracción procesal, único de los admitidos por este cauce, interpuesto al amparo del artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por vulneración del artículo 24 de la Constitución española, por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva consistente en la indebida, arbitraria y manifiestamente errónea apreciación de los hechos por parte del tribunal de apelación, al incurrir en error patente, ostensible o notorio y haber extraído conclusiones contrarias a la racionalidad, absurdas, y que conculcan los más elementales criterios de la lógica y las normas de la valoración de la prueba, todo ello, en parte, como consecuencia de haber presumido, sin base ni prueba alguna, que había finalidad especulativa en el ejercicio del retracto.

En este motivo la recurrente centra sus alegaciones en la falta de prueba sobre la supuesta finalidad especulativa, que nunca habría formado parte del debate entre las partes por no haber sido invocado por la parte demandada y que, por el contrario, otras pruebas acreditarían la afección negada por la sentencia recurrida.

Como ya planteó la Sala en la providencia de 8 de octubre de 2015 al poner de manifiesto las posibles causas de inadmisibilidad de todos los motivos de infracción procesal, lo relativo a la afección del retrayente respecto a los bienes objeto del retracto fue objeto de expreso razonamiento

en el fundamento cuarto de la sentencia de primera instancia, y negado por la parte demandada en la alegación tercera de su recurso de apelación, por lo que no puede afirmarse que no hubiera sido objeto de debate. La sentencia de apelación, según hemos visto, examina ampliamente la cuestión en los fundamentos séptimo y noveno, poniendo en duda en este último el contacto de la retrayente con las fincas y sugiriendo, en términos hipotéticos, un posible interés especulativo: «...*pudiendo existir un cierto interés especulativo*».

En su escrito de alegaciones a la providencia, la parte recurrida afirma en la cuarta de ellas: «La sentencia que se impugna de contrario no afirma como hecho probado que la acción ejercitada tuviera finalidad especulativa, sino que considera, y ello sobre la base del resultado de la prueba practicada (...), puesto en relación con la situación de las fincas en una zona de claro crecimiento urbanístico, que no existe afección sobre los bienes objeto de retracto y que podría existir un cierto interés económico en el ejercicio de la acción. La alusión a la finalidad especulativa, por lo tanto, no es una declaración de hecho que se considere probado por medio del método de presunciones, como señala la providencia dictada por la Sala, de lo que se deriva la concurrencia de la causa de inadmisibilidad puesta de manifiesto...».

En el auto de 5 de noviembre de 2015 fue admitido el motivo pero no dando por acreditado en la sentencia, según la redacción de la misma, tal interés especulativo, por lo que no se habría producido la denunciada errónea valoración de la prueba. Ahora, tras ser expuestos de forma sistemática los razonamientos de la sentencia recurrida, debemos confirmar que en la misma no se incurre en la infracción denunciada porque, de una parte, no se afirma tal interés especulativo y, de otra, porque no se toma tal posible finalidad especulativa co-

mo base única de la falta de afección sobre los bienes, sino como un elemento más de los tenidos en cuenta para justificar que no se cumpliría la finalidad que la ley atribuye al retracto de abolorio (la conservación de los bienes en el seno familiar).

Por ello, se desestima el motivo de infracción procesal, sin perjuicio de que este aspecto de la cuestión haya de ser examinado al enjuiciar el motivo de casación, entre los requisitos exigidos para el ejercicio del retracto.

CUARTO.- El motivo único de casación, interpuesto por infracción de los artículos 589 y 593 del CDFA, lo centra la parte recurrente en «discutir y determinar si una finca urbana que constituye el jardín del edificio, y que no tiene acceso ni vida independiente del mismo (incluso son una misma finca catastral) puede considerarse un bien de abolorio y ser retraíble».

Sostiene la parte recurrente que, ya desde la audiencia previa, su posición era que, «constituyendo ambas fincas una unidad física (de hecho forman una única finca catastral) y siendo un hecho indubitado que la finca-jardín solo da servicio a la casa o edificio, debía tener la consideración de parte de ellos (de los edificios) a que se refiere el artículo 589 del CDFA...». Por su parte, de contrario se sostenía la aplicación estricta y literal de la citada norma legal, argumentando que su naturaleza de finca urbana (jardín) le impedía ser objeto de retracto, y ello aunque existiera esa unidad física con el edificio y que no pudiera ser objeto de una utilización independiente».

En su escrito de oposición al recurso de casación alega la parte recurrida que «por más que el recurrente se ampare en la relación que contiene el artículo 589 del CDFA, la razón de la denegación del retracto sobre el edificio radica en la falta de afección de la retrayente sobre las fincas objeto de su acción.»

Deben examinarse, pues, los dos elementos que resultan determinantes en la solución adoptada por la sentencia recurrida, como son el objeto sobre el que recae el retracto y la finalidad perseguida con su ejercicio.

El elemento objetivo: En la nueva regulación del retracto de abolorio dada por la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho civil patrimonial, integrada como Título III del Libro Cuarto del CDFA, se justifica el mantenimiento de la institución (apartado 42 de su Preámbulo) en intereses y concepciones familiares dignos de protección, para evitar que, en ciertos casos, un inmueble salga de la familia por disposición de su actual titular.

El Preámbulo del CDFA explica la limitación de la posibilidad del ejercicio del derecho a los inmuebles rústicos y a los edificios, por considerar que sólo éstos, aparte de los rústicos, son los que conservan una impronta familiar que justifica la preferencia de los parientes.

El fundamento octavo de la sentencia recurrida, antes transcrito en lo que ahora interesa, después de dejar constancia de que ambas fincas registrales constituyen una sola finca catastral, describe la registral 4.663 (piscina con vestuarios y barbacoa) inscrita como urbana, y la 2.227 (casa con cochera y corral) y afirma que la finca urbana está excluida del ejercicio del derecho de retracto «según ha sido ampliamente estudiado», y la segunda también («debe tener la misma consideración») porque no puede entenderse como finca rústica según la jurisprudencia citada cuando se demuestre que el uso de la finca no es para su utilización como suelo de naturaleza rústica.

La jurisprudencia citada en el fundamento sexto que justifica el anterior razonamiento, en concreto la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1991 (recurso 2539/1989, ponente Martín-

Granizo Fernández), no resulta de aplicación a este caso pues se refiere específicamente al retracto de colindantes (artículo 1523 Cc.), que únicamente es reconocido a los propietarios de tierras colindantes en la venta de finca rústica de cabida inferior a una hectárea. En dicha sentencia no se acogía dicho retracto en un supuesto en el que el colindante pretendía retraer una finca que lindaba con los edificios de la periferia de Benidorm, erial, en la que se encontraba una edificación que servía de vivienda, no destinada al cultivo agrícola. En definitiva, para el Tribunal Supremo no se trataba propiamente de tierras ni de finca rústica, que es el presupuesto básico del retracto de colindantes.

En el caso que nos ocupa las fincas objeto de retracto no son rústicas sino urbanas, pero el fundamento de la acción no era la naturaleza rústica de la denominada urbana (jardín con piscina, vestuarios y barbacoa) sino su condición de anejo de la casa que, a su vez, viene descrita como casa con cochera y corral. Si se siguiera el razonamiento de la sentencia recurrida tampoco la cochera y el corral podrían ser objeto de retracto ni junta ni separadamente porque no son suelo de naturaleza rústica, pero indudablemente en un retracto dirigido a la casa (edificio que conserva la impronta familiar) la cochera y el corral que forman parte de la misma finca estarían incluidos con el edificio.

Aparte de los inmuebles de naturaleza rústica, el artículo 589 del CDFA permite el ejercicio del retracto de abolorio sobre los edificios o parte de ellos en tanto que (Preámbulo del CDFA) también pueden conservar la impronta familiar con fuerza suficiente para justificar la preferencia de los parientes respecto a los terceros adquirentes, y sin necesidad de que deban estar destinados a finalidad agrícola.

En la demanda el retracto se dirigía a dos fincas registrales porque así aparecen

identificadas en el Registro de la Propiedad pero, como afirma la recurrente, el objeto era la finca como unidad física (una sola finca catastral, urbana) formada por la casa con cochera y corral junto con el jardín que contiene la piscina, vestuarios y barbacoa, que no tiene acceso independiente sino a través de la anterior. En el último inciso del fundamento noveno que ha sido transcrito antes, la sentencia recurrida rechaza el retracto sobre esas fincas dependientes entre sí «*al no reunir las condiciones exigidas*», refiriéndose al requisito de finca rústica. Decía el párrafo completo: «*Por lo demás, el hecho de que las fincas descritas puedan ser dependientes entre sí, en cuanto que el paso a una solo se consigne por la otra, no permite el ejercicio conjunto del derecho, al no reunir las condiciones exigidas, ni puede concederse el derecho respecto de una de ellas, que es posibilidad que la mayor parte de la doctrina rechaza*».

En la escritura de de 2014 (protocolo del Notario D. Eloy Jiménez), de venta a los demandados de las fincas objeto de retracto por las vendedoras (sobrina y cuñada de la retrayente), que eran nudo propietaria y usufructuaria, respectivamente, de ambas fincas, tras la descripción de la registral (jardín con piscina) el notario hace constar: «*Manifiestan que según catastro está señalada con el número del Paseo*». (Corresponde dicho número a la otra finca, la casa con cochera y corral).

Y en la reseña del título se dice que procede de una segregación «*realizada en la escritura otorgada ante el Notario Don Francisco de Asís Sánchez Ventura Ferrer el día de de dos mil cinco, número de protocolo*». Se reitera a continuación que las fincas tienen un solo número de referencia catastral «*ya que forman una sola finca, que es la que consta en la certificación catastral descriptiva y gráfica obtenida por medios telemáticos que uno a esta matriz. Manifiestan los comparecientes a mi instancia que los datos recogidos en dicha certificación se corresponden con la realidad física de las refe-*

ridas fincas» (el subrayado es nuestro). Y continúa la descripción: *«Tal y como se ha dicho las descritas fincas forman una sola en el catastro, con una superficie total de... correspondiendo a la primera ochocientos cuarenta y cinco metros... y en el interior de esta existe una edificación de dos plantas, con una superficie construida total de...»*. Las dos fincas *«con todo cuanto les sea accesorio e inherente a las mismas»*, se venden por un precio conjunto de 100.000 euros.

Como se dice en la anterior escritura, la denominada finca urbana (jardín con piscina, vestuarios y barbacoa), registral, que forma en la realidad una sola finca con la casa familiar, procede de una segregación de la finca matriz, la, anteriormente la, según lo recoge el fundamento octavo de la sentencia recurrida. Según la certificación registral aportada como documento nº 3 con la demanda, esta registral fue segregada (escritura de de de 2005, protocolo del notario D. Francisco de Asís Sánchez-Ventura Ferrer) por la sobrina de la actora y su madre (las vendedoras), correspondiendo a la primera por herencia (y la segunda usufructuaria) de su padre D. José L. M., hermano de la actora, quien a su vez la había recibido como legatario de sus padres D. José L. D. y Dª. Pilar M. A., que la habían comprado en escritura de de de 1941 al padre del primero, D. Cesáreo L. L. Según la inscripción 3ª de la registral, que era la que quedaba tras la segregación anterior, esta última finca era vendida a C. T., de forma que la otra finca, la, aun registralmente independiente, era vendida junto con la (casa con corral y cochera), como una sola, a los demandados por un único precio.

Por lo tanto, las vendedoras, tras la segregación realizada por ellas en 2005 para independizar la que venderían a C. T., S.A., vendieron a los demandados, hoy recurridos, una sola finca (física y catastralmente) constituida por la casa familiar con su cochera y corral y por la finca-jardín con pisci-

na, vestuario y barbacoa, y así la adquirirían los compradores. No parece que dichos compradores aceptaran que, dado que se trata de dos fincas registrales distintas, pudiera ser ejercitado el retracto sobre la primera y no sobre la segunda, o viceversa.

En definitiva, las propias vendedoras incorporaron la finca registral (jardín-piscina), física y catastralmente, a la casa familiar, como un anejo, como ya lo era la cochera y el corral, y así lo vendieron en su conjunto. El artículo 334 del Código civil incluye como inmueble a todo aquello que esté unido al suelo (construcciones, árboles, plantas, estatuas, etc.), de manera fija o incorporado por su dueño. En este caso la cochera y el corral ya aparecían así en la descripción conjunta con la casa, y sus dueñas incorporaron otro anejo, el jardín con la piscina, vestuario y barbacoa, y así lo vendieron.

La finca destinada a jardín con piscina y demás elementos, calificada como urbana, podría no permitir ser retraída aisladamente, pero no era la pretensión de la parte demandante, que la incluía en su demanda como un elemento anejo e inseparable de la casa. En ese sentido, se produce la infracción del artículo 589 del CDEFA, pues toda ella debe ser considerada como edificio, pero no hay infracción de lo dispuesto en el artículo 593 que prevé la situación inversa, en la que solo se pretende retraer uno solo de los inmuebles que se enajenan, siempre que reúna los requisitos para ellos y tenga la condición de bien de abolorio.

La finalidad perseguida: La sentencia de primera instancia se refiere a la facultad moderadora de los tribunales que llevaría a la desestimación del retracto de abolorio en los casos en que, aun concurriendo los requisitos para ello, no se consiga la finalidad última de mantener la integridad del patrimonio familiar, *«exigiéndose al retrayente una afición de los bienes que pretende retraer, cuestión que no se aprecia cuando haya, por*

ejemplo, un interés especulativo sujeto, por ejemplo también, a un proyecto urbanístico, pero es lo cierto que en el caso que nos ocupa este posible interés, o bien en sentido contrario, esa falta de desafección no se ha acreditado».

La sentencia de apelación se refiere también (fundamento noveno) al interés por «*la conservación en el seno familiar de una finca rústica poseída por el tiempo de dos generaciones...*». Del hecho de haber nacido la actora en la casa afirma que no justifica sin más el uso del derecho dado que no tiene allí su residencia y carece de relación actual, mencionando el posible interés especulativo. Con cita de la jurisprudencia sobre el retracto de colindantes afirma que debe defenderse una interpretación estricta en el ejercicio del retracto de abolorio, «*más cuando los pueblos han quedado abandonados y aquellas viviendas solo se usan por lo general como segundas residencias, pudiendo implicar una considerable merma económica en la transmisión, salvo que se demuestre, claro, que el fin deseado es coincidente con el que se recoge en la Ley, en los términos antes dichos, que no es el caso*».

El Preámbulo del CDFA explica la reforma afirmando que «*los inconvenientes que presenta en el tráfico inmobiliario no son suficientes para suprimirlo, pues responde a intereses y concepciones familiares dignos de protección. En cualquier caso, el derecho de abolorio no debe tener otros presupuestos, requisitos ni restricciones que los que la Ley establece, por lo que se prescinde de la referencia a la «moderación equitativa» por los tribunales que la Compilación introdujo*».

En el texto articulado los requisitos subjetivos se cumplen cuando el derecho lo ejerciten los parientes colaterales dentro del cuarto grado, además de la permanencia de los bienes en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores. Ambos requisitos se tienen por cumplidos tanto en la sentencia de primera instancia como en la de apelación. Por lo que se refiere al interés de la retrayente, la sentencia del Juz-

gado afirma que no se ha probado la falta de afección, y la de la Audiencia no aprecia la afección porque la actora no tiene su residencia en la localidad ni la ha tenido en tiempos recientes, pasa largas temporadas en el extranjero y carece de relación actual.

Como se ha dicho, en la regulación actual no se exigen otros requisitos que los legalmente establecidos, entre los que no se encuentra la afección y, desde luego, no se exige que se pruebe la misma, habiéndole bastado a la sentencia de primera instancia que no se hubiera probado su falta.

La supresión de la facultad moderadora tiene su justificación, precisamente, en objetivar los requisitos exigibles (parentesco y permanencia en la familia), sin exigir una afección específica que se debe presumir mediante el cumplimiento de los requisitos anteriores. Además, ha de tenerse en cuenta la prohibición para el retrayente de enajenar el bien adquirido durante cinco años (artículo 596.3).

En definitiva, la afección subjetiva del retrayente no es requisito legalmente exigido para el ejercicio del derecho de retracto por lo que su exigencia (pretendiendo además la prueba de la afección a la parte actora), vulnera lo establecido en el artículo 589 del CDFA, por lo que debe ser estimado el recurso y casada la sentencia.

Como consecuencia de la casación, se revoca la sentencia dictada por la Audiencia y se confirma íntegramente la del Juzgado de Primera Instancia.

QUINTO.- Las costas de primera instancia no fueron impuestas en la sentencia que puso fin a la misma, por las circunstancias que el Juzgado consideró concurrentes, y así se confirma.

No hubo imposición de costas del recurso de apelación, por la estimación del mismo, y así se mantiene dado el distinto signo de las sentencias de ambas instancias.

No cabe condena en costas del recurso de casación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 398.2 LEC.

43

NÚM. 43

S. TSJA 6/2016 de 11 de febrero de 2016

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: *Custodia compartida no uniforme: La custodia compartida por periodos semanales se modifica y se dispone por la Audiencia que, en periodo lectivo, entre semana, de lunes a viernes, los menores comerán siempre en casa de su madre; por ello se aumenta en 80 euros la cantidad a abonar por el padre por cada uno de los periodos de alternancia semanal a él correspondientes, en los que tengan lugar las comidas en casa de la madre. El padre, que sólo impugna la comida del viernes, alega que el acuerdo tomado no le garantiza el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de igualdad. Entiende la Sala que el acuerdo tomado no trata de modo desigual a uno y otro progenitor, porque lo que hace es distribuir las concretas responsabilidades de padre y madre conforme a un criterio perfectamente lógico y ajustado a las necesidades de los hijos. Cuando el trato no uniforme o la asimetría en la relación de los padres con los hijos deriva de las necesidades de éstos, ello no significa un trato discriminatorio de un padre respecto del otro.*

GASTOS DE ASISTENCIA A LOS HIJOS: *Custodia compartida no uniforme: Como el nuevo régimen de comidas acordado por la Audiencia supone un mayor desembolso para la madre al aumentar el número de comidas que los menores hacen con ella, debe igualmente mantenerse como medida económica compensatoria el aumento periódico en 80 euros de la contribución del padre a los gastos de los menores. Esta elevación es plenamente ajustada a derecho como*

medio de equilibrar el costo económico que a cada progenitor supone atender la custodia de los menores, ya que entra dentro de la previsión del art. 82.1 del CDFa.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 80 y 82 CDFa.

PONENTE: *Ilmo. Sr. D. Ignacio Pastor Eixarch.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El día 10 de noviembre de 2014 el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Zaragoza dictó sentencia por la que acordaba la disolución por divorcio del matrimonio celebrado por los litigantes el día 3 de junio de 2000 y en el que habían tenido dos hijos, Lucas, nacido el día 26 de diciembre de 2003, y Julia, nacida el día 2 de agosto de 2010.

La sentencia estableció las medidas reguladoras de los efectos de divorcio, entre las cuales, a los efectos de este recurso de casación, deben destacarse dos: 1.- acordó la custodia compartida por periodos semanales respecto de los hijos, con dos visitas entre semana a favor del progenitor no custodio; y 2.- fijó que el padre debería abonar en concepto de gastos por sostenimiento de los menores la suma de 400 € mensuales, y la madre la de 100 €.

La madre, ahora parte recurrida, presentó recurso de apelación contra la anterior sentencia del Juzgado de Primera Instancia, que fue resuelto por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza por la sentencia objeto del presente recurso de casación, dictada el día 28 de julio de 2015. En ella, en lo que ahora interesa, revocó en parte la sentencia recurrida, modificando lo acordado respecto del modo desarrollarse la custodia compartida y de la cuantía con la que el padre contribuiría al sostenimiento de los hijos. En concreto, por lo que hace a

cómo definirse la custodia compartida, dispuso que en periodo lectivo, entre semana, de lunes a viernes, los menores comerían siempre en casa de la madre, siendo ésta quien les acompañaría a las actividades extraescolares que pudieran efectuarse a mediodía. En lo relativo a la cantidad a abonar por el padre, la aumentó en 80 € por cada uno de los periodos de alternancia semanal a él correspondiente, en los que tuvieran lugar las comidas en casa de la madre.

Frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial se interpone por el padre el presente recurso de casación, en el que interesa que se mantengan en su integridad las medidas adoptadas por el Juzgado de Primera Instancia.

SEGUNDO.- El motivo primero del recurso de casación considera infringido por la sentencia recurrida el artículo 80.1 y 2 en relación al artículo 76.3 b), ambos del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA), ya que, en resumen de las consideraciones del recurrente, el acuerdo tomado en la sentencia de la Audiencia Provincial respecto de que los menores coman en casa de la madre en el periodo en que la custodia corresponde al padre no garantiza a tal progenitor el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de igualdad.

Aunque la solicitud contenida en el recurso pretende que se mantenga en su totalidad el fallo de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, lo único recogido en el fundamento de la impugnación se refiere a la comida del viernes. Así, la razón que se expone de la infracción que se entiende cometida por la sentencia recurrida deriva, según el recurrente, de que «como consecuencia de tal modificación, el padre desde el viernes por la mañana que deja los hijos en el colegio hasta el martes por la tarde de la semana siguiente, en la que tiene la custodia la madre, no tiene ningún contacto directo y personal con los hijos, es decir, cada dos semanas duran-

te casi cinco días (es decir diez días al mes en total) no hay contacto personal entre el padre y los hijos.»

Al respecto cabe aclarar, en primer lugar, que el sistema establecido en la sentencia recurrida supone que el padre no tenga contacto directo con los hijos desde la mañana del viernes hasta la tarde del martes, lo que no alcanza los casi cinco días a que se refiere. Y asimismo cabe también señalar que con el sistema establecido en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia que el recurrente pretende sea repuesta, y en lo que al viernes se refiere, el padre dejaba de ver a los hijos desde el propio viernes después de comer hasta el martes siguiente por la tarde.

Dado que no se contiene argumento alguno base del recurso sobre el resto de los días de la semana, debe así concluirse que lo planteado en este recurso es realmente si es conforme a derecho que la comida del viernes la hagan con su padre o con la madre.

TERCERO.- La sentencia recurrida razonó con claridad que el motivo del cambio que introdujo viene determinado por razones de mejor conciliación de las obligaciones del padre con la atención de los hijos a la hora de comer, y por dar el informe psicológico especial importancia a la mejor alimentación de los hijos. Y asimismo consideró que desde que se estableció en sistema de custodia compartida, desde mayo de 2014, los menores no han comido en casa del padre cuando le correspondía la custodia, sino que lo han hecho en casa de los abuelos paternos.

Partiendo de tales consideraciones basadas en los hechos acreditados que no hay razón para modificar, no existe motivo alguno para considerar, como sostiene el recurrente, que el acuerdo tomado trate de modo desigual a uno y otro progenitor, porque lo que hace es distribuir las concretas responsabilidades del padre y madre conforme

a un criterio perfectamente lógico y ajustado a las necesidades de los hijos. Si esta atención al interés de los menores comporta un trato no uniforme de los momentos en que cada progenitor pueda tener la compañía directa de los hijos, ello no significa desigualdad de trato, pues la asimetría en la relación deriva de las necesidades de los hijos, no de que se haya estudiado y resuelto una situación de cada progenitor de modo discriminatorio respecto del otro.

Además, no cabe sino considerar que, en todo caso y como ya se ha expuesto, la diferencia de medidas que sostiene el recurrente se concreta realmente en una sola comida, lo cual supone una variación tan escasa respecto de lo que acordó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia que en modo alguno permite considerar que haya derivado de un trato desigual de uno u otro progenitor.

En consecuencia con lo expuesto, procede la desestimación del primer motivo de recurso.

CUARTO.- El segundo motivo de recurso tiene por objeto la supresión del aumento periódico en 80 € de la contribución del padre a los gastos de los menores. Esta elevación, como se deduce de la sentencia recurrida, entronca con el aumento del número de comidas que los menores hacen con la madre, lo cual es plenamente ajustado a derecho como medio para equilibrar el costo económico que a cada progenitor supone atender la custodia de los menores, ya que entra dentro de la previsión del artículo 82.1 del CDEA. Por ello, mantenido ahora, en esta resolución, el nuevo régimen de comidas que supone mayor desembolso para la madre, debe igualmente mantenerse la medida económica compensatoria impugnada.

Por tanto, procede igualmente la desestimación del segundo motivo de recurso de casación.

QUINTO.- Como se deduce de lo hasta ahora expuesto, el caso enjuiciado presenta una especial situación de hecho que tiene como consecuencia el ser una cuestión que puede suscitar dudas en la correcta aplicación del derecho, como lo evidencia el que sean divergentes las dos sentencias dictadas en la instancia. Tales consideraciones conducen a no hacer expresa imposición de las costas causadas en el recurso de casación tramitado, en atención a lo dispuesto en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

NÚM. 44

A. TSJA de 15 de febrero de 2016

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO.

OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL:

Falta de técnica casacional: La Sala se considera competente para conocer del recurso de casación interpuesto ya que puede entenderse que se refiere a la vulneración de Derecho civil aragonés (art. 478.1.2º Lec.), pero la Sala acuerda su inadmisión a trámite. El recurso de casación tiene naturaleza de recurso extraordinario, tendente a revisar si la sentencia dictada en segunda instancia por una Audiencia Provincial ha infringido el ordenamiento jurídico aplicable al caso. El recurso ha de fundarse en la infracción de norma sustantiva. En el caso de autos no se menciona norma alguna como motivo del recurso de casación. El recurso incurre así en la causa de inadmisión prevista en el art. 483.2.2º Lec., en relación con los arts. 481.1 y 477.1, es decir, de interposición defectuosa por falta de técnica casacional.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 477.1, 478.1, 481.1 y 483.2 Lec.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Fernando Zubiri de Salinas.

B) RESOLUCIONES DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES DE ARAGÓN (2014)

B) DECISIONS OF THE PROVINCIALS COURT OF ARAGON

45

NÚM. 45

S. APT de 25 de enero de 2014

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: RÉGIMEN DE VISITAS: *Naturaleza: El derecho de visitas no solamente se considera como tal, es decir como derecho, sino también como un deber que se tiene frente a los hijos menores quienes en modo alguno pueden verse privados de la referencia de ninguno de sus progenitores, a menos que existan o concurren circunstancias o causas graves que justifiquen en determinados casos la suspensión o la limitación de dicho régimen, y siempre pensando en el beneficio e interés de los hijos, pues no debe olvidarse que el sistema de comunicaciones respecto del progenitor no custodio con los hijos constituye una continuación de la relación paterno filial evitando la ruptura por falta de convivencia de los lazos de afecto que debe mediar entre ellos, salvo en casos de peligro para la salud física y psíquica o moral del hijo. Por ello, en este caso que la madre presenta un problema de alcoholismo, debe mantener el derecho de visitas pero supeditado a su recuperación y ejercicio gradual, y primero ejerciéndolo en su punto de encuentro.*

DISPOSICIONES CITADAS: *Art. 83 CDA.*

PONENTE: *Ilmo. Sr. Presidente D. Fermín Francisco Hernández Gironella.*

Tras la sentencia de divorcio entre los cónyuges en la que no se le concede a la madre derecho de visitas por su dependencia del alcohol, ésta recurre en apelación solicitando su derecho, a lo que se adhiere el Ministerio Fiscal, supeditando tal derecho a la recuperación de la madre. La sala acoge el recurso. Solicita también que se revoque la sentencia de instancia en lo que atañe a la asignación de pensión compensatoria, pero el recurso es rechazado por la Sala.

46

NÚM. 46

S. APT de 14 de marzo de 2014

92: DERECHO DE ABOLITORIO O DE LA SACA: PLAZO DE EJERCICIO: *Dies a quo a falta de notificación de la transmisión: El cómputo del plazo desde la fecha de Inscripción en el Registro opera cuando*

no consta con anterioridad el conocimiento por medio distinto de la venta y sus condiciones. Por ello y siendo un hecho inconcuso el transcurso del plazo de los 90 días desde la inscripción, la acción ha caducado, pues por la propia naturaleza del plazo no es susceptible de interrupción. Razón esta última, que impide reconocer eficacia alguna a la presentación de las Diligencias Preliminares, en solicitud de las escrituras de venta.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 594 CDFA.

PONENTE: Ilma. Sra. Dña. María de los Desamparados Cerdá Miralles.

El actor ejercita retracto de abolorio, que es desestimado por el JPII de Calamocha, en su sentencia de 11-10-2013, por considerar que la acción está caducada. El actor recurre en apelación, confirmando la APT la sentencia de instancia.

47

NÚM. 47

S. APT de 25 de marzo de 2014

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: *La distancia entre domicilios: Por mandato legal el Juez debe establecer con carácter preferente la custodia compartida, así lo establece el art. 80.2 CDFA. Con todo, hay factores que excepcionan este régimen de custodia de manera que se debe atribuir a uno solo de los progenitores, como así debe ser en este caso. La razón es que el menor, que cuenta con tres años de edad y está escolarizado en la localidad en la que vive con el padre; aun cuando no a mucha distancia de la población en la que semana sí, semana no, tendría que vivir con la madre y desplazarse al*

colegio, es notorio que las poblaciones están comunicadas por una pista forestal asfaltada con curvas y pendientes pronunciadas, sin poblaciones y con fuertes heladas en invierno, por lo que se expondría al niño a unos viajes peligrosos a primeras horas de la mañana, a medio día y ya de noche, por lo que se confirma la atribución de la custodia individual al padre.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 80 CDFA.

PONENTE: Ilma. Sra. Doña María Teresa Rivera Blasco.

Ante el JPI n°3 de Teruel se siguen autos sobre alimentos y custodia individual de un hijo no matrimonial de tres años. Aun cuando el hijo lleva viviendo con cada uno de los padres semanalmente hasta la fecha, ahora se atribuye la custodia individual al padre, con amplio derecho de visitas a la madre, debido a mantener domicilio en localidades próximas pero peligrosamente comunicadas. La sentencia del Juzgado de 19 de noviembre de 2013 se confirma en la Apelación en ese extremo pero se modifica para ampliar en favor de la madre las visitas.

48

NÚM. 48

S. APT de 13 de mayo de 2014

84: SERVIDUMBRES: DE VERTIENTE DE TEJADO: *Extinción: El edificio antiguo tenía una servidumbre de vertiente de tejado desde una primera planta nada más con tejas salientes, que con la nueva construcción se ha sustituido por dos tejados con aleros en dos plantas diferentes superiores. Esta sobreelevación supone una agravación de la servidumbre que infringe el art. 543 CDFA, que impide al dueño del predio dominante alterar o hacer más gravosa la servidumbre lo que conlleva la extinción de la misma. Al haber hecho más gravosa la ser-*

vidumbre, debe ser estimado el recurso y estimada la demanda, declarándose la extinción de la servidumbre con retirada de los dos nuevos aleros que se introducen en la finca de los actores al haber sido ocupado el vuelo de la misma sin justificación alguna.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 543-I, 546 y 571 CDEA.

Ponente: Ilma. Sra. Doña María Teresa Rivera Blasco.

La parte actora, y luego apelante, interpone ante el JPI num. 2 de Teruel una acción negatoria de servidumbre de vertiente de tejado y caída de aguas pluviales que agrava la servidumbre existente, al haberse construido en el predio dominante dos plantas más. El Juzgado, en sentencia de 22/01/2014, desestima la demanda. La parte actora recurre en apelación, estimando la APT su pretensión principal, condenando al demandado a desmontar los aleros y recoger las aguas pluviales.

nen una situación equilibrada en lo económico, por lo que la atribución, aun cuando sea temporal, del domicilio conyugal a alguno de ellos será siempre en perjuicio del otro. Por otra parte no puede soslayarse que las cargas de un anterior matrimonio no pueden ser tenidas en cuenta a la hora de efectuar la atribución, pues es evidente que el nuevo cónyuge no viene obligado a soportar las mismas. En estas circunstancias estima el Tribunal que no resulta procedente hacer pronunciamiento sobre el uso, siquiera temporal, de la vivienda conyugal, debiendo proceder los cónyuges a su liquidación por los medios legales procedentes.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 81 CDEA; art. 91 Cc.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Fermín Francisco Hernández Gironella.

Ante el JPI núm. 3 de Teruel se siguieron autos de divorcio en un matrimonio sin descendencia común, acordándose, entre otros extremos, atribuir el uso de la vivienda común a la esposa. Recurre en apelación el marido y la APT estima su pretensión revocando en este extremo la Sentencia del Juzgado de 10 de abril de 2014.

NÚM. 49

S. APT de 15 de octubre de 2014

61: PERSONA Y FAMILIA: EN GENERAL: ASIGNACIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR: Matrimonio sin descendencia: 6635: CONSORCIO CONYUGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN: ASIGNACIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR: Matrimonio sin descendencia *De la lectura de los arts. 81 CDEA y 91 Cc. se deduce: que en los supuestos en los que no existe descendencia del matrimonio no es imperativo hacer un pronunciamiento sobre el uso del domicilio familiar; no obstante lo cual el juez «puede» hacerlo, si estima que alguno de ellos mantiene un interés necesitado de protección. En el caso enjuiciado los cónyuges tie-*

NÚM. 50

S. APT de 5 de noviembre de 2014

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: La distancia entre domicilios: La custodia compartida es el régimen preferente y predefinido por el legislador en busca del interés del menor en orden al pleno desarrollo de su personalidad. Este régimen se aproxima al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial o de hecho de los padres y garantiza al tiempo a sus padres la

posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental. Pero para poder mantener dicho régimen es preciso que las localidades de residencia de los padres lo permitan, siendo un obstáculo insalvable la existencia de una gran distancia entre ambas, como sucede en el supuesto enjuiciado en el que hay una distancia de 400 km. Por ello se acuerda el régimen de custodia individual en favor de la madre y los desplazamientos del hijo en visitas con el padre se harán a mitad de camino entre las ciudades.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 80 CDFA; STS 289/2014 de 26 de mayo (RJ 2014 3172).

PONENTE: Ilma. Sra. Doña María Teresa Rivera Blasco.

Ante el JPI N° 2 de Teruel se siguieron autos de divorcio contencioso, acordándose por el Juzgado en la sentencia de 30 de abril de 2014, entre otros extremos la custodia compartida sobre el hijo menor del matrimonio. La madre recurre el fallo en apelación solicitando en interés del menor, la custodia individual, al estar los domicilios de ambos padres a 400 km. de distancia. El recurso es estimado por la Sala.

plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre. La prueba obrante en autos revela efectivamente que la familia biológica se ha mostrado incapaz de realizar de manera adecuada sus funciones parentales, tal como refleja la Sentencia apelada de manera pormenorizada a la vista de la prueba documental obrante en la causa.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 102, 118 y 122 CDFA.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Julián Arqué Bescos.

Ante el JPI n° 5 de Zaragoza se siguieron autos de oposición a la medida de protección de menores acordada por el IASS, recayendo sentencia de fecha 12 de diciembre de 2014, desestimando la pretensión de la familia. Ésta recurre en apelación, e igualmente la Sala desestima la apelación.

NÚM. 51

S. APZ (Secc. 2ª) de 28 de enero de 2014

65: RELACIONES PARENTALES Y TUTELARES. ADOPCIÓN, GUARDA. ACOGIMIENTO. PROTECCIÓN DE MENORES: OPOSICIÓN A LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO: *Para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno. Es preciso que esta evolución, en el*

NÚM. 52

S. APZ (Secc. 2ª) de 11 de febrero 2014

65: RELACIONES PARENTALES Y TUTELARES. ADOPCIÓN, GUARDA. ACOGIMIENTO. PROTECCIÓN DE MENORES: OPOSICIÓN A LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO: *Asentimiento para la adopción: El artº. 177.2.2º. del Código Civil establece la posibilidad de prescindir del asentimiento de los padres biológicos cuando éstos incurran en motivo legal de privación de la patria potestad. En fecha 07-06-2010, se dictó resolución administrati-*

va considerando que la menor, R, se encontraba en situación de desamparo, asumiendo la administración la tutela junto con dos hermanas más. Tampoco consta acreditado que aquellas circunstancias hayan desaparecido. Por lo expuesto, acreditado que los actores están incurso en causa legal de privación de patria potestad (ex art. 170 Cc.), resulta claro que no se hace necesario su asentimiento en la adopción, debiéndose únicamente ser oídos.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 170, 177.2 Cc.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Julián Arqué Bescos.

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por los padres biológicos del menor frente a la S.1/10/2013, dictada por el JPI n.º. 16 de Zaragoza, en los autos de Necesidad de Asentimiento en la Adopción, confirmándose la sentencia de instancia.

var en perjuicio de quien hasta ese momento era beneficiario de un derecho legalmente reconocido. De admitirse la virtualidad modificativa de tales alteraciones voluntarias, ello significaría hacer tabla rasa de los arts. 118 y 39 de la C.E. y, en caso de pensiones pactadas en convenio regulador, dejar al arbitrio de una de las partes la validez de lo convenido con clara transgresión de lo dispuesto en el art. 1256 del CC. El cambio de circunstancias atribuible a una decisión propia suya, por lo que el recurso de la demandada debe prosperar.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 82 CDEA; art. 1256 Cc.; arts. 39 y 118 CE; art. 11.1 LOPJ.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Francisco Acín Garós.

El ex marido solicita modificación de las medidas acordadas en la sentencia de divorcio en lo que atañe al pago de la pensión a los hijos, solicitando la disminución de la misma al haberse visto alterada su situación laboral. EL JPI n.º6 de Zaragoza estima la pretensión del actor reduciendo el pago de la pensión. La demanda recurre en apelación, estimándose su recurso, por lo que se revoca la sentencia del Juzgado y se mantiene la pensión tal y como fue acordada en el proceso de divorcio.

NÚM. 53

S. APZ (Secc. 2ª) de 27 de mayo d 2014

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GASTOS DE ASISTENCIA A LOS HIJOS: Modificación de la pensión: *El cambio voluntario de trabajo o actividad por el obligado al pago de una pensión no puede sustentar una pretensión aminoratoria o extintiva de la pensión sobre la base de una reducción sustancial de sus ingresos, en cuanto no resulta ajustado a la equidad ni a la buena fe procesal que debe presidir la actuación de todos los intervinientes en el proceso, ex art. 11.1. LOPJ, que quien fue causante voluntario con su actuación de una alteración sustancial de sus medios de fortuna pueda beneficiarse de la modificación que tal hecho puede conlle-*

NÚM. 54

*S. APZ (Secc. 2ª)
de 11 de noviembre de 2014*

65: RELACIONES PARENTALES Y TUTELARES. ADOPCIÓN, GUARDA. ACOGIMIENTO. PROTECCIÓN DE MENORES: DELACIÓN DATIVA: *Preferencia: N. no cuenta con familiares adecuados para el ejercicio de la tutela [art. 234 Cc.; art. 116.1 a, f) CDEA], correspondien-*

do la asunción del cargo a las Administraciones públicas con competencia en la materia (art. 235 Cc. y art. 116.1 f) CDFA), el hecho de que el demandado se halle internado en un Centro de Salud en Aragón no respalda que se nombre tutora al CTDJA, ya que no tiene vínculo con Aragón; el menor estuvo bajo la tutela de la Ciudad de Melilla, que desempeñó la tutela ex lege tras la declaración de desamparo de don N, asistió al incapaz y acordó el traslado de éste al centro aragonés; por ello debe ser preferida. Se opone Ministerio Fiscal que solicita el mantenimiento de la tutela a cargo de CTDJA en base al art. 116 CDFA «(...) el Juez preferirá: g) A la persona jurídica que considere más idónea, incluida en última instancia la entidad pública a la que esté encomendada la protección de menores o incapacitados», no cabe duda que esta lo es; el menor presenta una patología permanente e irreversible y está en Aragón y, en tanto permanezca aquí, son evidentes las ventajas ofrecidas por la especialización y cercanía de sus servicios.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 116 CDFA; arts. 234 y 235 Cc.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Francisco Acín Garós.

La sentencia de instancia declaró la incapacidad total de Don N para regir su persona y bienes y nombra tutora a la Comisión de Tutelas y Defensa Judicial de Adultos de la D.G.A. (en adelante CTDJA), pronunciamiento este último frente al que se alza el INSS, que solicita la revocación de ese nombramiento y la designación de la Consejería de Bienestar Social y Sanidad de la Ciudad Autónoma de Melilla como tutora del incapacitado, por ser el mismo de dicha localidad. La Sala rechaza el recurso.

NÚM. 55

S. APZ (Secc. 4ª) de 14 de marzo de 2014

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GESTIÓN DE LOS BIENES DE LOS HIJOS: Excepciones a la gestión paterna: *La gestión de los bienes de los hijos es una función aneja a la autoridad familiar, que puede ser llevada a cabo por otra persona, como el tutor o administrador designado en testamento (art. 6. 2 LP). La gestión de bienes incluye su administración y disposición (art. 81 LP). El art. 20 LP contempla la posibilidad de que personas distintas a los padres ejerzan la asistencia. En definitiva, la causante respetó la capacidad del menor mayor de 14 años en cuanto a los actos de disposición y administración y confirió la asistencia al administrador, sin que resulte con ello que la disposición testamentaria vulnere norma imperativa de la LP. A partir de los 18 años y hasta los 24 años, la testadora dispuso que los actos de administración y disposición requerirían el consentimiento del administrador. No se priva de forma absoluta a los hijos de sus facultades de disposición y administración inherentes a la propiedad de los bienes adquiridos por el título sucesorio (art. 5 LS), sino que se establece una limitación o condición de forma temporal, lo cual obedece además a una razón explicada por la testadora en beneficio de sus hijos.*

75: LEGÍTIMA: PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES: **Legitimación:** *La acción para la defensa de la legítima corresponde a los legitimarios a partir de que cumplan 14 años, por lo que el demandante, padre de los menores, no la puede ejercitar. (art. 178 Lsuc.). Ahora bien, ello es en relación a las disposiciones testamentarias referentes al momento posterior a aquel en que los legitimarios cumplan los 14 años, pero no a la disposición testamentaria al tiempo anterior a esa edad pues en otro caso se privaría de*

la defensa a los menores hasta que alcancen los 14 años. Por tanto, el demandante, padre de los menores, en cuanto titular de la autoridad familiar, puede ejercitar las acciones de defensa de la legítima en lo que respecta a las disposiciones testamentarias referentes a edad inferior a los 14 años. Así resulta también de la sentencia apelada, donde no se niega la legitimación del padre en relación a las cláusulas que afectan al menor de 14 años. **LESIÓN DE LA LEGÍTIMA: Prohibición de gravámenes:** El art. 186 añade que los gravámenes permitidos son entre otros, los establecidos con justa causa, expresada en el título sucesorio o documento público conforme al art. 187. El art. 187 define la justa causa como aquella que busca un mayor beneficio del legionario. La justa causa expresada deberá tenerse como justa mientras no se demuestre lo contrario. En el testamento consta que las disposiciones obedecen al propósito de preservar y proteger al máximo el patrimonio heredado hasta que los hijos alcancen la edad de 24 años, designando administración de su entera confianza, excluida la del otro progenitor en cuya gestión no confía. La designación de administrador no se puede considerar gravamen en cuanto ese nombramiento está previsto y admitido en la norma, Ley de la Persona, que, en consecuencia, no ha sido infringida.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 178, 183, 184 Lsuc.; art. 2, 9 y 20 LDP.

PONENTE: Ilma. Sra. Doña. María Jesús de Gracia Muñoz.

El demandante, en nombre y representación de sus hijos menores, ejercita diversas acciones de impugnación del testamento de su ex cónyuge, en el que instituye herederos a los hijos de ambos, excluyendo de la administración al padre de los mismos, y estableciendo que los legiti-

marios no podrán disponer por sí solos de los bienes hereditarios hasta que cumplan 24 años, necesitando hasta entonces el asentimiento del administrador nombrado por la testadora. La demanda fue desestimada y el fallo se confirma.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia apelada desestima la demanda que formuló el demandante en calidad de padre y representante de sus dos hijos menores contra los designados administradores en testamento otorgado por la esposa del primero y madre de los segundos. La pretensión ejercitada versó sobre la validez de determinadas disposiciones testamentarias.

SEGUNDO.- Los hechos a tener en cuenta son los siguientes:

El demandante y Doña M^a A contrajeron matrimonio en fecha 16-9-1995 con el régimen consorcial y tuvieron dos hijos, nacidos el de 2000 y el de 2005.

Doña M^a A, enferma e ingresada en determinado Hospital, otorgó testamento en fecha 27 de agosto de 2009.

En fecha 28 de agosto de 2009 interpuso demanda de divorcio que, tras varias incidencias, no llegó a ser admitida a trámite.

En fecha 3 de septiembre de 2009 Doña M^a A falleció.

TERCERO.- En el testamento consta una **primera cláusula** en la que la causante instituye herederos a sus dos hijos y excluye expresamente la administración paterna. Hasta que cada uno de los hijos vaya alcanzando la edad de 24 años nombró administrador a su padre, Don E y para el caso de fallecimiento, renuncia o incapacidad de este al hermano de la testadora, Don D.

Consta una **segunda cláusula** que establece que hasta que cada uno de los hijos no fuera alcanzando la edad de 24 años, fue su voluntad que no se pueda realizar

ningún acto de administración, disposición, gravamen, sobre los bienes procedentes de la herencia, sino con la intervención, asistencia y aprobación expresa de los administradores y de conformidad con las siguientes disposiciones:

- **hasta que los hijos alcancen la edad de 14 años**, la administración y disposición de los bienes heredados corresponderá exclusivamente al administrador. Se dispensa del requisito de la autorización judicial o de la junta de parientes para la disposición de bienes raíces, negocios mercantiles o industriales, valores mobiliarios u objetos preciosos.

- **desde que los hijos lleguen a los 14 años y hasta la mayoría de edad**, los propios hijos podrán realizar por sí solos cualesquiera actos de disposición y administración de los bienes heredados, con la asistencia del administrador. Se excluye la posibilidad de asistencia paterna, materna, la del tutor y la de la junta de parientes, lo que se sustituirá por la única asistencia prestada por el administrador.

- **desde la mayoría de edad y hasta los 24 años**, los actos de administración y disposición requerirán el consentimiento expreso del administrador.

La testadora manifestó en el testamento la razón de sus disposiciones, como era el proteger y preservar al máximo el patrimonio heredado por los legitimarios hasta que cada uno de los hijos alcanzase la edad indicada, nombrando administrador de su entera confianza porque ya no confiaba en el otro progenitor, y que durante ese tiempo los bienes y frutos pudieran atender mejor a satisfacer las necesidades de los herederos hasta que fueran alcanzando una edad más propicia para poder vivir de obtener y administrar sus propios recursos además de los bienes heredados.

CUARTO.- Se plantea por la parte actora la validez de unas disposiciones testamentarias a favor de sus hijos menores,

efectuadas en un marco de crisis matrimonial, mediante el ejercicio de una acción principal y una acción subsidiaria.

La acción principal se basó en la vulneración del art 183 LS, que prohíbe los gravámenes sobre la legítima. Esta acción tiene por objeto la cláusula primera del testamento donde se excluye la administración paterna y se designa un administrador para los hijos. La pretensión se refiere a una parte del caudal hereditario, la legítima (art. 171 LS).

La acción subsidiaria se basó en considerar que el testamento infringe normas imperativas de la Ley 13/2006 de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona. Esta pretensión se refiere a todo el caudal hereditario.

En general, hay que recordar unos principios generales que han de ser tenidos presentes, como son la libertad de testar; la legítima como límite a esa libertad de disposición y la regulación de unas instituciones para la protección de los menores.

El art. 3 de la Ley 1/1999 de 24 de febrero establece que el causante goza de la más amplia libertad para ordenar su sucesión, sin mas límites que el respeto al legítima y los generales del principio *standum est chartae*.

Según establece la Ley de la Persona, el menor de edad está sujeto a la autoridad familiar, a quien corresponde su representación legal, que termina a los 14 años (art. 9 LP). Desde ese momento, 14 años, el menor actúa por sí mismo, sin representación y solo con la asistencia en los actos que sea necesario (arts. 2, 20 LP).

Los padres ostentan la autoridad familiar (art. 68), que es inexcusable, se ejerce personalmente, sin excluir colaboración de otras personas y siempre en interés del hijo (art. 61).

QUINTO.- Los motivos del recurso y por el orden enunciado son los siguientes:

- Aplicación incorrecta del art. 183 y 184 de la Ley 1/1999 porque la designación de administradores supone la lesión de la legítima.

- La limitación de disposición de los bienes por parte de los menores hasta la edad de 24 años infringe normas imperativas de la Ley de la Persona.

- Incorrecta aplicación del art. 178, p. 2 de la Ley 1/1999.

- Omisión de pronunciamiento de la sentencia respecto a la petición primera del suplico de la demanda.

- La cuestión es compleja y no procede la imposición de costas.

SEXTO.- Atendiendo a la acción principal ejercitada y motivos del recurso, procede considerar de forma conjunta sus alegaciones primera y tercera por cuanto ambas se refieren a la acción principal, sobre protección de la legítima, y hacen referencia a la legitimación del actor y a la prescripción de la acción.

Dicha acción principal se basó en el título VI de la Ley 1/1999, sobre la legítima.

El art. 178 regula la prescripción de acciones basadas en el art. 171 y ss. Su ejercicio corresponde al legitimario en el plazo de cinco años contados desde el fallecimiento del causante o desde la delación de la herencia si esta se produce con posterioridad. Si el legitimario para el ejercicio de esas acciones fuera menor de 14 años al iniciarse el cómputo, el plazo finalizará para él cuando cumpla diecinueve.

En este caso, a la fecha del fallecimiento de la causante, los legitimarios eran menores de edad, por lo que se aplica el art. 178, p. 2.

La sentencia considera que el demandante no tiene legitimación para ejercitar la acción y que le corresponde al menor cuando cumpla 14 años y durante cinco años hasta los 19 años.

En el recurso se considera que el precepto no impide el ejercicio de la acción.

Sin embargo, la norma establece que el plazo de cinco años finaliza con los 19 años, de modo que el inicio del cómputo no puede ser otro que el cumplimiento de los 14 años. Así se permite que sea el propio menor, con 14 años y ya con la capacidad que le otorga el art. 20 de la LP, quien ejercite la acción pues el precepto le faculta para celebrar por sí toda clase de actos y contratos, aunque con la asistencia que fuera necesaria según la Ley.

En consecuencia, por aplicación del art. 178 Ley 1/1999, la acción para la defensa de la legítima corresponde a los legitimarios a partir de que cumplan 14 años, por lo que el demandante, padre de los menores no la puede ejercitar.

Ahora bien, ello en relación a las disposiciones testamentarias referentes al momento posterior a aquel en que los legitimarios cumplan los 14 años, pero no a la disposición testamentaria al tiempo anterior a esa edad pues en otro caso se privaría de la defensa a los menores hasta que alcancen los 14 años.

Por tanto, el demandante, padre de los menores, en cuanto titular de la autoridad familiar, puede ejercitar las acciones del art. 178 Ley 1/1999 de defensa de la legítima en lo que respecta a las disposiciones testamentarias referentes a edad inferior a los 14 años. Así resulta también de la sentencia apelada, donde no se niega la legitimación del padre en relación a las cláusulas que afectan al menor de 14 años, sino que, al contrario, resolviendo la pretensión, decide que la disposición testamentaria en ese aspecto es acorde a la LP.

SÉPTIMO.- El art. 183 Ley 1/1999 establece lo que se entiende por gravamen de la legítima, como es todo aquello que limite o disminuya la plenitud de la titularidad sobre los bienes que correspondían al causante. El art. 186 añade que los gravámenes permitidos son entre otros, los establecidos con justa causa, expresada en el título sucesorio o documento público conforme al art. 187. El art. 187 define la justa causa como aquella que busca un mayor beneficio del legitimario. La justa causa expresada deberá tenerse como justa mientras no se demuestre lo contrario.

En el testamento consta que las disposiciones obedecen al propósito de preservar y proteger al máximo el patrimonio heredado hasta que los hijos alcancen la edad de 24 años, designando administración de su entera confianza, excluida la del otro progenitor en cuya gestión no confía.

La designación de un administrador con las facultades conferidas en el testamento supone limitar la plenitud de la titularidad de los bienes, que es lo que correspondía al causante y el objeto de la sucesión.

Sin embargo, a los legitimarios, por su edad y vecindad, se les ha de aplicar la Ley de la Persona. Y de ellas resulta que hasta la edad de 14 años, la administración y disposición de los bienes corresponde con carácter general a los padres, a excepción de los heredados si en el título sucesorio se dispone que esas facultades correspondan al administrador, excluyendo al padre, como es el caso (art. 6, art. 94, art. 81 Ley de la Persona).

En consecuencia, y así ha sido apreciada en la sentencia, la designación de administrador no se puede considerar gravamen en cuanto ese nombramiento está previsto y admitido en la norma, Ley de la Persona, que, en consecuencia, no ha sido infringida.

En el recurso no se alega ningún motivo contra la argumentación de la sentencia

respecto a que es la propia norma la que permite el nombramiento de administrador. Y en realidad así se reconoce en el recurso cuando en la alegación segunda se alega que las disposiciones testamentarias infringen la LP en cuanto limitan las facultades del menor a partir de los 14 años, sin considerar por la parte que se vulnera la LP antes de esa edad.

En resumen, el padre puede accionar en defensa de la legítima en tanto los menores lleguen a los 14 años, y en ese aspecto la disposición testamentaria cuestionada no grava la legítima. Desde ese momento la acción corresponde a los propios hijos según el art. 178, p. 2 LS.

Se desestima el primer y tercer motivo del recurso.

OCTAVO.- La alegación segunda del recurso se refiere a la acción subsidiaria que pretende la nulidad de las cláusulas testamentarias en cuanto infringen normas imperativas de la LP.

Como motivo del recurso se alega que se vulnera la LP porque esta norma permite al menor que ha cumplido los 14 años el celebrar todo tipo de contratos y actos y disponer de los bienes sin limitación alguna, entendiendo que la disposición es nula a partir de los 14 y a partir de los 18 años.

Acciona el padre en nombre de los menores y la pretensión se refiere a toda la herencia.

No se acciona en base al art. 109, p. 1 LS, que considera nulas las disposiciones determinadas por un motivo contrario a la Ley, al orden público o a las buenas costumbres, lo cual conecta con el art. 156 LS, sobre la motivación de la disposición. Se plantea si las disposiciones del testamento infringen la LP, en sí misma considerada al margen de la intención de la causante.

Se podría cuestionar la legitimación del padre para defender los intereses del menor mayor de 14 años porque este ya tiene capacidad (arts. 2, 20 LP) y llegado ese momento podría accionar del mismo modo que puede defender la legítima.

Pero la parte plantea la validez de unas disposiciones testamentarias en cuanto que pueden infringir normas imperativas. Es un principio general la nulidad de pleno derecho de los actos contrarios a normas de ese carácter, de modo que se trataría de disposiciones inexistente y carente de efectos, siendo una cuestión que se puede examinar incluso de oficio (st. TS 14-10-1997, nº 878/1997).

Según el art. 3 LS el causante goza de la más amplia libertad para ordenar su sucesión sin más límites que el respeto a la legítima y al principio *standum est chartae*. Conforme a este último hay que estar a la voluntad de la causante, siempre que no resulte de imposible cumplimiento o sea contraria a la Constitución o a las normas imperativas del Derecho aragonés. En la misma línea, el art. 90 LS que dispone que la sucesión testamentaria se rige por el testamento otorgado conforme a la Ley.

NOVENO.- Partiendo del testamento hay que distinguir entre el menor mayor de 14 años y a partir de los 18 años.

A-La disposición testamentaria referente a los hijos desde los 14 años a la mayoría de edad establece que son aquellos los que por sí solos pueden realizar actos de disposición y administración con asistencia del administrador. Se excluye la administración y asistencia paterna y también se excluye la posibilidad de asistencia del tutor y de la junta de parientes.

El testamento respeta la capacidad de actuación del menor mayor de 14 años, que puede realizar por sí todo tipo de actos y contratos, sin representante y con la asistencia en los actos en que sea preciso

(art. 20 LP), excluyendo la administración del padre, lo que está previsto en el art. 81, p. 2 LS.

Más dudosa puede resultar la exclusión de la asistencia paterna cuanto esta actuación sea necesaria (art. 20 LP) si se considera que aquella corresponde en principio al padre en cuanto titular de la autoridad familiar y que esta es un deber inexcusable a ejercer en interés del hijo (art. 61 LP).

La gestión de los bienes de los hijos es una función aneja a la autoridad familiar, pero la LP permite en algunos casos que se lleve a cabo por otra persona, como el tutor o administrador designado en testamento (art. 6, p. 2 LP).

La gestión de bienes incluye su administración y disposición (art. 81 LP), siendo actuaciones de mayor entidad que la asistencia, la que supone un asesoramiento o la expresión de la conformidad con el acto, según la Exposición de Motivos de la LP con remisión al art 24.

El art. 20 LP contempla la posibilidad de que personas distintas a los padres ejerzan la asistencia, si bien no menciona expresamente al administrador designado en testamento. Pero si el causante puede designar administrador para los bienes dejados en testamento, implicando ello el encargo de un cuidado permanente y generalizado de los intereses del menor, mejorándolos, no resulta impedimento para que el administrador no pueda manifestar su criterio en actos concretos sobre los bienes que administra, asistiendo al menor. Así parece deducirse del art. 25, p. 1, al regular la oposición de intereses entre el menor y quien le haya de prestar asistencia, pues establece en el párrafo c que si la oposición es por parte del administrador voluntario, la asistencia será prestada por uno de los padres o el tutor.

En definitiva, la causante respetó la capacidad del menor mayor de 14 años en

cuanto a los actos de disposición y administración y confirió la asistencia al administrador, sin que resulte con ello que la disposición testamentaria vulnere norma imperativa de la LP.

B-A partir de los 18 años y hasta los 24 años, la testadora dispuso que los actos de administración y disposición requerirían el consentimiento del administrador.

No se priva de forma absoluta a los hijos de sus facultades de disposición y administración inherentes a la propiedad de los bienes adquiridos por el título sucesorio (art. 5 LS), sino que se establece una limitación o condición de forma temporal, lo cual obedece además a una razón explicada por la testadora en beneficio de sus hijos.

Por tanto, la acción subsidiaria basada en infracción de normas imperativas de la LP tampoco puede prosperar porque no se aprecia en este aspecto infracción de norma determinante de una nulidad absoluta, sin perjuicio de lo que en su día resulte si se ejercita por los legitimarios la acción en defensa de la legítima.

DÉCIMO.- Considera la parte apelante que se ha producido omisión de pronunciamiento de la sentencia respecto a la petición primera del suplico de la demanda. La petición es que se declare que la causante era de vecindad civil aragonesa.

El art. 5 LEC regula la tutela judicial que puede pretenderse para que se decida frente al sujeto al que haya de afectar. Pero la tutela judicial ha de solicitarse cuando hay un interés contrapuesto entre las partes y la necesidad de ser resuelto.

En el testamento consta que la vecindad civil de la causante es la aragonesa, sin que esa circunstancia haya sido cuestionada ni antes ni durante el proceso. Por ello era innecesario ejercitar esa

pretensión y no hay razón para efectuar una decisión sobre lo que no fue controvertido.

UNDÉCIMO.- Considera la parte apelante que la cuestión es compleja y que no procede la imposición de costas.

Como ya se ha expuesto alguna cuestión presenta dudas de derecho, por lo que procede estimar el recurso en este aspecto (art. 394 LEC).

DUODÉCIMO.- Al estimarse en parte el recurso no se efectúa expresa imposición de costas (art. 398 LEC).

Vistos los artículos citados y demás disposiciones de pertinente y general aplicación,

FALLO

1.- Se estima en parte el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Don Luis Alberto Fernández Fortún en nombre de Don A en representación de los menores contra la sentencia de fecha 18 de julio de 2013 recaída en juicio ordinario nº 1076/2012 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de esta Ciudad y se revoca dicha resolución en el pronunciamiento sobre costas y en su lugar no se efectúa expresa imposición.

2.- Sin expresa imposición de costas del recurso. Con devolución del depósito constituido para recurrir.

Contra esta resolución cabe recurso de casación y extraordinario por infracción procesal, cuyo conocimiento corresponde a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior Justicia de Aragón y a interponer ante esta Audiencia Provincial en el plazo de veinte días.

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

PUBLICACIÓN

Leída y publicada fue la anterior sentencia por los Ilmos./a Sres./a Magistrados/a que la firman y leída por el/la Ilmo./a Sr./a Magistrado/a Ponente en el mismo día de su fecha, uniéndose certificación a los autos, de lo que yo el/la Secretario, doy fe.

56

NÚM. 56

S. APZ (Secc. 4ª) de 27 de mayo de 2014

75: LEGÍTIMA: PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES: Legitimación: *La cuestión sometida a examen en esta alzada es estrictamente jurídica, y es si ha prescrito o no la acción en defensa de la legítima y la respuesta es, forzosamente, afirmativa. Esta Sala ha señalado en la Sentencia de 14 de marzo de 2014 que «El art. 178 regula la prescripción de acciones basadas en el art. 171 y ss. Su ejercicio corresponde al legitimario en el plazo de cinco años contados desde el fallecimiento del causante o desde la delación de la herencia si esta se produce con posterioridad. Si el legitimario para el ejercicio de esas acciones fuera menor de 14 años al iniciarse el cómputo, el plazo finalizará para él cuando cumpla diecinueve».*

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 178 Lsuc. (art. 493 CDFa).

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Rafael María Carnicero Giménez de Azcárate.

Ante el JPI Num. 2 de Zaragoza, se siguieron autos en los que se solicitaba se declarase la prescripción de las acciones de defensa de la legítima y, por lo tanto, la validez de la aceptación de la herencia que en su día llevó a cabo el demandante. El juzgado, en S. de 7 de febrero de 2014, estima la demanda y este fallo se confirma en apelación.

NÚM. 57

S. APZ (Secc. 4ª) de 20 de octubre de 2014

714: ACEPTACIÓN Y REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA: REPUDIACIÓN: LEGADO: Forma: La legislación aplicable en el momento de la renuncia era la Comp./1967, que no exigía requisito alguno de forma para efectuar la repudiación. En cualquier caso, aplicando de forma supletoria el artículo 1008 CC, únicamente se exige «documento auténtico», que en el citado precepto no es sinónimo de documento público, sino de documento que indubitadamente procede del renunciante (SSTS 11 junio 1955 y 9 diciembre 1992)». En el supuesto sometido a nuestra consideración, una exégesis del documento que el apelante suscribió junto con sus hermanos no deja lugar a dudas, pues del mismo resulta claramente que el demandante optó «por renunciar a la herencia de su citada madre doña Á, en atención a las cargas que sobre la misma pesan». Resultando estériles las afirmaciones del apelante de que no suscribiera el documento «en concepto de legatario», como afirma en su escrito de recurso, pues un legatario no es sino un heredero de cosa cierta y determinada, como es el supuesto de autos –en este sentido, STS 22 enero de 1963–.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 1008 Cc.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Juan Ignacio Medrano Sánchez.

La parte actora y apelante solicita la entrega de unos bienes que le corresponden en virtud del testamento de su madre. El juzgado desestima la pretensión al constar la renuncia fehaciente de la actora a dicho legado. El fallo es confirmado en apelación.

57

NÚM. 58

S. APZ (Secc. 4ª)
de 20 de noviembre de 2014

84: SERVIDUMBRES: SERVIDUMBRE FORZOSA DE ACCESO A RED GENERAL: *Requisitos: El derecho a exigir la constitución de servidumbre forzosa debe interpretarse en forma restrictiva y cuando la necesidad es real, no cuando el enclavamiento ha tenido lugar de forma deliberada por causa imputable al dueño de la finca que pretende el predio dominante. Por lo tanto, la demanda y el recurso deben perecer, al resultar acreditado, 1º), que fue la propia actora la que propició su aislamiento y, 2º) a mayor abundamiento, por lo expuesto, porque no se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 581 CDF, puesto que ha resultado probado que la conexión a la red general puede realizarse por otro sitio sin gastos desproporcionados, y sin causar perjuicio a la finca de los demandados.*

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 581 CDFA.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. D. Rafael María Carnicero Giménez de Azcárate.

La parte actora reclama la constitución de una servidumbre forzosa al amparo del art. 581 CDFA. El JPI núm. 2 de Zaragoza en S. de 16 de mayo de 2014 desestima la demanda por no cumplir los requisitos previstos en la ley, el fallo se confirma en apelación.

NÚM. 59

S. APZ (Secc. 4ª) de 17 diciembre de 2014

721: DISPOSICIONES GENERALES: CAPACIDAD PARA TESTAR: *La sucesión testamentaria es la expresión de la voluntad del disponente, que ha de ser manifestada consciente y libremente por las personas físicas, que al tiempo de otorgar el testamento sean mayores de catorce años y no carezcan de capacidad natural. Como establece la sentencia apelada, se ha de partir de la presunción de capacidad en las fechas de otorgamiento de los testamentos. En este sentido, el TS ha mantenido reiteradamente la necesidad de que se demuestre «inequívoca y concluyentemente» la falta de raciocinio para destruir la presunción de capacidad para testar y que «la incapacidad o afección mental ha de ser grave no bastando apoyarla en simples presunciones o indirectas conjeturas «No se cuestiona que la causante padeció la enfermedad de alzheimer, además de otras patologías. De lo que se trata es de determinar si la voluntad se expresó consciente y libremente, de si los testamentos contienen la verdadera voluntad. Si se prueba que no concurría ese requisito en el momento de testar, la consecuencia sería la nulidad de las disposiciones. En el caso de autos no se ha probado tal extremo, por lo que siendo el testamento notarial se presume la capacidad de la testadora.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 316, 405 y 408 CDFA.

PONENTE: Ilma. Sra. Dña. María Jesús de Gracia Muñoz.

Impugnación de testamento por falta de capacidad de la testadora por padecer alzheimer. Tanto en instancia como en apelación se rechaza la pretensión de la actora por no haberse demostrado la falta de capacidad en el momento del otorgamiento.

NÚM. 60

A. APZ (Secc. 5ª)
de 07 de noviembre de 2014

6635: CONSORCIO CONYUGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN: LEGITIMACIÓN ACTIVA: *La cuestión litigiosa se centra en la legitimación activa para pedir la incoación del procedimiento especial de liquidación del régimen matrimonial de los padres del peticionario, arts. 806 y siguientes LEC. El instante del procedimiento es heredero de su madre y su único hermano lo es de su padre. Habiendo fallecido ambos progenitores. Entiende el peticionario y ahora apelante que antes de procederse a la liquidación de la herencia procede determinar qué bienes pertenecían al padre y cuáles a la madre, lo que supone la liquidación del régimen consorcial de sus padres. La mayoría de las Audiencias son favorables a aceptar la legitimación de los hijos para pedir la liquidación del régimen común de los padres. En nuestro ordenamiento sustantivo aragonés, el CDFA, sí admite la legitimación de los hijos para pe-*

dir la liquidación del régimen consorcial de los padres. El art. 258-2 se refiere precisamente, a la disolución por cónyuges (o de uno de ellos), remitiendo, en tales supuestos al art. 365 que, claramente, recoge que «Todo titular de una cuota en una herencia o porción de ella tiene derecho a promover en cualquier tiempo la división de la comunidad».

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 258, 261 y 365 CDFA y art. 808 Lec.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Antonio Luis Pastor Oliver.

Se solicita por parte de uno de los herederos de los cónyuges ya fallecidos la liquidación del régimen de consorciales, dictando auto el juzgado en fecha de 1 de julio de 2014 inadmitiendo la demanda por falta de legitimación activa. El auto es recurrido en apelación estimándose el recurso.

C) RESOLUCIONES DE LOS JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA DE ARAGÓN (2014)

C) DECISIONS OF THE COURTS OF FIRST INSTANCE OF ARAGON

61

NÚM. 61

S. JPI Barbastro nº 1 de 07 de febrero 2014

83: LUCES Y VISTAS: RÉGIMEN NORMAL: Derecho del vecino a edificar o construir: *En el CDFA se han querido potenciar o dejar más evidentes, para corregir una tendencia jurisprudencial restrictiva, las posibilidades de aprovechamiento constructivo o edificatorio del que soporta las luces, al afirmar que este último no ve limitado, alterado o modificado su derecho a construir sin sujeción a distancia alguna (art. 550 CDFA), añadiendo además, por si todavía no fuera suficientemente claro, que lo puede hacer «como estime conveniente». La obra obstructiva de las luces ya no tiene que ser o no tiene por qué insertarse necesariamente en una unidad constructiva y funcional. Cualquiera que sea la entidad de la construcción, de su alcance, de su finalidad, estará permitida, sin otro límite, como dice el Preámbulo, que el abuso del derecho. En el presente caso no aprecio abuso de derecho, por cuanto la parte demandada ha realizado una construcción en los límites de su propiedad, realizando un diseño constructivo adecuado a las características de su entorno.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 542, 550, 587 CDFA y art. 1902 Cc.

PONENTE: *Ilmo. Sr. D. Eduardo José Bernués Mateos.*

Se interpone demanda solicitando daños y perjuicios por la construcción de nueva vivienda solicitada por el vecino al taparle al actor sendas ventanas y construir un alero.

62

NÚM. 62

S. JPI Ejea nº 1 de 08 de enero de 2014

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: **Ley aplicable:** *Es de aplicación el régimen del Derecho civil aragonés, al ser ambos progenitores extranjeros, de nacionalidad distinta (búlgaro el padre y rumana la madre), y haber nacido la hija menor en Zaragoza, sin que conste cuál es su nacionalidad (artículo 9.7 del Código Civil, en relación con los alimentos; y artículo 9.4 en relación con las visitas).*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 9.4, 9.7 Cc.; arts. 10 y 79 CDFA.

PONENTE: Ilmo Sr. D. D. Iván Oliver Alonso.

Procedimiento sobre la atribución de la guarda y custodia de hijos menores de edad en pareja no casada de nacionalidad extranjera con domicilio en Aragón.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 58, 69 y 82 del CDFA.

PONENTE: Ilmo Sr. D. D. Iván Oliver Alonso.

Proceso sobre la atribución de guarda y custodia de los hijos a cargo en pareja no casada.

NÚM. 63

S. JPII Ejea nº 1 de 24 de marzo de 2014

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: ALIMENTOS A LOS HIJOS MAYORES DE EDAD: Aplicabilidad del art. 93.2 Cc.: *El demandado se opone a la prestación alimenticia a favor de M, por entender que ya se emancipó, y que lleva vida adulta, por lo que la madre no tiene legitimación para reclamar alimentos en su nombre. Entiendo que de lo dispuesto en los artículos 58, 69 y 82 del CDFA se desprende la obligación de ambos progenitores de contribuir a satisfacer los gastos de asistencia de sus hijos, aunque éstos sean mayores de edad (sin perjuicio de los límites establecidos en el artículo 69 del mencionado texto legal). Dichos preceptos deben interpretarse a la luz de la doctrina del TS (S. 24/04/2000) aunque se refiera al artículo 93 Cc. Debe reconocerse legitimación al progenitor con el que convive un hijo mayor de edad para reclamar, en su nombre, alimentos del otro progenitor. En el caso que nos ocupa, el hijo M ya se emancipó, ya que marchó a Zaragoza, donde estuvo viviendo y trabajando una temporada, pero ello no debe ser obstáculo alguno, pues la realidad es que sigue viviendo en el domicilio materno, que no trabaja y que no tiene ingresos.*

NÚM. 64

S. JPII Ejea nº 1 de 10 de junio de 2014

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: AUTORIDAD FAMILIAR: Privación: *En aplicación del art. 90 CDFA procede la privación de la autoridad familiar de los padres de los menores de edad al haber incurrido aquellos en el incumplimiento grave y reiterado de sus deberes, tal y como se desprende del dictamen obrante en las actuaciones y de las valoraciones de la trabajadora social que lo asume así como de la descripción de diversos hechos que se recogen. AUTORIDAD FAMILIAR DE OTRAS PERSONAS: Abuelos: El artículo 93.3 CDFA prevé que «la resolución judicial que establezca la privación o suspensión de la autoridad familiar a ambos titulares, o al único titular de ella, determinará el régimen de guarda o protección, y nombrará a la persona o personas que hayan de cumplir estas funciones. Si la resolución estableciera la autoridad familiar de otras personas, proveerá también sobre la administración y disposición de los bienes del menor». Los artículos 85 y siguientes del referido Código, prevén la posibilidad de que la autoridad familiar recaiga en el padrastro o madrastra, en los abuelos o en los hermanos mayores. Por ello, procede atribuir la autoridad familiar respecto de los menores a su abuela paterna. Régimen: Gestión de los bienes. En relación con la administración y disposición de los bienes de*

los menores, le corresponderán las mismas facultades que corresponderían a los progenitores de no haber sido privados de la autoridad familiar.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 85, 90 y 93 CDFA.

PONENTE: Ilmo Sr. D. D. Iván Oliver Alonso.

Procedimiento incoado por la abuela paterna de tres menores de edad para que se proceda a la privación de la autoridad familiar de los padres, otorgando la misma a la demandante por ser quien se ocupa de hecho de los menores. La demanda es estimada.

65

NÚM. 65

S. JPII Ejea nº 1 de 14 de mayo de 2014

62: EDAD: INCAPACIDAD E INCAPACITACIÓN: INCAPACITACIÓN: Causas: *En aplicación del art. 38 CDFA se ha puesto de manifiesto como la afección de la demandada tiene carácter persistente, y que ello es la causa de que sus limitaciones para gobernar su persona y sus bienes. La limitación de la capacidad de una persona tiene por objeto la protección de la misma. Por ello debe extenderse tan solo a aquellos ámbitos en los que es necesaria dicha protección, debiendo mantenerse la capacidad de la persona en la medida en que ello no sea necesario estrictamente para su protección. En el caso que nos ocupa debe acordarse la incapacitación total de la demandada, tanto en el aspecto personal como en el patrimonial, ya que la Sra. A necesita asistencia para casi todas las tareas básicas de la vida. En el aspecto patrimonial, aunque llega a reconocer el dinero, de la exploración se desprende que no sería capaz de llevar a cabo ni siquiera actos patrimoniales senci-*

llos y de poco montante. Debe ser privada del derecho de sufragio, para evitar la posible captación de su voto, ya que no conoce políticos actuales, y sólo tiene reminiscencias de épocas pasadas hace tiempo. 65: RELACIONES PARENTALES Y TUTELARES. ADOPCIÓN, GUARDA. ACOGIMIENTO. PROTECCIÓN DE MENORES: TUTELA: DELACIÓN DATIVA: Debe nombrarse como tutor a la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos, de la Comunidad Autónoma de Aragón, tal y como propone el Ministerio Fiscal en aplicación del art. 116 CDFA ya que la demandada no tiene ascendientes vivos, ni pareja o descendientes. Tampoco tiene hermanos ni sobrinos que sean hijos de hermanos. TUTELA: Personas sujetas a tutela: En aplicación del art. 130 CDFA, dado el grado de discernimiento de la demandada, debe quedar ésta sometida a tutela, ya que la Sra. A necesita asistencia para casi todas las tareas básicas de supervivencia y no puede gestionar su patrimonio.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 38, 116 y 130 CDFA; artículo 3.2 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General.

PONENTE: Ilmo Sr. D. D. Iván Oliver Alonso.

Procedimiento de incapacitación de persona mayor de edad que carece de capacidad para gobernarse por sí misma; nombramiento de tutor a la Comisión de Tutelas y Defensa Judicial de Adultos de la Comunidad Autónoma de Aragón.

66

NÚM. 66

S. JPII Ejea nº 1 de 12 de febrero de 2014

62: EDAD: INCAPACIDAD E INCAPACITACIÓN: EMANCIPACIÓN POR

CONCESIÓN: Requisitos: *La concurrencia de alguno de los supuestos a los que se refiere el artículo 30.2 CDFA supone la existencia, al menos a priori, de una justa causa para la emancipación. El hecho de que la emancipación no sea automática, aun concurriendo una de estas causas, exige que se valoren otros elementos como los argumentos del progenitor o progenitores que se oponen, así como otras circunstancias que hayan quedado acreditadas y que desaconsejen la emancipación del solicitante. La madre está conforme y el padre se opone alegando que su hijo no tiene madurez suficiente, ni medios económicos. El menor apenas tiene quince años y no dio excesivas muestras de madurez. Pero al estar los progenitores separados, conviviendo con otras personas, para el solicitante es incómodo el cumplimiento del régimen de visitas. Con la emancipación pretende comunicar con su padre cuando y como él quiera. Por ello, debe accederse a lo solicitado al concurrir los requisitos para la emancipación y no haberse acreditado ninguna circunstancia que aconseje la denegación.*

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 30 CDFA.

PONENTE: Ilmo Sr. D. D. Iván Oliver Alonso.

Menor de 15 años que solicita la emancipación por concesión amparándose en las causa a y b del art. 30 CDFA. Oposición del padre. El juzgado accede a la emancipación.

NÚM. 67

*A. JPI Zaragoza nº 14
de 17 de marzo de 2014*

6632: CONSORCIO CONYUGAL: PASIVO: CÓNYUGE CONCURSADO: Responsabilidad de los bienes comunes: Responsabilidad del su consorte: *El art. 77.2 de la LC establece que en caso de concurso de persona casada cuyo régimen económico matrimonial sea el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes (como es este el caso) se incluirán en la masa, además «de los propios y privativos del concursado» los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado, y dado que según establece el art. 219.3 CDFA «de las deudas contraídas conjuntamente por marido y mujer, cualquiera que sea su finalidad, responden siempre todos los bienes comunes», la conclusión es que la responsabilidad de la esposa deberá limitarse a sus posibles bienes privativos, pero no a los gananciales o comunes pues ya están incluidos en la masa, y a ello no afecta el contenido del art. 84.1 de la LC cuando establece vías separadas para los créditos contra el concursado y contra su cónyuge.*

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 55 y 77 Ley concursal; art. 219.3 CDFA.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Jesús Ignacio Pérez Burred.

Oposición a la ejecución en situación de concurso de uno de los cónyuges.

D) RESOLUCIONES DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES DE ARAGÓN (2015)

D) DECISIONS OF THE PROVINCIALS COURT OF ARAGON

68

NÚM. 68

S. APT de 3 de marzo de 2015

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GASTOS DE ASISTENCIA A LOS HIJOS: Contribución proporcional: Gastos de los hijos mayores o emancipados: *Los padres deben contribuir a la crianza y educación de sus hijos no solo hasta que alcancen la mayor edad, sino aun después en los términos que establece el art. 69 CDFA. Por ello, el pacto de relaciones familiares en el que establece que la madre contribuirá a la crianza y educación del hijo con una pensión hasta que este cumpla 18 años sí puede ser modificado por la autoridad judicial, pues dicha obligación no termina, por imperativo legal sino cuando el hijo ha terminado su formación o tiene recursos propios (art. 69 CDFA). Sin embargo, el compromiso del padre de costear en exclusiva los estudios universitarios del hijo, no debe ser modificado aun cuando ahora este hijo, que hasta la mayor edad vivía con la madre vaya ahora a vivir con el padre: no es este un cambio de circunstancias que afecten a su obligación.*

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 69 y 77 CDFA.

PONENTE: *Ilma. Sra. D^a. María de los Desamparados Cerdá Miralles.*

Ante el JPI n° 2 de Teruel se siguieron autos de modificación de medidas acordadas en la pacto de relaciones familiares homologado por la posterior sentencia de divorcio; en él solicita el padre que la madre siga pagando la pensión aun cuando el hijo alcance la mayor edad en contra de lo pactado y que pague también los estudios universitarios. A nada de ello accede el Tribunal de Instancia. El padre recurre el fallo en apelación y sus pretensiones son acogidas en parte.

69

NÚM. 69

S. APT de 24 de marzo de 2015

65: RELACIONES PARENTALES Y TUTELARES. ADOPCIÓN, GUARDA. ACOGIMIENTO. PROTECCIÓN DE MENORES: TUTELA: *Causas de remoción: En aplicación del art. 125 h) del CDF*

no puede ser titulares de funciones tutelares quienes tengan importantes conflictos de intereses con la persona protegida. Por ello, y con independencia del resultado de las diligencias penales, es evidente que el hecho de que los tutores estén incurso en un proceso del que es víctima la persona tutelada, y en la que ocupan por tanto posiciones opuestas, genera un manifiesto conflicto de intereses entre ambos que necesariamente determina la inhabilidad de los mismos para ejercer la tutela, y por ello su remoción, en cumplimiento de lo establecido en el art. 127 del citado Texto Legal.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 125 y 127 CDFA.

PONENTE: Ilma. Sra. María de los Desamparados Cerdá Miralles.

En el JPII de Alcañiz se siguieron a instancia del MF autos de remoción del cargo de tutor por seguirse contra los mismos proceso penal por abusos sexuales sobre la tutelada. El Juzgado decreta la remoción y el nombramiento de nuevo tutor. Los demandados apelan el fallo de instancia por entender que no cabe la remoción al no haber recaído sentencia en la vía penal. La APT desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia

NÚM. 70

S. APT de 29 de abril de 2015

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: TUTELA: Nulidad de los actos del tutor: **65: RELACIONES PARENTALES Y TUTELARES. ADOPCIÓN, GUARDA. ACOGIMIENTO. PROTECCIÓN DE MENORES: TUTE-**

LA: Nulidad de los actos del tutor: *Aun cuando el contrato de compraventa se celebró en 1999, por aplicación del régimen transitorio previsto en el CDFA (DT2ª) es aplicable al caso dicho código. Para la compraventa de bienes por parte del sujeto a tutela era y es necesaria la autorización de la Junta de parientes o del Juez, al no haber intervenido en dicho acto la compraventa ni uno ni otro el mismo es anulable tal y como establece el art. 19 CDFA.*

DISPOSICIONES CITADAS: DT2ª CDFA, arst. 16, 18 y 19 CDFA, art. 13 Comp.

PONENTE: Ilma. Sra. Dña. María Teresa Rivera Blasco.

Ante el JPI nº 2 de Alcañiz se siguieron autos a instancia del tutor de D. por considerar que el contrato de compraventa celebrado entre el tutelado y su padre en 1997 debe ser anulable. El Juzgado desestima la demanda. La Comisión de tutelas en representación de su tutelado recurrir en apelación, recurso que es estimado por la Sala procediendo a declarar la nulidad del contrato de compraventa y a reintegrar las fincas vendidas en el patrimonio del tutelado.

NÚM. 71

S. APZ (Secc. 2ª) de 17 de marzo de 2015

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GASTOS DE ASISTENCIA A LOS HIJOS: Mínimo vital: *Lo dispuesto en el art. 82 impone el mantenimiento de la pensión señalada para el periodo de prisión, cuya exigibilidad, sin desconocer la delicada situación en que se encuentra su ex esposa, debería haber quedado suspendida en tanto subsista la situación de precariedad en la que el actor se*

encuentra, para reanudarse en el momento en que perciba ingresos laborales o prestaciones por desempleo, o se acredite la existencia de otros medios de fortuna, pero que no lo será, pues la sentencia de instancia no la contempló y a ella se aquietó el obligado. Sí se estima el recurso en lo que respecta a la cantidad prevista para el momento en que el obligado salga de prisión y trabaje o perciba el desempleo.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 82 CDFA.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Francisco Acín Garós.

Procedimiento sobre guardia, custodia y alimentos, seguido en el Juzgado sobre violencia de la mujer n° 2 de Zaragoza en la que se acuerda a cargo del marido una pensión de 60 euros mientras esté en la cárcel y de 140 cuando salga de ella y cobre el subsidio de desempleo. La mujer recurre solicitando el incremento de la misma. La AP acoge en parte el recurso y eleva a 150 euros la pensión pero sólo cuando el padre salga de la cárcel.

do cumplidamente que don L padece una enfermedad psíquica que, según informe de los dos médicos forenses, anula parcialmente la capacidad de autogobierno de su persona en relación al seguimiento médico y cumplimiento terapéutico, pero no hay constancia de que esta limitación afecte a cuestiones patrimoniales.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 34, 38 y 130 CDFA.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Francisco Acín Garós.

En el JPI n° 13 de Zaragoza se siguieron autos de incapacitación. Se acuerda la incapacidad del sujeto sometiéndolo a curatela, tanto en el ámbito personal, a los efectos de controlar el tratamiento médico que debe seguir, como en el ámbito patrimonial, requiriendo el incapaz asistencia del curador para administrar y disponer. Se le reconoce derecho a sufragio y gestión de dinero de bolsillo. Se recurre el fallo, y la APZ lo revoca en parte: la curatela no se ha de extender al ámbito patrimonial solo al personal.

NÚM. 72

S. APZ (Secc. 2ª) de 14 de octubre de 2015

62: EDAD: INCAPACIDAD E INCAPACITACIÓN: PRESUNCIÓN DE CAPACIDAD: *Debe partirse de la presunción general de la capacidad de las personas sentada por el art. 34.1 CDFA. La declaración de incapacidad necesita de una prueba de carácter concluyente, dirigida a la destrucción de la presunción de capacidad de las personas, para una vez establecida poner en funcionamiento los mecanismos de guarda y protección previstos en los artículos 130 y ss. del CDFA. En el caso, las pruebas han acredita-*

NÚM. 73

S. APZ (Secc. 4ª) de 31 de julio de 2015

715: RESPONSABILIDAD DEL HEREDERO: SEPARACIÓN DE PATRIMONIOS: *Es claro que si el heredero no soporta la confusión de sus derechos, y es tercero respecto al patrimonio del causante que ha heredado, aunque no exista partición, y por ende se mantenga en comunidad hereditaria, nada puede impedir que se respete su condición de acreedor y pueda actuar contra la comunidad hereditaria, aunque él participe en la misma y se genere una cierta equivocidad jurídica en su posición como acreedor/deudor. 715: RESPONSABILIDAD*

DAD DEL HEREDERO: ANTES DE LA PARTICIÓN: *Naturaleza: Este régimen de responsabilidad es el que resulta del modelo de limitación de responsabilidad que se constata en los arts. 369 a 372 CDFA. El primero contiene una regla procesal, que es la propia de cualquier comunidad, y conforme a la cual la comunidad hereditaria, que es una comunidad ordinaria sin otra especialidad que referenciarse las cuotas a la globalidad del patrimonio, de suerte que cuando exista una responsabilidad económica imputable a esa comunidad la acción judicial debe plantearse contra «todos los herederos». Es lo que previene el art. 369 CDFA para los supuestos en los que está pendiente la partición. Por tanto el recurso se ha de acoger por cuanto la pendencia de la partición no obsta a la exigencia del crédito, aunque quien reclame sea un heredero acreedor y, por tanto, integrante de esa comunidad hereditaria. Legitimación activa: Es claro que si el heredero no soporta la confusión de sus derechos, y es tercero respecto al patrimonio del causante que ha heredado, aunque no exista partición y por ende se mantenga en comunidad hereditaria, nada puede impedir que se respete su condición de acreedor y pueda actuar contra la comunidad hereditaria, aunque él participe en la misma y se genere una cierta equivocidad jurídica en su posición como acreedor/deudor. Por tanto el recurso se ha de acoger por cuanto la pendencia de la partición no obsta a la exigencia del crédito, aunque quien reclame sea un heredero acreedor y, por tanto, integrante de esa comunidad hereditaria.*

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 357, arts. 369 a 372 CDFA.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Juan Ignacio Medrano Sánchez.

Un coheredero reclama frente a sus hermanos, coherederos junto con él, los gastos que el

actor-demandante había pagado al causante. El juzgado considera que no tiene legitimación activa hasta que se produzca la partición. Recurre en Apelación y la APZ revoca la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La actora, que ayudó a sus padres con una larga y duradera aportación económica, reclama a sus dos hermanos dos tercios del total de aquella aportación económica, un tercio a cada uno. Los tres hermanos son herederos testamentarios y los tres hermanos han aceptado la herencia. La sucesión está sometida al Derecho Aragonés, y no se ha hecho efectiva la división del patrimonio hereditario.

SEGUNDO.- La sentencia de instancia entiende que, no realizada todavía la partición, los derechos de los herederos permanecen indeterminados hasta que la partición se realice y por tanto no es posible a un heredero proceder contra los demás. Lo que se argumentará con invocación del art. 655 CDFA, que sienta el criterio de que los herederos responden de los derechos hereditarios solo con los bienes del causante.

TERCERO.- Contra este pronunciamiento de signo desestimatorio se alzará la demandante, basando su impugnación, en síntesis, en que (i) que el art. 355 CDFA dispone la responsabilidad directa del herederos, al margen de si la misma es limitada, (ii) que el art. 322 CDFA impone al heredero el deber de atender los cargos hereditarios desde el momento de la delación, (iii) que el art. 365 CDFA con claridad habilita la reclamación judicial contra la comunidad hereditaria antes de la partición, (iv) que la obligación ex – ante la partición es mancomunada y solidaria tras la partición (v) que el art. 1084 C. Civil sienta un régimen de responsabilidad solidaria tras la partición, y el art. 1087 del mismo cuerpo legal permite al heredero acreedor reclamar a los otros herederos el

pago de su crédito, deducida su parte proporcional como tal heredero.

CUARTO.- El Tribunal considera conveniente hacer alguna reflexión sobre la naturaleza de la sucesión en general y en particular cuando la misma responde al modelo de aceptación o beneficio de inventario, como es el aragonés en el que se limita la responsabilidad del heredero al patrimonio del caudal relicto. Así lo dispone el art. 355 CDFA, precepto que precisa ello es así «aunque no se haga inventario». No hay pues una responsabilidad *ultra vires*.

Esta opción por este modelo conlleva el que si bien el heredero de la herencia, como dispone el art. 322 CDFA, adquiere los bienes y derechos de la misma, se subroga en las obligaciones del causante y queda obligado a cumplir las cargas hereditarias, no se produce una total confusión entre el que fuera el patrimonio del causante y el de los herederos, que guardan así, aun en este estado, una relativa diferenciación y separación jurídica, aun aceptada y aun, añadiríamos, realizada la partición.

Internamente, lo que es relevante para el supuesto de autos, no se produce una plena integración de patrimonios, pues la confusión en un titular único, la titularidad del heredero, tal y como previene el art. 357 CDFA, no se produce en su perjuicio, como tampoco en el de terceros que tengan derechos sobre el caudal relicto. Patrimonio del causante y del heredero, aun aceptada la herencia y aun hecha la partición, guardan una relativa separación. Hasta el extremo de que el legislador aragonés, para salvar los problemas conceptuales que ello pudiera suponer, reconoce *ex lege* a favor del heredero la tercería de dominio para defenderse de la agresión de un acreedor del causante materializada sobre bienes del heredero (art. 358 CDFA).

QUINTO.- Sentadas las anteriores consideraciones sobre el modelo de responsa-

bilidad del heredero en el Derecho Aragonés, es más fácil resolver las cuestiones que se plantean en este proceso.

Afectan, como se ha descrito en el primer fundamento de la presente resolución, a la legitimación activa y pasiva en el proceso.

Y es claro que si el heredero no soporta la confusión de sus derechos, y es tercero respecto al patrimonio del causante que ha heredado, aunque no exista partición y por ende se mantenga en comunidad hereditaria, nada puede impedir que se respete su condición de acreedor y pueda actuar contra la comunidad hereditaria, aunque él participe en la misma y se genere una cierta equivocidad jurídica en su posición como acreedor/deudor.

SEXTO.- Desde esta visión no tiene un particular sentido plantearse si la responsabilidad es solidaria o mancomunada. El patrimonio del causante, dividido o no, mantiene una unidad conceptual y contra todo él y por el total de la deuda podría el acreedor de la herencia, aunque fuera uno de los herederos, accionar contra ese patrimonio.

La existencia de un litisconsorcio procesal resultará, no de un régimen de mancomunada o de solidaridad, que no tiene un particular sentido frente al acreedor en modelos de limitación de la responsabilidad del heredero. El litisconsorcio podrá resultar de que concurren una pluralidad de interesados, por ser herederos, en la comunidad hereditaria. Como cualquier comunidad. No de que los mismos respondan de manera mancomunada o solidaria. Algo que no tiene, se repite, un particular sentido y menos cuando el acreedor es un heredero: el patrimonio hereditario mantiene su unidad frente al acreedor de la misma manera que la tenía en vida del causante, sin que se produzca una real confusión con el patrimonio de los herede-

ros, aunque los mismos sean titulares de su propio patrimonio y del heredado.

SÉPTIMO.- Y que este régimen de responsabilidad es el que resulta del modelo de limitación de responsabilidad se constata en los arts. 369 a 372 CDFA. El primero contiene una regla procesal, que es la propia de cualquier comunidad, y conforme a la cual la comunidad hereditaria, que es una comunidad ordinaria sin otra especialidad que referenciarse las cuotas a la globalidad del patrimonio, de suerte que cuando exista una responsabilidad económica imputable a esa comunidad la acción judicial debe plantarse contra «todos los herederos». Es lo que previene el art. 369 CDFA para los supuestos en los que está pendiente la partición. Por tanto el recurso se ha de acoger por cuanto la pendencia de la partición no obsta a la exigencia del crédito, aunque quien reclame sea un heredero acreedor y, por tanto, integrante de esa comunidad hereditaria.

El art. 371 CDFA, que no es el aplicable al caso, impone una responsabilidad fraccionada: «hasta el límite de su responsabilidad», expresión que hay que entender en el sentido de que debe corresponderse a su participación, como desvelará el art. 371.2 CDFA que para el concreto supuesto, que sería el caso si hubiera partición, del heredero acreedor, debe deducir su parte proporcional como tal heredero.

OCTAVO.- Mas para la situación previa a la partición, que es la que aquí interesa, como quiera que no se ha dividido el patrimonio entre los herederos, la acción lo debería ser contra el patrimonio considerado unitariamente, de suerte que como del caudal ya se habrá deducido lo necesario para atender al crédito de terceros, también del heredero acreedor cuya alteridad se mantiene, no existe el peligro de que ningún heredero resulte perjudicado. Que si acaece en el supuesto de reclamación ex-post la partición, lo que se previe-

ne por el legislador ordenando deducir la parte del heredero acreedor, que aunque se diga «como tal heredero», es en realidad «como tal acreedor», pues se deduce del crédito. Y como resultará de la previsión del art. 372 CDFA que concede una acción de regreso contra los demás coherederos, para que cada uno responda por su cuota.

NOVENO.- El problema es que, estando pendiente la partición, la forma en la que ha concretado su tutela el heredero acreedor complica la solución de las cosas, pues lo plantea con un régimen propio de la comunidad dividida. Es decir que el principio dispositivo que regula el proceso civil y la materia, que es disponible, debe prevalecer sobre lo que resultaría del régimen jurídico antes descrito, de suerte que hay que ajustar este último a los términos de lo postulado en el suplico, petición en la que, en definitiva, se ha roto el principio de unidad del patrimonio hereditario al fraccionar el crédito.

Encajando la reclamación según el sentido material de las normas, en el sentido antes indicado, cada heredero soportará la reclamación por el tercio pero sólo, también, sobre la cuota de cada uno de los hermanos en la comunidad.

DÉCIMO.- Porque en cuanto a la cuestión de fondo, las ayudas mediante préstamos continuados a sus padres, se representa de una manera ciertamente coherente, amparada en un bloque documental que desvela la correspondencia temporal entre las ayudas y las necesidades de sus padres, constando de puño y letra de la causante una cuantificación de lo adeudado a su hija, nota manuscrita al que la falta de firma no le priva de valor alguno, pues claramente no se confecciona para que sirva de prueba frente a terceros sino como un recordatorio interno para la propia causante de la cuantificación al momento de confeccionar la nota de lo adeudado.

UNDÉCIMO.- Atendiendo a las circunstancias del caso, el previo proceso judicial, la firma en la que se ha planteado la tutela por la demandante, se ha terminado generando una confusa situación que hace pertinente aplicar la excepción del criterio del vencimiento en la imposición de las costas instaurada en el art. 394 LEC.

VISTAS las disposiciones legales de general y pertinente aplicación,

FALLO

Primero: Se estima el recurso de apelación interpuesto por... contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 21 de Zaragoza y recaída en el juicio declarativo ordinario nº 147/2014, la que se deja sin valor ni efecto jurídico alguno.

Segundo: Se estima la demanda interpuesta por la recurrente contra..., a los que se condena a responder con cargo a su participación en la comunidad hereditaria de sus padres y causantes de la cantidad, cada uno de ellos, de 37.228,49 euros. Sin hacerse una especial imposición de las costas causadas en ninguna de las dos instancias.

Con devolución del depósito constituido para recurrir.

Contra la presente sentencia cabe interponer recursos de casación y extraordinario por infracción procesal ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, que se deberán interponer, en su caso, por escrito ante este Tribunal en el plazo de veinte días desde la notificación de la presente sentencia.

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

PUBLICACIÓN

Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, estando ce-

lebrando Sesión Pública la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de esta Ciudad.

NÚM. 74

A. APZ (Secc. 4ª) de 17 de noviembre de 2015

76: SUCESIÓN LEGAL: SUCESIÓN A FAVOR DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA: Repudiación: momento: *La Comunidad Autónoma está facultada para repudiar –igual que los anteriormente llamados– la herencia que le es deferida abintestato, si bien debe verificarse la repudiación tras el dictado del auto por el que se le declara heredera a esta Administración –en nuestro caso, el auto dictado por el Juzgado objeto de recurso– en la forma que establece el artículo 7 del Decreto 185/2014 de la Comunidad Autónoma de Aragón.*

DISPOSICIONES CITADAS: *Art. 535 CDFA y artículo 7 del Decreto 185/2014 de la Comunidad Autónoma de Aragón.*

PONENTE: *Ilmo. Sr. D. Rafael Mª Carnicero Giménez de Azcárate.*

Ante el JPI núm. 4 Zaragoza se siguen autos de declaración de herederos a favor de la CCAA. Por cuanto se la declara heredera del finado con base en el art. 535 CDFA. El letrado de la CCAA recurre el auto solicitando que se admita la repudiación de la herencia por carecer el causante de bienes. El recurso se desestima, afirmando el auto que la CCA sí puede repudiar la herencia pero sólo tras haber sido declarada heredera.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Letrado de la Comunidad Autónoma de Aragón formula apelación contra el auto dictado por el Juzgado que declara único y heredero universal

ab-intestato del causante don J. Alega la parte apelante que ya rechazó el cargo de administrador de dicho caudal hereditario porque era deficitario, y el Gobierno de Aragón no había promovido ni promovería la declaración de herederos ab-intestato. Refiere que no se ha dado audiencia al Gobierno de Aragón en este procedimiento, y solicita la revocación del auto.

SEGUNDO.- Existen opiniones doctrinales encontradas sobre la posibilidad del Estado o de la Comunidades autónomas, de repudiar la herencia intestada a la que son llamados.

Consideramos que no existe disposición alguna que obligue a la Comunidad Autónoma de Aragón a aceptar una herencia a la que pueda tener derecho en un caso de herencia deficitaria, como el supuesto examinado. Dos razones avalan nuestra tesis:

1) Consideraríamos una contradicción que los llamados a la sucesión intestada con carácter preferente pudieran repudiar la herencia –por ejemplo, los del art. 529.2–, y no pudiera repudiarla la Comunidad Autónoma.

2) El artículo 535 CDFA refiere: «Sucesión a favor de la Comunidad Autónoma. 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 DGA destinará los bienes heredados o el producto de su enajenación a establecimientos de asistencia social de la Comunidad, con preferencia a los radicados en el municipio aragonés en donde el causante hubiera tenido su último domicilio».

Pues bien, a pesar de que puede parecer imperativa la sucesión de la Comunidad Autónoma por la dicción literal del art. 535.1, razonamos que esta norma debe ponerse en relación con el número 2 de

dicho artículo. Es decir, en nuestro caso, el caudal hereditario no ofrece interés a la Comunidad, toda vez que se trata de un caudal hereditario deficitario compuesto por dos deudas hipotecarias. Por ello, según el artículo 535.2 CDF, la DGA no podría cumplir su cometido de destinar los bienes a asistencia social, que es el interés o razón de su sucesión.

Pero además, el artículo 7 del Decreto 185/2014 de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre regulación de las actuaciones administrativas en la sucesión legal a favor de la Comunidad Autónoma de Aragón, refiere que «1. Obtenido el testimonio de la resolución judicial firme por la que se declare heredera legal de un causante aragonés a la Comunidad Autónoma de Aragón, el Gobierno de Aragón, a propuesta del Consejero competente en materia de patrimonio y mediante Decreto, podrá aceptar la herencia, a beneficio de inventario. 2. Si en la masa hereditaria no figurasen bienes o no se localizaran, o el valor de éstos no superase los gastos de tramitación del expediente, o el valor de las deudas de la herencia, el Gobierno de Aragón mediante Decreto **podrá repudiar la herencia**, a propuesta del Consejero competente en materia de patrimonio, y previo informe de la Dirección General de Servicios Jurídicos».

TERCERO.- Por lo tanto, la repudiación de la herencia por la Comunidad deberá verificarse por Decreto, una vez firme la resolución judicial por la que se declare heredera legal a la Comunidad Autónoma.

Concluyendo, la Comunidad Autónoma está facultada para repudiar –igual que los anteriormente llamados– la herencia que le es deferida abintestato, si bien debe verificarse la repudiación tras el dictado del auto por el que se le declara heredera a esta Administración –en nuestro caso, el auto dictado por el Juzgado objeto de recurso– en la forma que establece el artícu-

lo 7 del Decreto 185/2014 de la Comunidad Autónoma de Aragón.

CUARTO.- No se hace especial pronunciamiento en cuanto a las costas de esta alzada, artículo 398 LEC.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

Que **desestimando el recurso de apelación** interpuesto por el Gobierno de Aragón, defendido por el Letrado de la Comunidad Autónoma de Aragón, contra el auto 276/2015 dictado por el Juzgado de Prime-

ra Instancia número 4 de Zaragoza el 27 de mayo de 2015 en la Declaración de Herederos 909/2014, **confirmamos la expresada resolución**, sin perjuicio de la facultad que ostenta la Comunidad Autónoma de conformidad con el artículo 7 del Decreto 185/2014 de la Comunidad Autónoma de Aragón. No se hace especial pronunciamiento en cuanto a las costas de esta alzada.

Contra esta resolución no cabe recurso.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. de la Sala.

DILIGENCIA.- Seguidamente se lleva certificación al Rollo de Sala. Doy fé.

E) RESOLUCIONES DE LOS JUZGADOS DE ARAGÓN (2015)

D) DECISIONS OF THE COURTS OF ARAGON

75

NÚM. 75

*S. JV Zaragoza nº 2
de 6 de febrero de 2015*

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: MEDIDAS JUDICIALES: *Modificación: El concepto «alteración sustancial», implica la concurrencia de hechos con las siguientes características: a) ha de tratarse de hechos nuevos, inexistentes al tiempo de aprobarse el convenio o dictarse resolución judicial ; b) aunque no es necesario que alcancen la categoría de insólitos, extraordinarios o imprevisibles, han de revestir suficiente entidad como para que, de mantenerse lo acordado, derive un grave perjuicio para alguno de los interesados, implicando un cambio trascendente, serio y real, que implique diferencia referida al periodo hasta la presentación de la demanda en que se articula la pretensión y que no sea transitorio o contingente; c) no puede tratarse de aquellas circunstancias que las partes tuvieron en cuenta o razonablemente pudieron contemplar para emitir su consentimiento -en caso de convenio- pues, si lo fueran, se trataría de una revisión de lo ya acordado y no del ajuste de la regulación preestablecida a una situación fáctica que*

deviene distinta; d) aunque no es preciso siempre que se trate de hechos ajenos a la voluntad del obligado, si de éste dependieran es necesario que se hallen desprovistos de mala fe o ánimo defraudatorio.

DISPOSICIONES CITADAS: *Art. 790 CDFA.*

PONENTE: *Ilma. Sra. Dña. María Gema Luengo González.*

Se solicita por la parte de demanda modificación de medidas definitivas a lo que el Juzgado accede por cumplirse los requisitos legales.

76

NÚM. 76

*S. JPI Zaragoza nº 17
de 3 de febrero de 2015*

683: USUFRUCTO VIDUAL: GASTOS Y MEJORAS: *Legitimación: Se alega que la regulación del usufructo aragonés, derecho de naturaleza familiar, ha producido una suerte de derogación de la normativa de propiedad horizontal que no es de las de*

competencia exclusiva del Estado según el artículo 149.1.8ª CE. Pero que no sea competencia exclusiva del Estado la llamada propiedad horizontal no provoca esa consecuencia ya que ni la CCAA aragonesa ha legislado sobre la materia, ni de la legislación aragonesa, arts. 283 y ss. CDFA, se puede concluir, que frente a la Comunidad de propietarios aparezca con legitimación única y excluyente el/la viudo/a aragonés/a. En definitiva, como se lee en la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2014, es evidente que en las relaciones entre la Comunidad de Propietarios y los propietarios individuales, los gastos de comunidad corresponden al propietario, y éste o éstos serán los legitimados pasivamente para soportar las acciones de la comunidad en reclamación de las correspondientes cantidades, sin perjuicio de las acciones de repetición que procedan.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 9 LHP, arts. 1137, 1138, 1276 Cc.; art. 283 y ss. CDFA.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. José Julián Nieto Avellaned.

Proceso sobre reclamación de cantidad ex art. 9 LPH de la Comunidad de propietarios frente a los vecinos de tres inmuebles cuyo usufructo corresponde la viuda usufructuaria y madre de los nudo-propietarios. Se discute, entre otras interesantes cuestiones, quién es el legitimado pasivamente para correr con los gastos ex art. 9 LPH. Los demandados afirma que la viuda, porque el CDFA desplaza a la LPH. el argumento es rechazado por el juzgado.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La Comunidad actora ejercita acción de reclamación de los gastos comunes que adeudan los nudo propietarios indivisos de los pisos 3º derecha,

3º izquierda y 4º izquierda correspondientes al período temporal que media entre los meses de octubre de 2011 a mayo de 2014 y cuyas deudas fueron liquidadas en Juntas de 15 de junio de 2013 (que fueron las que se reclamaron en la demanda monitoria y posterior demanda de juicio ordinario), y de 17 de mayo de 2014 (objeto de ampliación de demanda).

Los demandados sin negar la titularidad indivisa por terceras partes iguales de los indicados pisos, como ya hicieran en el antecedente proceso monitorio, se oponen a la demanda.

Uno, S, alegando la nulidad de pleno derecho de los acuerdos adoptados en las señaladas Juntas, así como en las otras tres celebradas en 17 de diciembre de 2011, 17 de diciembre de 2012 y 14 de diciembre de 2013 por ser simulados e inexistentes, aduciendo de forma subsidiaria que nunca fue convocado a ninguna Junta y nunca le fue notificado ningún acuerdo; y subsidiariamente, excluyendo de su deber de pago las mensualidades de octubre, noviembre y diciembre de 2011, pues los ingresos y gastos nunca fueron aprobados.

Los otros, ..., argumentando que carecen de legitimación pasiva para soportar la acción, que únicamente la tendría su madre, M, usufructuaria universal de todos los bienes que fueron objeto de la herencia de su esposo, y padre de los demandados, J, y cuya peculiar singularidad jurídica, fundada en el Derecho Civil Aragonés, se razona de forma extensa y exhaustiva, combinada con los principios de buena fe y equidad, debe prevalecer sobre la normativa de propiedad horizontal en que se funda la demanda.

SEGUNDO.- Una correcta sistemática y para mejor comprensión de este litigio exige, en primer término, relacionar, aunque sucintamente, ciertos hechos que resultan acreditados a través de las alegaciones de las

partes, documentos aportados y testificales oídas en el acto del juicio. Tales son:

1. El edificio de la calle C forma parte de un patrimonio unitario que, junto con otras casas sitas en la misma calle, y las calles Fernando el Católico, Baltasar Gracián y Plaza San Francisco de esta capital, pertenecía al matrimonio formado por...

2. Fallecidos los anteriores sus cuatro hijos, ..., en escritura de aceptación de herencia otorgada el día 19 de diciembre de 1985 (documento nº 5 de la demanda) acordaron la división de las casas por pisos y locales y constitución del régimen de propiedad horizontal, adjudicándose los diversos departamentos de cada una de las casas de forma tal que en cada uno de tales edificios cada rama familiar adquiriera el 25% aproximado de los coeficientes de participación sobre la comunidad. Permanecieron, sin embargo, indivisos, copropiedad de los cuatro hermanos, diversos locales sitos en los bajos de las casas.

3. Resultante de lo anterior, se adjudicó a J, entre otros, los pisos tercero derecha e izquierda y cuarto izquierdo de la casa sita en la calle C.

4. Convinieron entonces todos los hermanos la explotación conjunta de los bienes que integraban el caudal hereditario, con independencia de que los bienes fueron comunes o privativos de cada una de las ramas, con una única cuenta de explotación cuyo producto se repartiría por cuartas partes iguales.

5. En escritura de elevación a público de documento privado de partición de herencia de los bienes de J fechada en 29 de marzo de 2000, los tres hermanos demandados se adjudicaron por terceras partes indivisas, entre otros departamentos, la nuda propiedad de los pisos tercero derecha e izquierda, y cuarto izquierdo de la casa de la comunidad actora, quedando como usufructuaria de todos los bienes de

la herencia la viuda de aquél y madre de los demandados D^a M en razón de la aplicación del Derecho civil aragonés.

6. El pacto de explotación conjunta se mantuvo vigente hasta el día 27 de septiembre de 2011 en que la viuda-usufructuaria del mencionado J, por tener dudas en la gestión de la explotación señalada, decidió asumir la administración del patrimonio privativo de los B, percibiendo para sí las rentas de los pisos y departamentos.

7. En fecha 17 de diciembre de 2011 se celebra Junta de la comunidad de propietarios de la casa nº... en la que, con la asistencia de ..., se acordó aprobar el presupuesto de ingresos y gastos para tal comunidad para el ejercicio 2012.

8. En fecha 17 de diciembre de 2012 se celebró Junta de comunidad en la que, con la asistencia de S y su abogado, se liquidó el presupuesto de 2011, se privó de voto a los demandados por no estar al corriente de las obligaciones de pago, y se concedió a A un plazo para que procediera al pago. También se aprobó el presupuesto del ejercicio 2012-2013.

9. En Junta de 15 de junio de 2013, con la asistencia de los tres demandados (A representada por su hermano), se liquidó la deuda de tales tres pisos, en cuantía cada uno de 4.416,51 euros, y se acordó proceder judicialmente contra los propietarios.

10. En Junta de 14 de diciembre de 2013, con la asistencia de S, se liquidó el ejercicio económico anterior y se aprobó el presupuesto del ejercicio siguiente.

11. En Junta de 17 de mayo de 2014 se liquidó la deuda correspondiente al período de julio de 2013 a mayo de 2014, en cuantía cada piso de 2.105,05 euros, acordándose ampliar la reclamación de tales cantidades. A tal junta asistió S.

12. Ninguno de los acuerdos antes referidos han sido impugnados por los demandados.

TERCERO.- Establece el artículo 9.1.e) de la Ley de Propiedad horizontal la obligación de cada propietario de contribuir, con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, cargas y responsabilidades.

En el presente caso, en la medida de que existe el régimen previsto en el artículo 396 del Código civil y de propiedad horizontal, pues la casa se dividió por departamentos de propiedad singular y exclusiva, con atribución de coeficientes de participación sobre los elementos comunes, y como quiera que se han aprobado en juntas sucesivas los presupuestos de gastos e ingresos, se han liquidado económicamente los ejercicios y se han liquidado las deudas concretas de los pisos cuyos titulares no hacen frente al pago de tales gastos comunes, se darán todos los presupuestos necesarios para el éxito de la acción entablada.

Es verdad que durante muchos años la comunidad de propietarios no actuó jurídicamente en la forma ordinaria prevista en la Ley de Propiedad horizontal. Pero su concreta operativa, la integración de la casa litigiosa en una explotación conjunta a través de una comunidad de bienes con tintes de sociedad, vino justificada por el acuerdo unánime de todos los propietarios. Como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de septiembre de 2014, una de las características de la propiedad horizontal es la de estar regida por normas de Derecho necesario, pero ello no empuja a que contenga otras normas modificables por la voluntad de los particulares y con respecto a las cuales rige el principio de autonomía de la voluntad que se proclama en el artículo 1255 del Código civil (en

igual sentido, sentencias de 15 de octubre 2009 y 4 y 7 de marzo de 2013).

Luego, veinticinco años después, ante la ruptura del acuerdo de explotación conjunta por parte de la usufructuaria y administradora de los bienes de la herencia de J, la solución jurídica, única y elemental, era poner en marcha, reavivar o activar el régimen jurídico de propiedad horizontal que en su momento se había pactado.

CUARTO.- Alega aquí el demandado S que los acuerdos son pura simulación y no existen, promoviendo la nulidad de pleno derecho de los mismos.

La nulidad de pleno derecho por simulación absoluta puede ser esgrimida vía excepción y no es preciso articular acción reconvenzional como argumentó la parte actora en fase de conclusiones. Es incluso apreciable de oficio por el tribunal (así, por ejemplo, sentencias del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2012 o de 30 de junio de 2009).

Las doctrinas científica y jurisprudencial han expresado que las reglas generales relativas al contrato simulado se encuentran en el artículo 1276 del Código Civil al tratar de la causa falsa. La ciencia jurídica afirma mayoritariamente que la figura de la simulación está basada en la presencia de una causa falsa y que la simulación absoluta se produce cuando se crea la apariencia de un contrato, pero, en verdad, no se desea que nazca y tenga vida jurídica». La sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2012 dice que se trata de la apariencia de negocio jurídico; las partes, de común acuerdo, constituyen lo que no es más que uno aparente, que carece de causa. No existe negocio alguno; cae en la categoría de inexistencia; es un negocio que no existe, aunque parezca que sí lo hay.

En el caso enjuiciado, ni por asomo se da la simulación de que se habla ni existe causa ilícita de ninguna clase. No hay apa-

riencia jurídica alguna, sino pura realidad hasta el punto de que los demandados asistieron a las Juntas antes expresadas, y aunque no votaron los acuerdos, lo fue por su privación del derecho a voto derivada del impago de sus cuotas, y que, incluso, admitieron, según se lee en las Actas de las Juntas.

Existieron Juntas de comunidad, a ellas asistieron siempre uno u otro de los demandados que, recuérdese, son condóminos de cada uno de los pisos, se aprobaron planes de ingresos y gastos de una casa en la que existen servicios tales como portero, alumbrado, ascensores, mantenimiento, etc., se liquidaron los ejercicios, se liquidaron las deudas de los pisos, y nunca fueron cuestionadas tales decisiones por vía de impugnación de acuerdos, por lo que son vinculantes y ejecutivos (sentencias del Tribunal Supremo de 18 de junio y 19 de julio de 2011).

Los acuerdos existieron. Y era normal que existieran porque en la nueva organización de la administración de los bienes se distribuyeron los gastos y los ingresos por cada una de las casas, entre otras, la aquí litigiosa, que, obviamente, los tenía. Si la parte demandada estaba en desacuerdo en el presupuesto de gastos por estimar excesiva la partida de mantenimiento o conservación que tenía atribuida una empresa del grupo familiar, o por cualquier otra razón, debía acudir al mecanismo previsto en la Ley, la impugnación de los acuerdos prevista en el artículo 18 de la Ley de propiedad horizontal lo que nunca hicieron por lo que los acuerdos son, como se dijo más arriba, vinculantes y ejecutivos.

Lo mismo cabe decir de la reiterada queja y protesta de los demandados sobre la «falta» de pago de los restantes copropietarios. En primer lugar, debe decirse que los gastos existen y se pagan, y no precisamente por los demandados. En segun-

do término, debe concluirse que a los demandados les es completamente ajeno, y por tanto, es «res inter alios» para ellos, cómo pagan los demás copropietarios sus cuotas, si de su propio peculio, o si procedente de los ingresos derivados de la gestión de los bienes de las otras ramas familiares (), e, incluso, de bienes que también fueran copropiedad de los B, porque, entonces, la problemática jurídica se situaría en un ámbito «extramuros» de este proceso, cual es la correcta administración o no del patrimonio común y posible rendición de cuentas que, por cierto, ya es objeto de litigio en el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Reus, y cuyos escritos de alegaciones están unidos al ramo de prueba de los codemandados .

No es relevante, por tanto, y por ello no se estima necesaria esta prueba que se interesó como diligencia final (como tampoco el interrogatorio de A, a la sazón presidente de la comunidad actora, que poco más luz puede arrojar al litigio, y dentro de los limitados contornos que marca la reclamación actora), la existencia o no de cuentas bancarias en las que se hagan los ingresos, o que se libren o no recibos a los demás copropietarios o se efectúen derramas, hechos que estarían aquí justificados por la peculiar situación jurídica de la propiedad. Lo importante es que los gastos presupuestados y producidos han sido atendidos en la forma prevista en la Ley de propiedad horizontal, existe constancia contable de los mismos (vid ramo de prueba del demandado Santiago Barbany) y, además, los acuerdos que los sustentaron nunca fueron impugnados judicialmente por nadie. Dicho de otro modo, no puede aceptarse, porque lo rebasa de forma patente, que el objeto de este litigio esté constituido por la gestión del patrimonio común procedente de la herencia de Don A y su esposa Dª F.

QUINTO.- En lo que concierne a la escueta alegación formulada de forma subsidiaria de que el demandado S nunca fue convocado a Junta o se le ha notificado acuerdo alguno, con independencia de que asistió a la mayor parte de las mismas, y que en los documentos 2 y siguientes del proceso monitorio antecedente figuran las oportunas convocatorias y notificaciones, lo cierto es que tal hecho y su consecuencia jurídica debió hacerse valer a través de la vía de la acción impugnatoria que aquí no se ha dado.

Lo mismo cabe decir respecto de la alegación sub-subsidiaria relativa a la falta de soporte jurídico para reclamar por los meses de octubre a diciembre de 2011 porque en la Junta de 17 de diciembre de 2011 se refería al presupuesto del ejercicio «2012». Y ello porque, no sólo se comprueba en los documentos nº 3 y 4 que se trataba del presupuesto «2011-2012», y que en los posteriores ejercicios se hace referencia a dos años (2012-2013, 2013-2014, etc.), o que el testigo administrador A señaló que los ejercicios económicos eran de septiembre a septiembre, o que, el inicio del mismo en octubre era lógico a la vista de que la ruptura del acuerdo de gestión conjunta se produce el día 27 de septiembre de 2011 (página 30 de la demanda rectora del proceso de rendición de cuentas que se sigue en Reus), sino, lo que es trascendental, los acuerdos de liquidación económica de los ejercicios y de liquidación de la deuda de los demandados en la cuantía y por los períodos que ahora se reclama, nunca fueron impugnados por lo que, lógicamente, han devenido firmes, vinculantes y ejecutables.

SEXTO.- Se analiza ahora la excepción de falta de legitimación pasiva que esgrimen los demandados. El fundamento de tal alegato es que, aun reconociendo su cualidad de nudo propietarios indivisos, la legitimación es de la usufructuaria M.

La legitimación no es otra cosa que la atribución de la obligación y del derecho deducidos en el juicio, la titularidad de la relación jurídica u objeto litigioso, conforme establece el artículo 9 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esta legitimación, que constituye una condición de la existencia misma del derecho, viene referida en el marco de la propiedad horizontal, a quienes en un determinado momento tengan la titularidad dominical o propiedad del piso o local. Lo anterior se desprende de la regulación establecida en la repetida Ley de Propiedad Horizontal (artículos 9.1.e «cada propietario»- y 21 «...las obligaciones a que se refieren los apartados e y f del artículo 9 deben cumplirse por el propietario de la vivienda o local...»), que tan sólo se refiere en una ocasión al usufructuario de piso o local, para resaltar la consideración del propietario como miembro nato de la Junta de Propietarios, reconociéndole el derecho de asistencia y de voto, relegando al usufructuario a la condición de representante del nudo propietario, si quiera esta representación se entenderá conferida, salvo manifestación en contrario, debiendo ser expresa la delegación cuando se trate de los acuerdos a que se refiere la regla primera del artículo 17 o de obras extraordinarias y de mejora (artículo 14). Es pues indudable que la Ley de propiedad horizontal confiere legitimación pasiva, única y exclusivamente, al propietario.

Se alega aquí que la especialísima regulación del usufructo aragonés, derecho de naturaleza familiar, ha producido una suerte de derogación de la normativa de propiedad horizontal que no es de las de competencia exclusiva del Estado según el artículo 149.1.9 de la Constitución en interpretación «a contrario sensu».

Pero que no sea competencia exclusiva del Estado la llamada propiedad horizontal (los artículos 553 y siguientes del Código ci-

vil de Cataluña contienen una regulación específica sobre esta propiedad especial) no significa que se haya producido esa suerte de derogación ya que ni la Comunidad autónoma aragonesa ha legislado sobre la materia, ni de la legislación aragonesa, artículos 283 y siguientes del Código de Derecho Foral de Aragón, se puede concluir, pese al enorme esfuerzo argumental que desarrolla la dirección jurídica de los demandados Antonio y Angeles Barbany, que frente a la Comunidad de propietarios aparezca con legitimación única y excluyente el/la viudo/a aragonés/a. Hay una regulación específica, cual acaece con el Código civil, sobre el régimen jurídico de gastos ordinarios, reparaciones extraordinarias e inversiones sobre la cosa usufructuada, pero no más. Y que la extensión del usufructo sea universal, o su origen matrimonial y familiar, o cualesquiera otras peculiaridades no altera lo anterior.

No se le escapa a nadie, incluso a la parte actora que en ciertas ocasiones llegó a dar plazo para el pago de la deuda a la usufructuaria (Junta de 17 de diciembre de 2012, documento nº 2 de la demanda), y ha promovido la notificación de la demanda monitoria y de este juicio ordinario a tal persona para que, si a su derecho convenía (y no le convino) se personara como demandada, que la equidad y la justicia material, avalan la tesis que se sostiene, esto es, que quien percibe los frutos o rentas del arriendo de los pisos pague los gastos ordinarios de los mismos (con posibilidad, incluso, de que se perciba específicamente, vía contrato de arrendamiento, el gasto de comunidad imputado a casa piso). Es algo de puro sentido común y la ley también lo prevé en todos los preceptos que la parte demandada cita de forma pormenorizada y exhaustiva, mas la legitimación es conferida por la ley aplicable al propietario, sin perjuicio, obvio es, de las oportunas repeticiones frente al usufructuario cosa por otro lado lógica si se considera la afección legal del piso (artículo 9.1.e, segundo párrafo), y las dificultades

que las comunidades de propietarios podrían encontrar para percibir las cuotas de mantenimiento y conservación de los elementos comunes si hubieran de cobrar a los poseedores de los diversos departamentos tales como arrendatarios, precaristas, usuarios, usufructuarios, comodatarios, etc.

Dice el artículo 3.2 del Código civil que la resolución por el criterio de equidad sólo cabe efectuarlo cuando la ley expresamente lo prevé, lo que, como se ha razonado hasta aquí, no es el caso.

En definitiva, como se lee en la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2014, es evidente que en las relaciones entre la Comunidad de Propietarios y los propietarios individuales, los gastos de comunidad corresponden al propietario, y éste o éstos serán los legitimados pasivamente para soportar las acciones de la comunidad en reclamación de las correspondientes cantidades, sin perjuicio de las acciones de repetición que procedan.

SEPTIMO.- Se argumenta, por último, que la responsabilidad de los demandados no sería solidaria, ya que el principio general es de mancomunidad de las deudas (artículos 1137 y 1138 del Código civil).

Sin embargo, no se comparte el alegato. En primer lugar, porque existe unidad del fin de la prestación exigida (pago de la cuota) y en la propia unidad no susceptible de división que es el piso o local (artículos 8 y 15 de la Ley), y que constituye el fundamento de la solidaridad.

Y en segundo lugar, porque la jurisprudencia ha venido consolidando, con carácter general, la responsabilidad solidaria que incumbe a los distintos copartícipes de un mismo piso o local. Son numerosas las sentencias que llegan a declarar que el art. 1137 del Código civil ha merecido una interpretación «semicorrectora», y aun «correctora» (sentencia de 26 de enero de 1994), afirmando el Tribunal Supremo

que la solidaridad se admite «cuando la voluntad de las partes, la naturaleza del contrato o el interés jurídico protegido así lo reclame» (sentencia de 17 de diciembre de 1990) y, de modo especial, se lee en la sentencia de 25 de febrero de 2014, «cuando se trata de facilitar la garantía del perjudicado al existir una interna conexión entre las obligaciones de los distintos deudores».

Esta doctrina viene siendo aplicada en la jurisprudencia menor para proclamar el carácter solidario que, en relación a los distintos copropietarios de una vivienda o local en régimen de propiedad horizontal, tiene la obligación de contribuir a los gastos comunitarios.

Como dice la Audiencia Provincial de Vizcaya en sentencia de 29 de septiembre de 2004 «... debemos ponderar si el interés jurídico protegido (que es el cumplimiento del crédito que asiste a la comunidad de propietarios) reclama que la responsabilidad de los copartícipes de un mismo piso o local, por deudas comunitarias, sea solidaria o no. Nuestra respuesta debe ser afirmativa, fundada no sólo en razones de comodidad para el acreedor, o de evitación de dificultades engorrosas a la hora de cobrar a los diversos copropietarios de un mismo piso, o de seguridad del crédito, razones que bastarían para justificar el alcance solidario de la deuda; sino que la razón esencial de nuestro juicio es la unidad e indivisibilidad del piso cuya propiedad origina la deuda. Esa unidad impone un tratamiento también unitario de los derechos y obligaciones de los copropietarios, quienes frente a la comunidad no pueden comportarse como sujetos aislados...».

En análogo puede citarse, entre otras muchas, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (9ª) de 10 de noviembre de 2005 cuando, ante un supuesto en que el piso objeto del procedimiento

pertenece proindiviso a las demandadas, señala que, por ello, «la obligación de contribuir a los gastos comunes es solidaria, tal y como afirma la Audiencia Provincial de Madrid en sentencia de 21-11-2000: la obligación legal (art. 9,5 LPH) de contribuir, con arreglo a la cuota de participación fijada en el título, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, servicios, tributos, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización, se ha configurado por la jurisprudencia como solidaria, ya que ésta, en términos de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 julio 1990, presupone una identidad de la causa común obligacional, es decir, la unidad de la prestación hace a la misma indivisible, sin posibilidad de fraccionar el crédito o la deuda, de forma que se debe la totalidad o se es acreedor del todo ...».

OCTAVO.- El corolario de todo lo anterior es que la demanda debe ser íntegramente estimada, con imposición de costas a los demandados conforme se deriva del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Estimo la demanda y su ampliación interpuesta por la Comunidad de Propietarios de la casa de esta capital frente a y condeno a los demandados a que solidariamente paguen a la actora la cantidad de DIECINUEVE MIL QUINIENTOS SESENTA Y CUATRO EUROS Y CINCUENTA Y TRES CENTIMOS (19.564,68 euros), más el interés legal de dicha suma desde las respectivas interpelaciones judiciales y por las respectivas cantidades, y con imposición de costas a los demandados.

Notifíquese la presente resolución a las partes previniéndoles que contra la misma

cabe interponer en este Juzgado recurso de apelación en el plazo de veinte días previa constitución de depósito de 50 euros, en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado en Banesto, indicando nº de procedimiento, así como el código RECURSO 02, tipo de recurso y fecha de la resolución recurrida.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando

PUBLICACIÓN

Leída y publicada ha sido la anterior resolución por el Juez que la suscribe estando celebrando audiencia en el día de la fecha.

F) ÍNDICES DE JURISPRUDENCIA*

F) JURISPRUDENCE CONTENT

1. Índice de las resoluciones publicadas en este número

1. Content of the decisions published in this number

PARTES DEL ÍNDICE

Cada una de las referencias del índice de jurisprudencia consta de varias partes o elementos: 1. La clasificación por materias, que incluye cada referencia jurisprudencial en alguna de las divisiones del «índice de claves» y, dentro de ella, en alguno de sus conceptos y, si los hay, subconceptos; 2. Los datos para identificar la resolución judicial; 3. El sumario con información del contenido de la resolución; 4. Los datos para localizar la resolución en el volumen de la Revista donde se halla publicada: en negrita se facilita el número marginal de la resolución y seguidamente los datos del volumen que la publica.

EXPLICACIÓN PREVIA: EL «ÍNDICE DE CLAVES» (TABLA DE MATERIAS)

El lector habrá observado que tanto en el Repertorio de bibliografía como en la presentación de cada una de las resoluciones judiciales, así como en el índice de jurisprudencia, se emplea el mismo sistema de clasificación «numérico-conceptual» que denominamos «índice de claves». Se trata de una clasificación de las materias del Derecho civil aragonés vigente completada con los apartados necesarios para ordenar también la variada bibliografía relativa a los antecedentes, las fuentes e instituciones históricas, los temas comunes a todos los Derechos forales, las obras generales, las auxiliares, etc.

* El índice acumulado de Jurisprudencia desde 1995-2015, se publicó en la RDCA-2014-XX.

La tabla de materias así construida para poder clasificar la bibliografía y la jurisprudencia, adaptada en 2003 a la de la Biblioteca Virtual de Derecho Aragonés, es la siguiente:

- I. FUENTES: EDICIONES HISTÓRICAS
- II. FUENTES: EDICIONES CONTEMPORÁNEAS
- III. CLÁSICOS (SIGLOS XVI-XVIII)
- IV. OBRAS GENERALES, DE JURISPRUDENCIA, MANUALES, PANORÁMICAS Y REVISTAS (SIGLOS XIX-XXI)
 1. COMENTARIOS, ESTUDIOS, HOMENAJES, ENCICLOPEDIAS Y OTRAS OBRAS COLECTIVAS
 2. REPERTORIOS DE JURISPRUDENCIA
 3. MANUALES Y OBRAS GENERALES DE DERECHO ARAGONÉS
 4. MANUALES Y OBRAS GENERALES DE DERECHO FORAL
 5. PANORÁMICAS
 6. REVISTAS
- V. MONOGRAFÍAS Y ARTÍCULOS (SIGLOS XIX-XXI)
 1. TEMAS COMUNES A TODOS LOS DERECHOS FORALES
 - 1.1. HISTORIA HASTA LA NUEVA PLANTA. LA CODIFICACIÓN Y LOS DERECHOS FORALES
 - 1.2. DEL CÓDIGO CIVIL A LAS COMPILACIONES FORALES
 - 1.3. LA CODIFICACIÓN DE LOS DERECHOS FORALES. LA MODIFICACIÓN DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL CC.
 - 1.4. LOS DERECHOS FORALES EN LA CONSTITUCIÓN Y LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA
 - 1.5. LA CASACIÓN FORAL
 - 1.6. PROBLEMAS DE DERECHO INTERREGIONAL. LA VECINDAD CIVIL
 2. ESTUDIOS DE FUENTES E HISTORIA DEL DERECHO E INSTITUCIONES DEL REINO DE ARAGÓN
 - 2.1. HISTORIA DEL DERECHO ARAGONÉS HASTA 1707, EN GENERAL
 - 2.2. LOS ORÍGENES Y PRECEDENTES DE LOS «FUEROS DE ARAGÓN», CARTAS DE POBLACIÓN, FUEROS LOCALES, «FUEROS DE SOBRARBE»
 - 2.3. LA COMPILACIÓN DE HUESCA Y EL VIDAL MAYOR
 - 2.4. LOS FUEROS Y OBSERVANCIAS Y SU ÉPOCA. PROCESOS FORALES
 - 2.5. FUEROS DE LA EXTREMADURA ARAGONESA; HISTORIA DE LAS COMUNIDADES DE TERUEL, ALBARRACÍN, DAROCA, CALATAYUD

- 2.6. ESTATUTOS, ORDINACIONES Y DERECHO MUNICIPAL
- 2.7. ESTUDIOS DE HISTORIA DE LAS INSTITUCIONES (PÚBLICAS Y PRIVADAS)
- 3. ARAGÓN: DESDE LOS DECRETOS DE NUEVA PLANTA AL APÉNDICE DE 1925
 - 3.1. DECRETOS DE NUEVA PLANTA, CODIFICACIÓN, CÓDIGO CIVIL
 - 3.2. EL CONGRESO DE JURISCONSULTOS ARAGONESES
 - 3.3. EL APÉNDICE Y LOS ANTEPROYECTOS
- 4. LA COMPILACIÓN: ANTECEDENTES Y REFORMAS. OTRAS LEYES CIVILES ARAGONESAS
 - 4.1. LA COMPILACIÓN Y SUS ANTECEDENTES
 - 4.2. TEXTOS LEGALES: LA COMPILACIÓN (CON SUS REFORMAS) Y OTRAS LEYES CIVILES
 - 4.3. AUTONOMÍA: CONSERVACIÓN, MODIFICACIÓN Y DESARROLLO DEL DERECHO CIVIL
- 5. PARTE GENERAL DEL DERECHO
 - 5.1. FUENTES DEL DERECHO. COSTUMBRE. *STANDUM EST CHARTAE*
 - 5.2. LA JURISPRUDENCIA. LA CASACIÓN FORAL
 - 5.3. OTRAS MATERIAS
- 6. PERSONA Y FAMILIA
 - 6.1. EN GENERAL
 - 6.2. EDAD
 - 6.3. AUSENCIA
 - 6.4. RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES
 - 6.5. RELACIONES PARENTALES Y TUTELARES. ADOPCIÓN, GUARDA, ACOGIMIENTO. PROTECCIÓN DE MENORES
 - 6.6. RÉGIMEN ECONÓMICO CONYUGAL
 - 6.6.1. EN GENERAL
 - 6.6.2. RÉGIMEN MATRIMONIAL PACCIONADO
 - 6.6.3. CONSORCIO CONYUGAL
 - 6.6.3.1. ACTIVO
 - 6.6.3.2. PASIVO
 - 6.6.3.3. GESTIÓN
 - 6.6.3.4. DISOLUCIÓN. LA COMUNIDAD POSCONSORCIAL

- 6.6.3.5. LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN
- 6.7. COMUNIDAD CONYUGAL CONTINUADA
- 6.8. VIUDEDAD
 - 6.8.1. DISPOSICIONES GENERALES
 - 6.8.2. DERECHO EXPECTANTE DE VIUDEDAD
 - 6.8.3. USUFRUCTO VIDUAL
- 6.9. PAREJAS ESTABLES NO CASADAS
- 7. SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE
 - 7.1. DE LAS SUCESIONES EN GENERAL Y NORMAS COMUNES A LAS SUCESIONES VOLUNTARIAS
 - 7.1.1. DISPOSICIONES GENERALES
 - 7.1.2. CAPACIDAD E INDIGNIDAD PARA SUCEDER
 - 7.1.3. SUSTITUCIÓN LEGAL
 - 7.1.4. ACEPTACIÓN Y REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA
 - 7.1.5. RESPONSABILIDAD DEL HEREDERO
 - 7.1.6. COLACIÓN Y PARTICIÓN
 - 7.1.7. CONSORCIO FORAL
 - 7.1.8. NORMAS COMUNES A LAS SUCESIONES VOLUNTARIAS
 - 7.2. SUCESIÓN TESTAMENTARIA
 - 7.2.1. DISPOSICIONES GENERALES
 - 7.2.2. TESTAMENTO MANCOMUNADO
 - 7.2.3. INVALIDEZ E INEFICACIA DE LOS TESTAMENTOS
 - 7.3. SUCESIÓN PACCIONADA
 - 7.4. FIDUCIA SUCESORIA
 - 7.5. LEGÍTIMA
 - 7.6. SUCESIÓN LEGAL
- 8. DERECHO DE BIENES
 - 8.1. DERECHO DE BIENES EN GENERAL
 - 8.2. RELACIONES DE VECINDAD
 - 8.3. LUCES Y VISTAS
 - 8.4. SERVIDUMBRES
- 9. DERECHO DE OBLIGACIONES
 - 9.1. DERECHO DE OBLIGACIONES EN GENERAL
 - 9.2. DERECHO DE ABOLORIO O DE LA SACA

9.3. CONTRATOS SOBRE GANADERÍA

10. DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS

VI. OBRAS AUXILIARES

1. BIBLIOGRAFÍA, RECENSIONES Y RESEÑAS. METODOLOGÍA DOCENTE E INVESTIGADORA
2. JURISTAS Y ESCRITORES ARAGONESES, ACADEMIAS O ESCUELAS JURÍDICAS, CONSEJOS DE ESTUDIOS, COLEGIOS PROFESIONALES, JORNADAS, NOTICIAS
3. HISTORIA GENERAL DE ARAGÓN
4. EDICIONES DE FORMULARIOS Y DOCUMENTOS DE APLICACIÓN DEL DERECHO. OTRAS

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS

CASACIÓN FORAL

• ALEGACIÓN DE DERECHO NO APLICABLE

S. TSJA 18/2015, 29 de junio de 2015

Se reitera lo dicho en la STSJA 30/2014, de 26/9. Esta Sala ha asumido la competencia en el trámite de admisión del recurso de casación por fundarse éste en infracción de normas propias del Derecho aragonés (arts. 73.1.a LOPJ, 478.1.2 Lec., 1 Ley 4/2005, de 14 de julio, sobre la casación foral aragonesa), al ser éstas las alegadas por el recurrente, que ha asumido la responsabilidad de la posible incoherencia entre las normas alegadas (art. 83.4 y 5 CDFA) y el derecho aplicable, cuya apreciación corresponde a esta Sala en la presente sentencia. El art. 83 CDFA no resulta de aplicación al presente caso, por no existir hijos a cargo, debiendo ser aplicados los arts. 97, 100 y 101 Cc. Al no resultar de aplicación el Derecho civil aragonés, sino el Cc., debe desestimarse el motivo de casación, puesto que ninguna infracción de un precepto de Derecho civil aragonés se ha producido. No obstante, indica la Sala que la solicitud de extinción o reducción de la asignación compensatoria por infracción del art. 83.4 y 5 CDFA estaba abocada al fracaso.

20 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• CAUSAS DE INADMISIÓN

A. TSJA, 8 de mayo de 2015

La Sala acuerda no admitir el recurso de casación ni el de infracción procesal porque, conforme al Acuerdo no Jurisdiccional del TS de 30 de diciembre de 2011, concurren las siguientes causas de inadmisibilidad: a) Para el recurso de casación: «La acumulación de infracciones, la cita de preceptos genéricos o la cita de preceptos heterogéneos en un mismo motivo que generen la existencia de ambigüedad o indefinición sobre la infracción alegada (art. 481.1 Lec.)». La heterogeneidad de preceptos que se denuncian como infringidos in-

cumple la técnica casacional que exige claridad en los motivos del recurso (ATS 17/7/2007 (recurso 2254/2003). b) En cuanto al motivo de infracción procesal: «La errónea valoración de la prueba no puede ser planteada en este recurso, salvo, cuando, al amparo del art. 469.1.4 Lec., se demuestre que la valoración probatoria efectuada en la sentencia recurrida es arbitraria, ilógica o absurda, en forma suficiente para estimar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, o inválida por vulnerar un derecho fundamental». Además es de aplicación la DF 16 de la Lec, punto 1, regla 5ª.

14 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• FALTA DE TÉCNICA CASACIONAL

A. TSJA, 15 de febrero de 2016

La Sala se considera competente para conocer del recurso de casación interpuesto ya que puede entenderse que se refiere a la vulneración de Derecho civil aragonés (art. 478.1.2º Lec.), pero la Sala acuerda su inadmisión a trámite. El recurso de casación tiene naturaleza de recurso extraordinario, tendente a revisar si la sentencia dictada en segunda instancia por una Audiencia Provincial ha infringido el ordenamiento jurídico aplicable al caso. El recurso ha de fundarse en la infracción de norma sustantiva. En el caso de autos no se menciona norma alguna como motivo del recurso de casación. El recurso incurre así en la causa de inadmisión prevista en el art. 483.2.2º Lec., en relación con los arts. 481.1 y 477.1, es decir, de interposición defectuosa por falta de técnica casacional.

44 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• NO CABE CONTRA SENTENCIAS DE AUDIENCIA EN SU CONFIGURACIÓN UNIPERSONAL

A. TSJA, 14 de octubre de 2015

El TS ha resuelto de modo reiterado, con ocasión de la admisión o inadmisión a trámite de los recursos de casación contra sentencias recaídas en recursos de apelación dictadas por las Audiencias Provinciales en su configuración unipersonal, en procedimientos de juicio verbal

por razón de la cuantía (art. 82.2.1º.II LOPJ), que las mismas no son susceptibles de recurso de casación por no haber sido dictadas por tribunal colegiado (arts. 477.2 y 483.2.1º Lec.). Se reproduce el ATS 18/2/2015 (rec. 603/2014). Criterio del TS que ha sido refrendado por el TC en el Auto 300/2014, de 15 diciembre (rec. amparo 2875/2014). Entiende la Sala que esta jurisprudencia del TS sobre el art. 477 Lec., en relación con el art. 2.1 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, es vinculante, como se razonó en el ATSSJA de 16/4/2010 que declaró la inadmisión del recurso de casación contra sentencia recaída en procedimiento de formación de inventario del art. 809 Lec. para la liquidación del régimen económico matrimonial.

27 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• **REQUISITOS PARA LA ADMISIÓN DEL RECURSO**

A. TSJA, 29 de mayo de 2015

Conforme al art. 483.2.2 Lec., procederá la inadmisión del recurso si el escrito de interposición no cumplierse los requisitos establecidos, para los distintos casos, en la ley, y el art. 481 Lec. exige que dicho escrito exprese con la necesaria extensión sus fundamentos. De acuerdo con tal precepto, el escrito de interposición del recurso de casación debe contener una exposición amplia y clara de la argumentación en que se sostenga la infracción que se afirma cometida. Así lo señala el acuerdo de la Sala Primera del TS de 30 de diciembre de 2011, y la jurisprudencia que lo precede y aplica. Asimismo, se ha excluido de la vía casacional la alegada infracción de preceptos genéricos sin la necesaria concreción, y el acarreo de argumentos heterogéneos en un mismo motivo. Todo ello es predicable del presente recurso de casación.

19 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

• **LEGISLACIÓN APLICABLE AL CASO**

S. TSJA 27/2015, 6 de octubre de 2015

Se trata de un matrimonio contraído en Ecuador (Quito) por nacionales de dicha República que tuvieron también allí descendencia común, todos ellos con residencia habitual en España en la actualidad. Así las cosas, el art. 8.a del Reglamento (UE) 1259/2010, del Consejo, que derogó de facto las reglas que se mantuvieron en el art. 107 Cc. hasta la Ley 15/2015, señala como ley aplicable al divorcio la española por la residencia común de los esposos; ley que es asimismo la aplicable a las cuestiones sobre responsabilidad parental en virtud del art. 5.1 del Convenio de La Haya de 19/10/1996, y a los alimentos, por así resultar del art. 3.1 del Protocolo de La Haya de 23/11/2007, en ambos casos por razón de la residencia del menor. Entre las leyes españolas, la aplicable es la aragonesa por ser Aragón el territorio de residencia de todos los afectados, pues la falta de vecindad civil conduce al punto de conexión de la residencia (arts. 47 y 48 Convenio de La Haya 1996, 16 del Protocolo de 2007 y 15 del Reglamento de 2010).

29 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• **PACTOS DE PRESENTE: APARTACIÓN.**

*S. TS (Sala de lo contencioso, secc. 2ª)
9 de febrero de 2016*

El art. 33.3.b) LIRPF, no considera ganancias o pérdidas patrimoniales las transmisiones patrimoniales por causa de muerte, cuyo contenido ha de determinarse acudiendo al Derecho civil. Debiéndose resaltar que estamos ante un concepto jurídico de significación unívoca, lo que no cabe es otorgarle distinto significado según estemos ante el impuesto sobre sucesiones o en el de la renta, que es lo que pretende la Administración. Dentro del concepto jurídico de transmisiones patrimoniales por causa de muerte, se comprende, sin duda, los pactos sucesorios, lo que el propio legislador estatal acoge abiertamente, como se ha visto, en el expresado art. 24 del Impuesto sobre Sucesiones, esto es, son adquisiciones patrimoniales lucrativas consecuencia de un negocio jurídico por causa de la muerte de la persona; sin que su naturaleza jurídica sufra porque el efecto patrimonial se

anticipe a la muerte del causante, que constituye, como no puede ser de otra forma en los negocios mortis causa, la causa del negocio. La apartación, como pacto sucesorio, es una transmisión lucrativa por causa de muerte del contribuyente, comprendida dentro del art. 33.3.b) de la LIRPF.

1 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

LEY DE COOPERATIVAS

• REEMBOLSO DE PARTICIPACIONES AL COOPERATIVISTA QUE CAUSA BAJA

S. TSJA 2/2015, 15 de enero de 2015

Dicho reembolso debe valorarse por referencia exclusiva al ejercicio económico en que se da de baja (art. 53 Ley 9/1998, de Cooperativas de Aragón). El cooperativista tiene derecho al reintegro de sus previas aportaciones al capital social, actualizadas en su caso, pero no a parte alícuota del patrimonio social, ya que no estamos ante una sociedad de capital sino ante una entidad cooperativa, de naturaleza, regulación y fines muy distintos a las sociedades con ánimo de lucro (STS 48/2014, de 6/2).

3 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

TUTELA

• NULIDAD DE LOS ACTOS DEL TUTOR

S. APT, 29 de abril de 2015

Aun cuando el contrato de compraventa se celebró en 1999, por aplicación del régimen transitorio previsto en el CDFA (DT^{2ª}) es aplicable al caso dicho código. Para la compraventa de bienes por parte del sujeto a tutela era y es necesaria la autorización de la Junta de parientes o del Juez, al no haber intervenido en dicho acto la compraventa ni uno ni otro el mismo es anulable tal y como establece el art. 19 CDFA.

70 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

61: PERSONA Y FAMILIA: EN GENERAL

ASIGNACIÓN COMPENSATORIA NO HABIENDO HIJOS A CARGO

• APLICACIÓN DEL CC.

S. TSJA 18/2015, 29 de junio de 2015

Tras reiterar lo establecido en las SSTJA de 30/12/2011 y 11/1/2012 sobre la naturaleza y finalidad de la asignación compensatoria aragonesa que, en lo sustancial no es diferente de la señalada por el art. 97 Cc. para 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». El título de la Sección en la que está incluido el art. 83 CDFA se refiere a los «padres con hijos a cargo», y el art. 75.1 C DFA deja claro que el objeto de dicha Sección es regular 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. En el caso no hay ningún hijo a cargo de los progenitores, por lo que la pensión discutida en este pleito es la compensatoria del art. 97 Cc., y no la asignación compensatoria del art. 83 CDFA, no resultando de aplicación la legislación foral aragonesa alegada por el recurrente, sino el Código civil. Se desestima el recurso de casación, puesto que ninguna infracción de un precepto aragonés se ha producido.

20 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

S. TSJA 29/2015, 8 de octubre de 2015

Como ya se ha establecido en la STSJA 18/2015, de 29 de junio, con referencia a otras anteriores, la asignación compensatoria del art. 83 CDFA no es de aplicación en los casos de ruptura de la convivencia cuando no existen hijos a cargo del matrimonio. En estos casos es de aplicación la regulación establecida en el art. 97 del Código civil. Dada la similitud sustancial de naturaleza y función entre ambas regulaciones, procede entrar a considerar el fondo del recurso deducido, pero par-

tiendo de la aplicación al caso de lo dispuesto en el art. 97 Cc.

31 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

S. TSJA 33/2015, 16 de octubre de 2015

No es de aplicación al caso el art. 83 CDFA, al no haber existido descendencia del matrimonio, por lo que no se da el supuesto de hecho para la aplicación de la regulación aragonesa, prevista para casos de ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo. Ya se ha sostenido así en sentencias anteriores: 18/2015 y 29/2015. La pretensión ejercitada se rige por lo prevenido en el art. 97 Cc. Dada la similitud sustancial entre la regulación aragonesa y la del Cc. procede entrar a considerar el fondo del recurso deducido, pero partiendo de la aplicación al caso de lo dispuesto en el art. 97 Cc. general.

33 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• EXTINCIÓN

S. TSJA 18/2015, 29 de junio de 2015

La asignación compensatoria tiene la misma naturaleza y finalidad que la pensión compensatoria del art. 97 Cc. Esta finalidad no es otra que atender al desequilibrio económico que la ruptura matrimonial ocasiona en un cónyuge respecto del otro; con ella se pretende «colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial (STS 4/12/2012, rec. 691/2010). Por ello el art. 83.5 CDFA permite la extinción cuando se produzca una «alteración sustancial de los criterios económicos en función de los cuales se determinó». Estos criterios fueron la diferencia económica entre ambos cónyuges que la sentencia recurrida entiende que se mantiene en la actualidad. La percepción de una exigua pensión de vejez SOVI –por importe de 477,22 euros mensuales– no puede considerarse una alteración sustancial de los criterios económicos en función de los cuales se determinó la asignación compensatoria, de manera que el recurso

de casación no hubiera podido prosperar por este motivo.

20 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• LIMITACIÓN DEL EFECTO DE COSA JUZGADA

S. TSJA 29/2015, 8 de octubre de 2015

Por sentencia de 2008 se suspendió temporalmente el pago de la asignación compensatoria, y se estableció que dicha obligación recobrará vigencia en cuanto el demandado (en incapacidad laboral transitoria) consiga un nuevo empleo. En 2013 el Juzgado ordena el levantamiento de la suspensión del abono de la pensión compensatoria y fija su cuantía en 290 euros mensuales, porque el demandado se encuentra desde abril de 2008 en situación de Incapacidad Permanente Absoluta y cobra una pensión de 876 euros mensuales. Alegada vulneración de los efectos de la cosa juzgada (art. 222 Lec.), la Sala recuerda que estos efectos resultan limitados en los procesos de familia, en los que se relativa la cosa juzgada, para salvaguardar los intereses en conflicto y mantener la fórmula de *rebus sic stantibus* (permaneciendo el estado de las cosas). Una decisión sobre el reconocimiento de derechos en esta materia, incluso de hacerse con un límite temporal, no impide el juego de los arts. 100 y 101 Cc., si concurre una alteración sustancial y sobrevenida de las circunstancias anteriores (SSTS 917/2008, de 3/10, 508/2011, de 27/6, y 1/2012, de 23/1).

31 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• NATURALEZA

S. TSJA 29/2015, 8 de octubre de 2015

Se reitera que la asignación compensatoria del art. 83 CDFA no tiene en lo sustancial una naturaleza y finalidad diferente a la señalada por el art. 97 Cc. a la pensión compensatoria, aunque no es preciso que la pareja sea matrimonio. Acerca de la naturaleza y función de la asignación compensatoria se transcribe lo que indica la STS 499/2013, de 16 de julio, recogiendo jurisprudencia con solida da.

31 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• **REDUCCIÓN**

S. TSJA 18/2015, 29 de junio de 2015

Subsidiariamente el recurrente pretende la reducción de la cuantía de la pensión compensatoria a 100 euros mensuales o, al menos, a los 300 euros mensuales fijados en la sentencia de primera instancia. La determinación del importe concreto de la revisión ex art. 83.4 CDFA corresponde al juzgador, en función, en el caso enjuiciado, de la alteración que hayan experimentado los ingresos del perceptor, sin que resulte exigible que la reducción de la pensión lo sea en la misma cantidad o porcentaje en que se incrementen los ingresos. La escasa cuantía de la pensión SOVI que ahora percibe la mujer (477,22 euros mensuales) conduce a la Audiencia a reducir la asignación compensatoria a 400 euros, reducción prudencial, en un porcentaje (30%) cercano a aquel en el que se han incrementado los ingresos (45%), por considerar que una reducción mayor impediría la finalidad reequilibradora de la asignación compensatoria. La decisión no puede calificarse de ilógica, irrazonable o arbitraria, atendiendo a las circunstancias concurrentes, en particular a la escasez de la pensión SOVI y a la diferencia entre los ingresos de una y otra parte, por lo que el motivo de casación habría de ser desestimado de ser aplicable el derecho civil aragonés.

20 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• **REVISIÓN POR VARIACIÓN SUSTANCIAL**

S. TSJA 29/2015, 8 de octubre de 2015

El elemento relevante para la revisión, tanto en el art. 83.4 CDFA como en el 100 Cc., es el de la consideración de si en el caso de autos se ha producido o no una variación sustancial. Como expresa la norma, basta con que la situación económica de uno de los litigantes sea modificada sustancialmente para que pueda revisarse la pensión establecida, tanto en su cuantía como en su duración y exigibilidad. Habiendo obtenido el demandado el derecho a una pensión, a consecuencia de la nueva situación de Incapacidad Permanente Absoluta, concurren los elementos fácticos para apreciar la alteración de circunstancias, en forma trans-

cidente y duradera, lo que permite la revisión de la decisión suspensiva anteriormente acordada, dejándola sin efecto, de manera que la pensión compensatoria vuelve a ser exigible.

31 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR NO HABIENDO HIJOS

S. APT, 15 de octubre de 2014

De la lectura de los arts. 81 CDFA y 91 Cc. se deduce: que en los supuestos en los que no existe descendencia del matrimonio no es imperativo hacer un pronunciamiento sobre el uso del domicilio familiar; no obstante lo cual el juez «puede» hacerlo, si estima que alguno de ellos mantiene un interés necesitado de protección. En el caso enjuiciado los cónyuges tienen una situación equilibrada en lo económico, por lo que la atribución, aun cuando sea temporal, del domicilio conyugal a alguno de ellos será siempre en perjuicio del otro. Por otra parte no puede soslayarse que las cargas de un anterior matrimonio no pueden ser tenidas en cuenta a la hora de efectuar la atribución, pues es evidente que el nuevo cónyuge no viene obligado a soportar las mismas. En estas circunstancias estima el Tribunal que no resulta procedente hacer pronunciamiento sobre el uso, siquiera temporal, de la vivienda conyugal, debiendo proceder los cónyuges a su liquidación por los medios legales procedentes.

49 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• **APLICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL**

S. TSJA 33/2015, 16 de octubre de 2015

Siendo los cónyuge aragoneses el régimen jurídico que regía su matrimonio mientras subsistió, y que determina los efectos del divorcio, es el Derecho civil aragonés, contenido en el CDFA (art. 14, en relación con el 9.2, ambos del Cc.). El CDFA regula determinados aspectos de los efectos de la separación y divorcio, entre los que se cuenta el relativo al uso de la vivienda conyugal (art. 81). Sin embargo, este precepto se incluye en el Libro I (derecho de la

persona), Título II (relaciones entre ascendientes descendientes), Cap. II (deber de crianza y autoridad familiar) y Secc. 3ª (efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo). Este conjunto normativo, proveniente de la Ley aragonesa 2/2010, está previsto para regular las consecuencias de esa ruptura cuando existen hijos a cargo del matrimonio o de la pareja. Pero cuando no hay descendencia, no existe regulación propia en Derecho aragonés, de modo que son de aplicación las normas del Cc., en concreto el art. 96, párrafo tercero, respecto del uso de la vivienda conyugal.

33 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

62: EDAD: INCAPACIDAD E INCAPACITACIÓN

EMANCIPACIÓN POR CONCESIÓN

• REQUISITOS

S. JPII EJEJA N° 1, 12 de febrero de 2014

La concurrencia de alguno de los supuestos a los que se refiere el artículo 30.2 CDFA supone la existencia, al menos a priori, de una justa causa para la emancipación. El hecho de que la emancipación no sea automática, aun concurriendo una de estas causas, exige que se valoren otros elementos como los argumentos del progenitor o progenitores que se oponen, así como otras circunstancias que hayan quedado acreditadas y que desaconsejen la emancipación del solicitante. La madre está conforme y el padre se opone alegando que su hijo no tiene madurez suficiente, ni medios económicos. El menor apenas tiene quince años y no dio excesivas muestras de madurez. Pero al estar los progenitores separados, conviviendo con otras personas, para el solicitante es incómodo el cumplimiento del régimen de visitas. Con la emancipación pretende comunicar con su padre cuando y como él quiera. Por ello, debe accederse a lo solicitado al concurrir los requisitos para la emancipación y no haberse acreditado ninguna circunstancia que aconseje la denegación.

66 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

INCAPACITACIÓN

• CAUSAS

S. JPII EJEJA N° 1, 14 de mayo de 2014

En aplicación del art. 38 CDFA se ha puesto de manifiesto como la afección de la demandada tiene carácter persistente, y que lo es la causa de sus limitaciones para gobernar su persona y sus bienes. La limitación de la capacidad de una persona tiene por objeto la protección de la misma. Por ello debe extenderse tan solo a aquellos ámbitos en los que es necesaria dicha protección, debiendo mantenerse la capacidad de la persona en la medida en que ello no sea necesario estrictamente para su protección. En el caso que nos ocupa debe acordarse la incapacitación total de la demandada, tanto en el aspecto personal como en el patrimonial, ya que la Sra. A necesita asistencia para casi todas las tareas básicas de la vida. En el aspecto patrimonial, aunque llega a reconocer el dinero, de la exploración se desprende que no sería capaz de llevar a cabo ni siquiera actos patrimoniales sencillos y de poco montante. Debe ser privada del derecho de sufragio, para evitar la posible captación de su voto, ya que no conoce políticos actuales, y sólo tiene reminiscencias de épocas pasadas hace tiempo.

65 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

PRESUNCIÓN DE CAPACIDAD

S. APZ (secc. 2ª) 14 de octubre de 2015

Debe partirse de la presunción general de la capacidad de las personas sentada por el art. 34.1 CDFA. La declaración de incapacidad necesita de una prueba de carácter concluyente, dirigida a la destrucción de la presunción de capacidad de las personas, para una vez establecida poner en funcionamiento los mecanismos de guarda y protección previstos en los artículos 130 y c.c. del CD FA. En el caso, las pruebas han acreditado cumplidamente que don L. padece una enfermedad psíquica que, según informe de los dos médicos forenses, anula parcialmente la capacidad de autogobierno de su persona en relación al seguimiento médico y cumplimiento terapéutico, pero no hay cons-

tancia de que está limitación afecte a cuestiones patrimoniales.

72 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES

ALIMENTOS A LOS HIJOS MAYORES DE EDAD

- **APLICABILIDAD DEL ART. 93.2 Cc.**

S. JPII EJE A N° 1, 24 de marzo de 2014

El demandado se opone a la prestación alimenticia a favor de M, por entender que ya se emancipó, y que lleva vida adulta, por lo que la madre no tiene legitimación para reclamar alimentos en su nombre. Entiendo que de lo dispuesto en los artículos 58, 69 y 82 del CDFA se desprende la obligación de ambos progenitores de contribuir a satisfacer los gastos de asistencia de sus hijos, aunque éstos sean mayores de edad (sin perjuicio de los límites establecidos en el artículo 69 del mencionado texto legal). Dichos preceptos deben interpretarse a la luz de la doctrina del TS (S. 24/04/2000) aunque se refiera al artículo 93 Cc. Debe reconocerse legitimación al progenitor con el que convive un hijo mayor de edad para reclamar, en su nombre, alimentos del otro progenitor. En el caso que nos ocupa, el hijo M ya se emancipó, ya que marchó a Zaragoza, donde estuvo viviendo y trabajando una temporada, pero ello no debe ser obstáculo alguno, pues la realidad es que sigue viviendo en el domicilio materno, que no trabaja y que no tiene ingresos.

63 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

ASIGNACIÓN COMPENSATORIA

- **CRITERIOS PARA ESTABLECER O REVISAR LA TEMPORALIDAD**

S. TSJA 35/2015, 10 de diciembre de 2015

El alcance de la revisión en casación de la temporalidad de la obligación del pago de la asignación compensatoria fue objeto de consideración en la STSJA 35/2014, 15/11, que se remite a los criterios fijados por el TS para establecer la temporalidad (en particular, STS 369/2014, de 3/7). El juicio prospectivo para valorar la idoneidad o aptitud de la beneficiaria para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto es función del tribunal de instancia, no siendo revisable en casación salvo que la decisión adoptada se aparte de los criterios exegéticos establecidos jurisprudencialmente o se realice mediante una valoración de los hechos alejada de la lógica. La «certeza» de que va a ser factible la superación del desequilibrio en un tiempo concreto (5 años, en el caso o), no debe entenderse como equivalente a «certeza absoluta», sino a «probabilidad alta». Superación del desequilibrio en plazo de 5 años que en el caso parece factible aunque, por acuerdo entre los cónyuges, la mujer hubiera adoptado durante el matrimonio el rol de madre y esposa tradicional, dedicada en exclusiva al cuidado de los hijos y del hogar.

35 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

- **NATURALEZA**

S. TSJA 33/2015, 16 de octubre de 2015

Se reitera que la asignación compensatoria no tiene en lo sustancial una naturaleza y finalidad diferente a la señalada por el art. 97 Cc. a la pensión compensatoria. Esta naturaleza y función ha sido fijada por el TS: SSTs 864/2010, de Pleno, de 19 enero, 499/2013, de 16 julio, entre otras. El elemento determinante radica en considerar si el matrimonio ha supuesto un perjuicio económico para uno de los cónyuges, lo que se percibe en el momento de la ruptura. En ocasiones la dedicación a la casa, a los descendientes menores o a ascendientes ancianos, puede determinar una pérdida de ingresos por actividad profesional de quien asume esta limitación en sus perspectivas laborales o económicas, y en tales casos la pensión sirve para compensar los sacrificios realizados a favor de la familia y con merma de sus ingresos. Pero la simple desigualdad económica, cuando no es consecuencia de la mayor dedicación a la fami-

lia de uno de los esposos, no determina un auténtico derecho de compensación por vía del art. 97 Cc. (STS 355/2013, de 17/5).

33 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

- ***NO HABIENDO HIJOS A CARGO SE APLICA EL Cc.***

S. TSJA 33/2015, 16 de octubre de 2015

No es de aplicación al caso el art. 83 CDFA, al no haber existido descendencia del matrimonio, por lo que no se da el supuesto de hecho para la aplicación de la regulación aragonesa, prevista para casos de ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo. Ya se ha sostenido así en sentencias anteriores: 18/2015 y 29/2015. La pretensión ejercitada se rige por lo prevenido en el art. 97 Cc. Dada la similitud sustancial entre la regulación aragonesa y la del Cc. procede entrar a considerar el fondo del recurso de ducido, pero partiendo de la aplicación al caso de lo dispuesto en el art. 97 Cc. general.

33 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

- ***LIMITACIÓN TEMPORAL***

A. TSJA, 3 de julio de 2015

El art. 81 CDFA ni fue citado en la sentencia recurrida (que resuelve el recurso se apelación contra sentencia dictada en juicio de desahucio) ni podía ser el fundamento de la misma dado que la cuestión relativa a la limitación temporal del uso de la vivienda ya había sido objeto de sentencia en el procedimiento de familia, en la que había sido señalado el término de dicho uso. Pero, dado que el fallo no contenía, aunque hubiera podido hacerlo, pronunciamiento sobre la obligación de desalojo en fecha determinada que pudiera ser objeto de ejecución, el actor inició el juicio de desahucio para hacer efectiva la decisión sobre el término del derecho de uso de la demandada, que ya había sido resuelto. En consecuencia, el art. 81 CDFA no podía ser infringido en

el procedimiento de desahucio ni motivo del recurso de casación, incurriendo así en causa de inadmisión conforme a lo dispuesto en el art. 4 83.2º en relación con el art. 477.1, ambos de la Lec.

22 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

S. TSJA 23/2015, 2 de octubre de 2015

El plazo fijado en la sentencia recurrida mantiene el uso de la vivienda a favor de la esposa hasta que el menor de los hijos alcance la mayoría de edad (4/5/2023). Alega el recurrente que este plazo es contrario a las reglas de la lógica y a la equidad y contrario al art. 81.3 CDFA pues un plazo de 15 años convierte en la práctica indefinida la atribución del derecho de uso. Entiende la Sala que se trata de una decisión discrecional del Juez, que debe valorar las circunstancias concurrentes, a salvo siempre de la arbitrariedad, o el razonamiento irracional o ilógico. La diferencia retributiva entre los padres (muy superior la del padre) y esperar a que se alcance la mayoría de edad por el menor de los hijos son criterios objetivos y razonables para fijar el período de atribución del uso de la vivienda familiar, que en modo alguno infringen las reglas de la lógica y la equidad, y no desvirtúan la limitación temporal exigida en el precepto, por lo que el recurso debe ser desestimado.

26 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

- ***MODIFICACIÓN DEL LÍMITE TEMPORAL PACTADO***

S. TSJA 8/2015, 17 de febrero de 2015

Solicitada por el padre la modificación del límite temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar, que la sentencia de divorcio de 1999, conforme a lo pactado en el convenio regulador, había atribuido «hasta que el hijo alcanzara la independencia económica», las sentencias de instancia lo limitan «hasta el 30 de junio de 2018», fecha de la mayoría de edad del hijo. El art. 96 Cc., bajo cuya vigencia los litigantes pactaron su convenio regulador, no contenía disposición alguna sobre necesaria limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar a los menores y cónyuge en

cuya compañía quedaran. La novedosa regulación actualmente contenida en el art. 81.3 CDFA es norma introducida con posterioridad a la sentencia de divorcio, de plena aplicación ahora por virtud de la DT 6ª CDFA. Ante esta situación, debe valorarse que como antes de la Ley 2/2010 la limitación temporal, habiendo hijos, sólo era posible mediante acuerdo, «el pacto venía necesariamente condicionado por tal circunstancia, de forma que el progenitor no custodio no tenía otras alternativas que, por el contrario, se hacen muy presentes para ambos si por ley se ha de imponer necesariamente una limitación temporal» (STSJA de 12/10/2014). Por tanto, si existe un cambio de circunstancias que permite modificar el convenio inicialmente aprobado, el cambio debe afectar también a lo pactado respecto del uso de la vivienda familiar.

8 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• **NO HABIENDO HIJOS A CARGO SE APLICA EL CC.**

S. TSJA 33/2015, 16 de octubre de 2015

Siendo los cónyuges aragoneses el régimen jurídico que regía su matrimonio mientras subsistió, y que determina los efectos del divorcio, es el Derecho civil aragonés, contenido en el CDFA (art. 14, en relación con el 9.2, ambos del Cc.). El CDFA regula determinados aspectos de los efectos de la separación y divorcio, entre los que se cuenta el relativo al uso de la vivienda conyugal (art. 81). Sin embargo, este precepto se incluye en el Libro I (derecho de la persona), Título II (relaciones entre ascendientes descendientes), Cap. II (deber de crianza y autoridad familiar) y Secc. 3ª (efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo). Este conjunto normativo, proveniente de la Ley aragonesa 2/2010, está previsto para regular las consecuencias de esa ruptura cuando existen hijos a cargo del matrimonio o de la pareja. Pero cuando no hay descendencia, no existe regulación propia en Derecho aragonés, de modo que son de aplicación las normas del Cc., en concreto el art. 96, párrafo tercero, respecto del uso de la vivienda conyugal.

33 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• **PRONUNCIAMIENTOS DISCRECIONALES**

S. TSJA 2/2016, 20 de enero de 2016

Constituye doctrina reiterada de esta Sala que, al no tener un plazo legal de duración, la fijación del período de atribución temporal del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores ex art. 81.3 CDFA, a falta de acuerdo, constituye una decisión discrecional del Juez, que debe valorar las circunstancias concurrentes, a salvo siempre de la arbitrariedad, o el razonamiento irracional o ilógico. Salvo en estos supuestos, no corresponde al Tribunal de Casación pronunciarse sobre tal cuestión, que queda reservada al juzgador de instancia (Juzgado y Audiencia). En el presente caso, la decisión de la Audiencia está motivada y es razonable, atendiendo a las circunstancias concretas que concurren en la familia afectada por la medida, valorando especialmente el interés de los hijos menores.

40 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

S. TSJA 6/2015, 4 de febrero de 2015

En doctrina reiterada de esta Sala (por ej., Ss. de 11/7/2013 y 18/7/2013) se sostiene el carácter discrecional de la decisión relacionada con la limitación del uso de la vivienda familiar. Salvo supuestos de decisión arbitraria o ilógica, no corresponderá al Tribunal de Casación pronunciarse sobre tal cuestión, que queda reservada al juzgador de instancia, esto es, al Juzgado de Primera Instancia y a la Audiencia Provincial que conoce del recurso ordinario de apelación contra la sentencia dictada por el órgano unipersonal. No se observa arbitrariedad alguna en los razonamientos de la sentencia y no cabe estimar tampoco que el plazo total de uso de la vivienda sea anómalo o no atienda a los principios legales y jurisprudenciales sobre necesidad de respeto a los derechos de todos los copropietarios de la vivienda y de limitación de su libre decisión sobre el destino del inmueble.

6 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• **REQUISITOS**

S. TSJA 2/2016, 20 de enero de 2016

La atribución del uso de la vivienda familiar –prevista en el art. 81 CDFA– se sujeta a unos requisitos propios y diferentes de los que contempla el art. 82 para los gastos de asistencia a los hijos. El art. 81 no tiene en cuenta criterios de proporcionalidad, como sucede en la contribución a los gastos de asistencia a los hijos, sino que atiende al interés prevalente de los menores (art. 76.2 CD FA) para proveerles de habitación, en función del concreto régimen de guarda y custodia establecido. Y así, cuando se trata de custodia individual, la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor que la ostenta favorece que los hijos menores sigan ocupando la que venía siendo residencia habitual de la familia, exceptuándose tan solo los supuestos en los que el mejor interés para las relaciones familiares aconseje su atribución al otro progenitor.

40 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

AUTORIDAD FAMILIAR

• PRIVACIÓN

S. JPII EJE N° 1, 10 de junio de 2014

En aplicación del art. 90 CDFA procede la privación de la autoridad familiar de los padres de los menores de edad al haber incurrido aquellos en el incumplimiento grave y reiterado de sus deberes, tal y como se desprende del dictamen obrante en las actuaciones y de las valoraciones de la trabajadora social que lo asume así como de la descripción de diversos hechos que se recogen.

64 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

AUTORIDAD FAMILIAR DE OTRAS PERSONAS

• ABUELOS

S. JPII EJE N° 1, 10 de junio de 2014

El artículo 93.3 CDFA prevé que «la resolución judicial que establezca la privación o suspensión de la autoridad familiar a ambos titulares, o al único titular de ella, determinará el régimen de guarda o protección, y nombrará a la persona o personas que hayan de cumplir

estas funciones. Si la resolución estableciera la autoridad familiar de otras personas, proveerá también sobre la administración y disposición de los bienes del menor». Los artículos 85 y siguientes del referido Código, prevén la posibilidad de que la autoridad familiar recaiga en el padrastro o madrastra, en los abuelos o en los hermanos mayores. Por ello, procede atribuir la autoridad familiar respecto de los menores a su abuela paterna. En relación con la administración y disposición de los bienes de los menores, le corresponderán las mismas facultades que corresponderían a los progenitores de no haber sido privados de la autoridad familiar.

64 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• RÉGIMEN: GESTIÓN DE LOS BIENES

S. JPII EJE N° 1, 10 de junio de 2014

Procede atribuir la autoridad familiar respecto de los menores a su abuela paterna. En relación con la administración y disposición de los bienes de los menores, le corresponderán las mismas facultades que corresponderían a los progenitores de no haber sido privados de la autoridad familiar.

64 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

DERECHOS Y PRINCIPIOS

• DERECHO DE LOS PADRES A LA IGUALDAD

S. TSJA 16/2015, 27 de mayo de 2015

La sentencia recurrida se limita a determinar qué tipo de custodia del menor entre las legalmente previstas debe ser establecida en este caso (la exclusiva a favor de la madre), sin trato diferenciado a favor de uno u otro progenitor por razón de su sexo, por lo que no se observa indicio alguno de que pueda haberse dado lugar a la infracción del principio de igualdad sancionado en el art. 75.2 CDFA.

17 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

S. TSJA 23/2015, 2 de octubre de 2015

Comienza la sentencia recordando la doctrina de la Sala sobre los límites y función del

recurso de casación, recogidos, entre otras, en la S. de 30/9/2013.

La sentencia recurrida mantiene la custodia individual de la madre y rechaza la compartida porque la predisposición del padre para estar con sus hijos ha sido muy limitada por su imposibilidad de conciliar su vida laboral con la familiar, razonamiento que el recurrente entiende discriminatorio y contrario al principio de igualdad entre los padres. La Sala recuerda la jurisprudencia del TC sobre el art. 14 CE. Para hablar con propiedad de discriminación no basta con un trato desigual, sino que es necesario que sea injustificado; lo que prohíbe el principio de igualdad son las desigualdades de trato que resultan artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. Tras recordar lo dicho por la STSJA de 4/3/2014 sobre la igualdad de los cónyuges en la guarda y custodia de los hijos, concluye que la sentencia recurrida no incurre en desigualdad alguna porque la valoración que hace del hecho objetivo de la desigual implicación de ambos padres en el cuidado de los hijos no puede ser calificada de irracional, ilógica o arbitraria.

26 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

GASTOS DE ASISTENCIA A LOS HIJOS

• CONTRIBUCIÓN PROPORCIONAL

S. APT, 3 de marzo de 2015

Los padres deben contribuir a la crianza y educación de sus hijos no solo hasta que alcanzan la mayor edad, sino aun después en los términos que establece el art. 69 CDFA. Por ello, el pacto de relaciones familiares en el que establece que la madre contribuirá a la crianza y educación del hijo con una pensión hasta que este cumpla 18 años sí puede ser modificado por la autoridad judicial, pues dicha obligación no termina, por imperativo legal sino cuando el hijo ha terminado su formación o tiene recursos propios (art. 69 CDFA). Sin embargo, el compromiso del padre de costear en exclusiva los estudios universitarios del hijo, no debe ser modificado aun cuando

ahora este hijo, que hasta la mayor edad vivía con la madre vaya ahora a vivir con el padre: no es este un cambio de circunstancias que afecten a su obligación.

68 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

S. TSJA 22/2015, 1 de octubre de 2015

El único desacuerdo del padre en relación con la sentencia del Juzgado fue que para fijar la contribución del padre cuando el hijo viva con la madre en Méjico se atendiera al Salario Mínimo Interprofesional de España y no al de Méjico, como él había solicitado. Y ese fue también el motivo esencial de su recurso de apelación, que fue rechazado. El recurrente introduce en el recurso de casación nuevos elementos de discusión no alegados en la instancia ni en apelación, que no pueden ser objeto del recurso de casación. La fijación de los gastos de asistencia del art. 82 CDFA es un pronunciamiento discrecional que corresponde al Tribunal de instancia, reforzado en el presente caso por el acuerdo inicial de los progenitores, salvo en la aplicación a la escala del SMI de uno u otro país, lo que es igualmente justificado y resuelto en la sentencia recurrida sin que la parte recurrente haga alegación alguna al respecto en su recurso de casación.

25 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• CUSTODIA COMPARTIDA NO UNIFORME

S. TSJA 6/2016, 11 de febrero de 2016

Como el nuevo régimen de comidas acordado por la Audiencia supone un mayor desembolso para la madre al aumentar el número de comidas que los menores hacen con ella, debe igualmente mantenerse como medida económica compensatoria el aumento periódico en 80 euros de la contribución del padre a los gastos de los menores. Esta elevación es plenamente ajustada a derecho como medio de equilibrar el costo económico que a cada progenitor supone atender la custodia de los menores, ya que entra dentro de la previsión del art. 82.1 del CDFA.

43 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• **JUICIO DE PROPORCIONALIDAD**

S. TSJA 27/2015, 6 de octubre de 2015

La doctrina jurisprudencial del TS se contiene, entre otras, en la STS 4/2014, y ha sido asumida por esta Sala en sentencias tales como la 18/2012, de 20 de abril.

29 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• **MÍNIMO VITAL**

S. APZ (secc. 2ª) 17 de marzo de 2015

Lo dispuesto en el art. 82 impone el mantenimiento de la pensión señalada para el periodo de prisión, cuya exigibilidad, sin desconocer la delicada situación en que se encuentra su ex esposa, debería haber quedado suspendida en tanto subsista la situación de precariedad en la que el actor se encuentra, para reanudarse en el momento en que perciba ingresos laborales o prestaciones por desempleo, o se acredite la existencia de otros medios de fortuna, pero que no lo será, pues la sentencia de instancia no la contempló y a ella se aquietó el obligado. Sí se estima el recurso en lo que respecta a la cantidad prevista para el momento en que el obligado salga de prisión y trabaje o perciba el desempleo.

71 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• **MODIFICACIÓN DE LA PENSIÓN**

S. APZ (secc. 2ª) 27 de mayo de 2014

El cambio voluntario de trabajo o actividad por el obligado al pago de una pensión no puede sustentar una pretensión aminoratoria o extintiva de la pensión sobre la base de una reducción sustancial de sus ingresos, en cuanto no resulta ajustado a la equidad ni a la buena fe procesal que debe presidir la actuación de todos los intervinientes en el proceso, ex art. 11.1. LOPJ, que quien fue causante voluntario con su actuación de una alteración sustancial de sus medios de fortuna pueda beneficiarse de la modificación que tal hecho puede conllevar en perjuicio de quien hasta ese momento era beneficiario de un derecho legalmente reconocido. De admitirse la virtualidad modificativa de

tales alteraciones voluntarias, ello significaría hacer tabla rasa de los arts. 118 y 39 de la C.E. y, en caso de pensiones pactadas en convenio regulador, dejar al arbitrio de una de las partes a validez de lo convenido con clara transgresión de lo dispuesto en el art. 1256 del CC. El cambio de circunstancias atribuible a una decisión propia suya, por lo que el recurso de la demandada debe prosperar.

53 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

S. TSJA 5/2015, 28 de enero de 2015

Como establece con claridad la STS de 30/4/2013 (rec. casación 988/2012), «quien pretende la disminución de la pensión alimenticia por haber tenido un hijo en una nueva relación debe probar los recursos económicos del otro progenitor del nuevo descendiente». Y esto es, precisamente, lo que aquí no ha hecho el actor. Y es esta situación de falta de prueba uno de los elementos decisivos que condujo a que la sentencia impugnada acordara la no modificación de la pensión.

5 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

GASTOS DE LOS HIJOS MAYORES O EMANCIPADOS

S. APT, 3 de marzo de 2015

Los padres deben contribuir a la crianza y educación de sus hijos no solo hasta que alcancen la mayor edad, sino aun después en los términos que establece el art. 69 CDFA. Por ello, el pacto de relaciones familiares en el que establece que la madre contribuirá a la crianza y educación del hijo con una pensión hasta que este cumpla 18 años sí puede ser modificado por la autoridad judicial, pues dicha obligación no termina, por imperativo legal sino cuando el hijo ha terminado su formación o tiene recursos propios (art. 69 CDFA). Sin embargo, el compromiso del padre de costear en exclusiva los estudios universitarios del hijo, no debe ser modificado aun cuando ahora este hijo, que hasta la mayor edad vivía con la madre vaya ahora a vivir con el padre: no es este un cambio de circunstancias que afecten a su obligación.

68 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

- **ALIMENTOS LEGALES**

S. TSJA 7/2015, 11 de febrero de 2015

No hay una vía intermedia y sin determinar (o una pensión «híbrida») entre los gastos de crianza y educación del art. 69 CDFA y los alimentos legales de los arts. 142 y ss. Cc.; la sentencia impugnada ha acordado una pensión de alimentos al amparo de los arts. 142 y ss. Cc. Podría discutirse si la solución dada por la Audiencia es o no correcta, teniendo en cuenta que el art. 142 Cc. se invocó por la demandada en la apelación y no al contestar la demanda. Pero esta cuestión queda fuera del control que esta Sala debe ahora realizar, ya que no se articuló un motivo de infracción procesal que la sometiera a nuestro examen. Voto particular. Respecto del derecho de opción del art. 149 Cc., tiene declarado el TS que no confiere un derecho absoluto, sino que la oportunidad de su concesión constituye una cuestión de hecho a valorar por los tribunales, que lo darán cuando no exista impedimento legal o justa causa.

7 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

- **CRIANZA Y EDUCACIÓN**

S. TSJA 7/2015, 11 de febrero de 2015

Voto particular: Los gastos y cargas propios de la crianza y educación comprenden, por su generalidad y por la previsión del art. 65.1.b del CDFA, todos los conceptos que pueden presentarse bajo el término de contenido más reducido, y propio del Cc., de «alimentos». Mientras exista la autoridad familiar originaria, y también en los casos del art. 69 CDFA, la norma aragonesa comprende los tres contenidos de crianza, educación y alimentos. Cuando ya no se den los presupuestos para el mantenimiento de la pensión del art. 69 CDFA, y conforme a este precepto, tal pensión debe extinguirse, «sin perjuicio del derecho del hijo a reclamar alimentos», esto es, dejando a salvo la posibilidad de que el hijo, ya mayor de edad, y si lo estima oportuno, accione (fuera ya del proceso matrimonial) al amparo de la petición de «alimentos» strictu sensu que recoge el Código civil. La remisión a los alimentos en el art. 93 Cc. y en el art. 69 CDFA es de naturaleza radicalmente distinta: el art. 93 Cc. integra y hace propia la

previsión del art. 142 Cc. en el seno de la patria potestad, mientras el art. 69 CDFA deslinda autoridad familiar y alimentos legales, sin integrar en aquélla el derecho a alimentos legales.

7 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

- **INAPLICACIÓN DEL ART. 69 Y CONCESIÓN DE ALIMENTOS LEGALES**

S. TSJA 7/2015, 11 de febrero de 2015

La sentencia de Audiencia concede pensión de alimentos no en aplicación del art. 69.1 CDFA sino del 142 Cc. En consecuencia, sólo podría prosperar el recurso basado en vulneración del primero, si, en efecto, fuera el aplicable al caso. Pero no lo es: la pretensión actora se ha basado en la alegación y prueba de que no concurren los presupuestos que el art. 69.1 establece para aplicar la consecuencia en él prevista: la continuación del deber de sufragar los gastos de crianza y educación. Tal planteamiento prosperó en la primera instancia y se aceptó en la sentencia de apelación. Habría que apreciar infracción por inaplicación si, acreditados los presupuestos del art. 69.1 (y siendo por ello procedente mantener el deber de pago), el precepto hubiera sido ignorado por el tribunal a quo, lo que no ha sucedido. Tampoco se ha producido la aplicación indebida porque la sentencia recurrida declaró la procedencia de abono de la pensión no como gastos de crianza y educación del art. 69 CDFA, sino como pensión de alimentos de los arts. 142 y ss. del Cc. Voto particular

7 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

GESTIÓN DE LOS BIENES DE LOS HIJOS

- **EXCEPCIONES A LA GESTIÓN PATERNA**

S. APZ (secc. 4ª) 14 de marzo de 2014

La gestión de los bienes de los hijos es una función aneja a la autoridad familiar, que puede ser llevada a cabo por otra persona, como el tutor o administrador designado en testamento (art. 6. 2 LP). La gestión de bienes incluye su administración y disposición (art 81 LP). El art.

20 LP contempla la posibilidad de que personas distintas a los padres ejerzan la asistencia. En definitiva, la causante respetó la capacidad del menor mayor de 14 años en cuanto a los actos de disposición y administración y confirió la asistencia al administrador, sin que resulte con ello que la disposición testamentaria vulnere norma imperativa de la LP. A partir de los 18 años y hasta los 24 años, la testadora dispuso que los actos de administración y disposición requerirían el consentimiento del administrador. No se priva de forma absoluta a los hijos de sus facultades de disposición y administración inherentes a la propiedad de los bienes adquiridos por el título sucesorio (art. 5 LS), sino que se establece una limitación o condición de forma temporal, lo cual obedece además a una razón explicada por la testadora en beneficio de sus hijos.

55 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS

- **CAMBIO DE RESIDENCIA DE UNO DE LOS PROGENITORES CUSTODIOS**

S. TSJA 17/2015, 28 de mayo de 2015

En situación de custodia compartida, la madre decide trasladar su residencia y la de su hijo a Barcelona, donde vive su familia y va a trabajar unas horas a la semana. El juez de instancia adapta el sistema de custodia compartida a la lejanía de los domicilios paternos y, subsidiariamente, concede la custodia exclusiva al padre. En cambio, la Audiencia concede la custodia exclusiva a la madre. El TSJA recuerda que en la decisión ha de tenerse en cuenta el interés superior del menor, que constituye el criterio preferente y rector en esta materia según las normas internacionales, constitucionales y aragonesas, como han señalado tanto el TC como el TS y el propio TSJA. Se citan oportunamente los preceptos y sentencias atinentes. Añade a continuación que corresponde al recurso de casación velar porque la resolución recurrida haya tenido como norte el interés del menor. Y, con cita de la STS 11/12/2014, concluye que no hay duda de que, siendo probadamente idóneos ambos progenitores, lo más conveniente al interés del niño es no sacarle de

su entorno (Teruel), máxime cuando con ello no sólo se le restringe la relación con su padre y familia paterna sino que se introducen modificaciones en sus hábitos, escolarización, costumbres, incluso con un idioma diferente.

18 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

- **CUSTODIA COMPARTIDA NO UNIFORME**

S. TSJA 6/2016, 11 de febrero de 2016

La custodia compartida por periodos semanales se modifica y se dispone por la Audiencia que, en periodo lectivo, entre semana, de lunes a viernes, los menores comerán siempre en casa de su madre; por ello se aumenta en 80 euros la cantidad a abonar por el padre por cada uno de los periodos de alternancia semanal a él correspondientes, en los que tengan lugar las comidas en casa de la madre. El padre, que sólo impugna la comida del viernes, alega que el acuerdo tomado no le garantiza el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de igualdad. Entiende la Sala que el acuerdo tomado no trata de modo desigual a uno y otro progenitor, porque lo que hace es distribuir las concretas responsabilidades de padre y madre conforme a un criterio perfectamente lógico y ajustado a las necesidades de los hijos. Cuando el trato no uniforme o la asimetría en la relación de los padres con los hijos de riva de las necesidades de éstos, ello no significa un trato discriminatorio de un padre respecto del otro.

43 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

- **FACTORES PARA EXCEPCIONAR LA CUSTODIA COMPARTIDA**

S. TSJA 10/2015, 4 de marzo de 2015

El carácter preferente de la custodia compartida viene siempre supeditado al superior interés de los hijos menores, de tal manera que podrá acordarse la custodia individual si resulta más favorable para los hijos. En todo caso, la ponderación del interés del hijo menor se debe realizar partiendo de las circunstancias del caso concreto (en otras, la distancia geográfica existente entre los domicilios de uno y otro progenitor, así como la corta edad del hijo), fijadas

en los hechos declarados como probados en la sentencia recurrida.

10 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

S. TSJA 24/2015, 5 de octubre de 2015

No cabe aceptar las afirmaciones contenidas en el recurso sobre falta de toma en consideración en la sentencia impugnada de las distintas circunstancias concurrentes en el caso que debían servir de base para excluir la custodia compartida, según la prevención legal del art. 80.2 CDFA. Por el contrario, consta que los factores a considerar (falta de un plan de organización familiar del recurrente, la edad del hijo menor, el arraigo social y apoyo familiar de cada padre, la adaptación del menor a la nueva situación o la posibilidad previsible de acomodo del padre al sistema de custodia compartida) han sido tratados en el marco de apreciación probatoria que corresponde a los tribunales de instancia.

28 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• FALTA DE MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA

S. TSJA 28/2015, 7 de octubre de 2015

Se desestima el motivo por infracción procesal que alega vulneración del art. 24 CE por incurrir en una valoración arbitraria, irracional y manifiestamente errónea de la prueba pericial practicada, pero se estima el motivo de casación que denuncia infracción del art. 80.2 CDFA, por haberse apartado la sentencia del sistema preferente de custodia compartida sin haberlo razonado de manera suficiente, con argumentos erróneos y contradictorios.

Después de recordar la constante jurisprudencia de la Sala, que se recoge en la STSJA 36/2013, de 18 de julio, con referencia a la S de 1/2/2012, se afirma que en resoluciones anteriores de esta Sala se ha respetado la opción de las sentencias de instancia por la custodia individual cuando en las mismas, a partir de los hechos probados, se ha valorado que eso es lo más conveniente para el interés del menor y no se evidencia en tal juicio irracionalidad o arbitrariedad. A contrario sensu, si la sentencia resuelve de modo contrario a la lógica, procederá la casación de la sentencia. La sentencia impug-

nada revela una evidente incoherencia, no se tiene en cuenta que el padre haya pasado a residir en Zaragoza, ni se atiende la clara recomendación del informe psicológico propugnando la custodia compartida, por lo que procede estimar el motivo y revocar la sentencia.

30 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• FUNCIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

S. TSJA 19/2015, 30 de junio de 2015

El recurso de casación en la determinación del régimen de guarda y custodia no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia y de lo dicho por el legislador aragonés en el art. 80.2 CDFA sobre factores a tener en cuenta y preferencia de la custodia compartida; de ahí no se sigue que la Sala de casación pueda sustituir el criterio afirmado por la sentencia recurrida, si, atendidos aquellos factores, concluye razonadamente que la individual es la guarda que mejor satisface el interés del menor. En el presente caso, la Sala ha tomado su decisión sin apartarse de los mandatos establecidos en el art. 80.2 CDFA, sin que corresponda al TSJA corregir su criterio, dada la finalidad exclusivamente nomofiláctica del recurso de casación.

21 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• INFRACCIÓN DE LA PREFERENCIA LEGAL

S. TSJA 11/2015, 6 de abril de 2015

Establecida por el legislador la custodia compartida como régimen preferente, la valoración de qué custodia responde mejor al interés del menor es hecha, en primer lugar, por el legislador, que considera que tal interés es mejor atendido por la custodia compartida. No es una decisión discrecional del Juez establecer uno u otro régimen de custodia, sino que, imperativamente, la ley aragonesa ordena como premisa primera y principal que, en interés del menor que es expresamente mencionado y valorado en la propia ley, se esté al régimen de custodia compartida (art. 80.2 CDFA). Por vía de excepcionalidad y subsidiariedad a la previsión general, podrá sustituirse el régimen pre-

ferente por la custodia individual cuando se considere más conveniente para el menor en atención a los factores que el propio art. 80.2 prevé. Siendo todos los factores favorables a la custodia compartida, salvo el hecho de que los turnos variables del padre pueden dificultar la convivencia física de él con la hija, no fue ajustada al art. 80.2 CDFA la decisión de excluir la custodia compartida. Voto particular.

11 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

S. TSJA 16/2015, 27 de mayo de 2015

Las circunstancias valoradas por la sentencia recurrida no tienen relevancia suficiente para hacer aconsejable en este caso la custodia individual y excluir el principio legalmente impuesto de preferencia de la custodia compartida. El hecho de que el padre viva en casa de los abuelos o de que éstos colaboren en el cuidado de la nieta son circunstancias de las que no cabe derivar, por sí solas y a falta de mayor mención sobre su prueba, que la custodia compartida, en lo que sea ejercida por el padre, pueda perjudicar al menor. Y lo mismo cabe concluir en lo referente a que la madre se encuentre en situación de desempleo, frente a tener el padre ocupación laboral, porque lejos de entender que sea preferible que los progenitores estén sin trabajo, parece que lo mejor es que uno y otro cuenten con la conveniente prestación laboral, y las ventajas económicas y personales que ello conlleva para los progenitores y, también, para la hija menor que deben cuidar.

17 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• *INTERÉS DEL MENOR*

S. TSJA 4/2016, 3 de febrero de 2016

En relación con la alegada vulneración del art. 76.2 CDFA al considerar la parte que la custodia compartida acordada no ha sido adoptada en beneficio o interés del menor, se recuerda lo expuesto en la STSJA de 13/1/2016. Además, respecto de la alegada aplicación indebida del art. 80.2 CDFA, se recuerda que la Sala reiteradamente ha señalado que el art. 80.2 del CDFA considera que, con carácter general, la custodia compartida es el sistema idóneo con el que satisfacer el interés del menor (STSJA

36/2013, de 18/7). La sentencia impugnada, que respeta el criterio preferente y justifica su opción por considerarla –atendidas las circunstancias concurrentes– más adecuada al interés de la menor, en modo alguno vulnera el art. 80.2, pues no hay atisbo de irracionalidad o arbitrariedad en tal decisión.

41 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• *LA CONFLICTIVIDAD ENTRE LOS PROGENITORES*

S. TSJA 37/2015, 18 de diciembre de 2015

La doctrina constante de la Sala se recoge en la STSJA 11/2014. En el presente caso, si bien es cierto que las sentencias de ambas instancias recogen la existencia de mala relación personal entre los progenitores, y la existencia de marcadas diferencias en los estilos educativos, nada se contiene en cambio en ellas que permita concluir que dichas circunstancias paren en perjuicio del menor Marcos. Por el contrario, como queda dicho, es hecho probado que el menor mantiene una muy buena interacción con ambos progenitores. Así las cosas, no cabe entender que la Audiencia, al decidir la custodia compartida, haya infringido el criterio legal establecido en el art. 80.2 CDFA.

37 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• *LA DISTANCIA ENTRE DOMICILIOS*

S. APT, 25 de marzo de 2014

Por mandato legal el Juez debe establecer con carácter preferente la custodia compartida, así lo establece el art. 80.2 CDFA. Con todo, hay factores que excepcionan este régimen de custodia de manera que se debe atribuir a uno solo de los progenitores, como así debe ser en este caso. La razón es que el menor, que cuenta con tres años de edad y está escolarizado en la localidad en la que vive con el padre; aun cuando no a mucha distancia de la población en la que semana sí, semana no, tendría que vivir con la madre y desplazarse al colegio, es notorio que las poblaciones están comunicadas por una pista forestal asfaltada con curvas y pendientes pronunciadas,

sin poblaciones y con fuertes heladas en invierno, por lo que se expondría al niño a unos viajes peligrosos a primeras horas de la mañana, a medio día y ya de noche, por lo que se confirma la atribución de la custodia individual al padre.

47 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

S. APT, 5 de noviembre de 2014

La custodia compartida es el régimen preferente y predeterminado por el legislador en busca del interés del menor en orden al pleno desarrollo de su personalidad. Este régimen se aproxima al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial o de hecho de los padres y garantiza al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental. Pero para poder mantener dicho régimen es preciso que las localidades de residencia de los padres lo permitan, siendo un obstáculo insalvable la existencia de una gran distancia entre ambas, como sucede en el supuesto enjuiciado en el que hay una distancia de 400 km. Por ello se acuerda el régimen de custodia individual en favor de la madre y los desplazamientos del hijo en visitas con el padre se harán a mitad de camino entre las ciudades.

50 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• LA OPINIÓN DE LOS MENORES

S. TSJA 19/2015, 30 de junio de 2015

Inexistencia de error en la valoración de la prueba. Doctrina jurisprudencial que se recuerda en la STS 649/2014 (Recurso: 261/2012). La prueba de exploración acordada por la Sala para conocer la opinión de los hijos requerida por los arts. 76.4 y 80.2 c) CD FA, no puede ser tachada de inútil o impertinente porque a un menor de 7 años cumplidos debe serle reconocida madurez bastante a los efectos perseguidos de determinar el sistema de guarda. No es cierto que la Sala haya tenido por decisiva la opinión del menor, sino que ha sido valorada en atención a los demás elementos probatorios, en particular el dictamen pericial, lo que es conforme con la doctrina del TSJA.

21 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

S. TSJA 21/2015, 17 de septiembre de 2015

Lo dicho por esta Sala sobre el valor de la opinión de los menores, entre otras en sentencias de 10/07/2013 y 12/07/2013, solo significa que hay que tener una especial cautela al valorar las manifestaciones de los menores, y que no son el único factor a tener en cuenta. Pero dicha doctrina no impide, como sucede en el presente caso, que el juzgador pueda valorar esas opiniones de manera razonada, junto con otros factores, para considerar que la custodia individual es el sistema que mejor defiende el interés del menor en el caso enjuiciado. En el presente caso la opinión de la hija, que ya tiene cumplidos doce años en la fecha en que es examinada y cuenta con suficiente criterio, alcanza un mayor interés, puesto que se aprecia un estado de ansiedad y tristeza en la hija mayor, que está recibiendo tratamiento psiquiátrico en el Hospital Infantil.

24 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

S. TSJA 36/2015, 16 de diciembre de 2015

Es cierto que la opinión de los menores ha de ser valorada con cierta prevención sobre todo cuando se trata de corta edad del menor (STSJA 36/2013, entre otras). En el caso se trata de menores que al tiempo en que expresaron su opinión tenían 11 y 7 años de edad, por lo que no cabe decidir exclusivamente con base en ella, pero lo dicho no impide que haya de ser tenida en consideración como uno más de los elementos para adoptar la decisión sobre su custodia, como hemos dicho en otras ocasiones (STSJA 9/2015, entre otras).

36 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

S. TSJA 4/2016, 3 de febrero de 2016

Poco importa, en fin, en orden a la prosperabilidad del recurso, la alegación de que no se ha tenido en cuenta la opinión de la menor, que desea seguir viviendo con su madre. El art. 80.2 menciona la opinión de los hijos como uno de los factores que hay que atender a la hora de establecer el régimen de custodia, pero no es vinculante; no se exige la opinión favora-

ble de los hijos para optar por uno u otro régimen. Dado que la menor no ha alcanzado aún la madurez suficiente como para decidir por sí misma, sobre su voluntad se impone la decisión del Juez, que es a quien corresponde determinar qué es lo que, en el caso, conviene a su interés (STSJA 13/1/2016). Además, estas opiniones deben ser tomadas con prudencia, pues la mera comodidad a corto plazo de la niña –o el temor indefinido a los cambios– dista mucho de ser una de las razones legalmente previstas para excluir la orden del legislador de ser preferente la custodia compartida.

41 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• ***LAS POSIBILIDADES DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL DE LOS PADRES***

S. TSJA 36/2015, 16 de diciembre de 2015

Es elemento de hecho probado que la madre tiene disponibilidad y ha adaptado su vida profesional a la atención de los hijos menores y que, por el contrario, el padre, por razón de la dedicación exclusiva a su trabajo, necesitaría ayuda familiar durante prácticamente la mitad del tiempo en que tuviere a los hijos bajo su custodia. La encomienda de los hijos a terceros durante el tiempo que le corresponde la custodia compartida es incompatible con esta forma de distribución de los deberes parentales, pues la posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres es uno de los elementos que menciona expresamente el art. 80.2 CDFA, como lo es también la aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos.

36 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• ***LEY APLICABLE***

S. JPII EJEJA N° 1, 8 de enero de 2014

Es de aplicación el régimen del Derecho civil aragonés, al ser ambos progenitores extranjeros, de nacionalidad distinta (búlgaro el padre y rumana la madre), y haber nacido la hija menor en Zaragoza, sin que conste cuál es su nacionalidad (artículo 9.7 del Código Civil,

en relación con los alimentos; y artículo 9.4 en relación con las visitas).

62 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• ***LOS ROLES DE LOS PADRES DURANTE LA CONVIVENCIA***

S. TSJA 36/2015, 16 de diciembre de 2015

Los roles asumidos por los padres durante el tiempo que duró la convivencia no es elemento determinante para la decisión sobre la custodia cuando se produce la ruptura (STSJA 13/2011), pero en el presente caso la distribución de roles fue continuada de mutuo acuerdo cuando se produjo la ruptura, y sólo después cuando se inició el proceso judicial dos años más tarde se plantea la custodia compartida. Además, en el caso de autos no es esta distribución de las tareas del cuidado de los menores el elemento determinante de la decisión.

36 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• ***PREFERENCIA DE LA CUSTODIA COMPARTIDA***

S. TSJA 21/2015, 17 de septiembre de 2015

Esta Sala ha tenido ocasión en numerosas resoluciones de pronunciarse sobre la interpretación del art. 80.2 CDFA que establece como criterio legal preferente el de la custodia compartida, estableciendo dicho carácter preferente (SSTSJA 13/2011, de 15 de febrero; 4/2012, de 1 de febrero; 39/2012, de 27 de noviembre; 35/2013, de 17 de julio; 12/2014, de 4 de marzo; etc.), pero siempre a salvo de que se acredite que la custodia individual salvaguarda mejor el interés del menor.

24 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• ***PRINCIPIO DE NO SEPARACIÓN DE LOS HERMANOS***

S. TSJA 37/2015, 18 de diciembre de 2015

Esta Sala ya se ha pronunciado sobre el modo en el que la deseable unión entre los hermanos ha de incidir en la decisión sobre el sistema de custodia a adoptar de acuerdo con el art. 80 CDFA (STSJA 37/2014, y las en ella citadas). En el caso de autos, la sala de apelación da razones para adoptar un sistema de custodia distinto para los dos hermanos menores (uno en custodia compartida y otro bajo la custodia individual de la madre) que lo justifican de acuerdo con criterios con los de la doctrina jurisprudencial. El cambio de sistema de guarda no implica un distanciamiento entre los hermanos, que introduzca una «separación». El sistema de custodia compartida y el régimen de visitas del padre no custodio permiten la continuidad de las relaciones entre hermanos, quienes, por lo demás, viven en la misma localidad y se encuentran ya en una edad en la que disponen de suficiente autonomía personal que les permite mantener un contacto acorde con sus respectivas circunstancias y preferencias.

37 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• *PRUEBA DE QUE LA CUSTODIA INDIVIDUAL ES MÁS CONVENIENTE*

S. TSJA 16/2015, 27 de mayo de 2015

En casación hay que partir de los hechos considerados probados en la instancia. Conforme a lo ya señalado en otras ocasiones (por ej., SsTSJA 10/1/2014 y 6/4/2015), ante el criterio de preferencia legal por la custodia compartida del art. 80.2 CDFA, la posibilidad de excluir su establecimiento y estar a la custodia individual no es de libre decisión por la autoridad judicial, sino que exige la adecuada ponderación de las prevenciones del art. 80.2 o de cualquier circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia. Ponderación que es susceptible de ser revisada en el recurso de casación (así, STS 23/5/2005 o STSJA 10/1/2014) dado que concretar el interés del menor es una valoración de una calificación jurídica, como concepto jurídico indeterminado que es.

17 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

S. TSJA 21/2015, 17 de septiembre de 2015

La sentencia de apelación, ejerciendo el margen de discrecionalidad que le corresponde por Ley, ha considerado, motivadamente, que en el concreto caso enjuiciado la custodia individual satisface mejor el interés superior de las hijas menores. Conclusión a la que llega de manera razonada, valorando los hechos que considera acreditados por los informes emitidos por el centro educativo (desinterés del padre hacia el proyecto educativo de la hija menor, así como su falta de implicación en la colaboración y coordinación con el centro educativo, hechos que pueden encuadrarse en el factor de la letra d) del art. 80.2 o bien en la letra f) del mismo precepto) y por la exploración de la hija mayor (que quiere residir con su madre y se encuentra incómoda y a disgusto con el sistema de custodia compartida). Valoración de los hechos que no resulta irracional, ilógica o arbitraria, o claramente atentatoria contra el interés del menor.

24 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

S. TSJA 27/2015, 6 de octubre de 2015

Desestimado el motivo por infracción procesal (infracción de la carga de la prueba y falta de motivación), el recurso de casación cita como infringidos preceptos genéricos (arts. 75.2 y 76.2.b CDFA) que no constituyen la ratio decidendi de la sentencia y cuya viabilidad para sustentar un recurso de casación exige que sean conectados con el precepto específico que los desarrolle, que en el caso es el art. 80.2 CDFA. El criterio legal del art. 80.2 sobre la custodia compartida, como hemos dicho en múltiples ocasiones, no excluye la necesaria valoración en cada supuesto concreto de las distintas circunstancias concurrentes para llegar, en su caso, a concluir que la custodia individual pueda ser preferible. De modo que, en atención al interés prevalente del menor, el órgano judicial deberá valorar cuidadosamente la prueba aportada y, especialmente, la voluntad del hijo afectado caso de tener suficiente juicio, o el informe elaborado por los técnicos psicólogos o asistentes sociales. En el caso han sido apreciados como factores para excluir la custodia compartida la falta de interés del padre en la comunicación con su hija y el largo

período de distanciamiento del menor con su padre.

29 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

S. TSJA 32/2015, 15 de octubre de 2015

La sentencia de divorcio (diciembre de 2012) estableció un régimen de custodia distinto para cada una de las hijas mellizas, ambas aquejadas de minusvalías, para una (con autismo y discapacidad del 68%) custodia individual a cargo de la madre, para la otra (con retraso mental leve y discapacidad del 38%), custodia compartida, con alternancia bimensual. Decisión confirmada por la sentencia de apelación que, recurrida en casación, fue desestimado el recurso (STSJA 20/10/2013). Ahora, transcurrido un año y cuatro meses desde el divorcio, la madre ha solicitado tener la custodia individual de las dos hijas, el Juzgado mantiene la custodia compartida de una de ellas pero por turnos semanales, mientras la Audiencia la acordado la custodia individual a cargo de la madre de ambas. El padre alega infracción del art. 80.2 CDFA al no haber variado las circunstancias. Las sentencias están motivadas y se fundamentan en la prueba practicada, por lo que no cabe entender que haya infracción del art. 80.2 CDFA.

32 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

S. TSJA 36/2015, 16 de diciembre de 2015

Como hemos indicado en múltiples ocasiones, el criterio legal consagrado en el art. 80.2 CDFA sobre la custodia compartida no excluye la valoración en cada supuesto concreto de las distintas circunstancias concurrentes para llegar, en su caso, a concluir que la custodia individual pueda ser preferible. De modo que, en atención al interés prevalente del menor, el órgano judicial deberá valorar cuidadosamente la prueba aportada y, especialmente, la voluntad del hijo afectado caso de tener suficiente juicio, o el informe elaborado por los técnicos psicólogos o asistentes sociales. La cuestión es, por tanto, si el recurso de casación da razones suficientes para entender que la decisión judicial contraria a la custodia compartida se atiene

o no, sin apartarse de los hechos probados, a los criterios señalados por el art. 80.2 CDFA.

36 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

MEDIDAS JUDICIALES

• *LIMITACIONES AL PRINCIPIO DE JUSTICIA ROGADA*

S. TSJA 28/2015, 7 de octubre de 2015

En los procesos atinentes a menores no rige con igual intensidad que en los ordinarios el principio de aportación de parte, ni en lo relativo a la incorporación del componente fáctico, ni en lo concerniente a su verificación o comprobación, en cuanto el tribunal ha de resolver ateniéndose a los hechos probados con independencia de la manera y el momento en que hayan sido introducidos en el proceso (art. 752.1 Lec.), y la conformidad sobre los hechos o la tácita admisión de los alegados de adverso no son vinculantes para el tribunal (art. 752.2), que puede valorar con libertad todas las pruebas practicadas sobre ellos sin sujeción a regla de tasa (art. 752.2, in fine) e incluso acordar de oficio las que estime necesarias sobre los hechos relevantes para la adopción de las medidas que afectan a los hijos menores (arts. 770.4ª, 771.3, 774.2, 775.2 y 777.4 Lec.).

30 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• *MODIFICACIÓN*

S. JV ZARAGOZA N°2, 6 de febrero de 2015

El concepto «alteración sustancial», implica la concurrencia de hechos con las siguientes características:

a) ha de tratarse de hechos nuevos, inexistentes al tiempo de aprobarse el convenio o dictarse resolución judicial; b) aunque no es necesario que alcancen la categoría de insólitos, extraordinarios o imprevisibles, han de revestir suficiente entidad como para que, de mantenerse lo acordado, derive un grave perjuicio para alguno de los interesados, implicando un cambio trascendente, serio y real, que implique diferencia referida al periodo hasta la

presentación de la demanda en que se articula la pretensión y que no sea transitorio o contingente; c) no puede tratarse de aquellas circunstancias que las partes tuvieron en cuenta o razonablemente pudieron contemplar para emitir su consentimiento –en caso de convenio– pues, si lo fueran, se trataría de una revisión de lo ya acordado y no del ajuste de la regulación preestablecida a una situación fáctica que deviene distinta; d) aunque no es preciso siempre que se trate de hechos ajenos a la voluntad del obligado, si de éste dependieran es necesario que se hallen desprovistos de mala fe o ánimo defraudatorio.

75 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

S. TSJA 4/2016, 3 de febrero de 2016

No es cierto que no se haya acreditado un cambio relevante en las circunstancias concurrentes como alega la parte (aunque sin in vocar la infracción del art. 79.5 CDFA), porque la menor tenía 5 años cuando se dictó la sentencia a modificar y cuenta en la actualidad con 11, y así se recoge en la sentencia impugnada. Pues bien, ello constituye en sí un cambio de relevancia para alterar el régimen de custodia, como el propio legislador viene a señalar en el art. 79.5 CDFA. Así lo expresamos en nuestras sentencias de 23/5/2014, 26/5/2014 y 13/3/2013.

41 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

RÉGIMEN DE VISITAS

El derecho de los padres a relacionarse con sus hijos no se configura sólo como un derecho sino más bien como un derecho/función, cuyo ejercicio se rige por el principio del interés del menor (art. 5.4 CDFA), que otorga cierta participación del menor en la toma de decisiones. Ciertamente, mientras que para los padres el art. 59 lo configura como un derecho/deber, el art. 60 CDFA alude sólo al derecho del hijo a relacionarse con sus padres. Pero si los padres tienen deberes respecto de sus hijos es porque éstos tienen derechos respecto de sus padres y viceversa. Coexisten así los intereses de uno y de otros. Ante ello, según el art. 2.4 LO de protección jurídica del menor, deberán priorizarse

las medidas que, respondiendo al interés del menor, respeten también los otros intereses legítimos presentes. El disfrute mutuo de la compañía recíproca de cada uno de los padres y del hijo constituye un elemento fundamental de la vida familiar (art. 8 Convenio de Roma y STEDH 13/7/2000).

39 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• EJERCICIO DE LA AUTORIDAD FAMILIAR

S. TSJA 13/2015, 8 de mayo de 2015

El art. 80.1 CDFA dispone que el régimen de visitas ha de garantizar el ejercicio de las funciones propias de la autoridad familiar. Tales funciones vienen relacionadas en el art. 65 CDFA. Pero es llano que el ejercicio de alguna de ellas, señaladamente la primera (tenerlos en su compañía) no puede tener la misma extensión en el caso de convivencia de ambos progenitores que en el de ruptura y, si no se acuerda la custodia compartida, también se ejercerá más limitadamente por el progenitor no custodio que por aquel con quien queden los hijos. En los casos en que no ha habido convivencia previa de los padres entre sí ni del niño con su padre, razones de prudencia indican la conveniencia de –al menos en una etapa inicial– no establecer un régimen de la amplitud que sería normal en otros casos. Por otro lado, la restricción del régimen de visitas no dificulta el ejercicio de otras funciones propias de la autoridad familiar (colaborar con el otro padre, participar en la toma de decisiones fundamentales).

13 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• ENTREGA Y RECOGIDA DE LOS HIJOS

S. TSJA 20/2015, 29 de julio de 2015

En el presente caso el traslado del domicilio de la madre, con la niña, a Francia no es injustificado (obedece a razones laborales) ni contrario al interés de la menor (que es el principal criterio al que debe atenderse en cada caso), pero introdujo cambios en el régimen de visitas del padre, aceptados por las partes salvo en lo relativo al lugar de entrega y recogida de la niña que ahora ha quedado fijado en Toulon

(Francia) para la recogida por el padre y en Zaragoza para la entrega a la madre custodia. Este reparto de cargas económicas y de esfuerzo personal entre ambos padres resulta justificado en atención a la disponibilidad personal y económica de ambos, sin que se haya conculcado el derecho de padre e hija a un régimen de comunicación en los términos del art. 80.1.3 CDFA. Valoradas las circunstancias, se estima que el alto coste económico y personal de los desplazamientos del padre a Francia no afectan al propio ejercicio del régimen de visitas. Se citan las sentencias TS 26 mayo 2014 y TSJA 39/2014, de 15 de diciembre.

23 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• *FIJACIÓN DE UN RÉGIMEN MÍNIMO*

S. TSJA 1/2016, 13 de enero de 2016

El recurrente alega que la sentencia ha infringido el principio del favor filii al acordar un régimen de visitas preestablecido y tasado. La sentencia recurrida ha entendido que el régimen de visitas puede ser flexible pero, rechazando la total libertad que quiere el hijo, impone que se garantice una frecuencia en el contacto materno-filial al menos semanal. La relación de los hijos con los padres redunda también en interés de éstos; si bien el art. 60.3 CDFA permite que, si el interés del menor lo requiere, podrá el Juez denegar, modificar o suspender la relación del menor con sus padres. En el presente caso, dejar el régimen de visitas a la entera voluntad del menor podría comportar que se consolidase la desafección entre madre e hijo. Queda al buen sentido de la madre la ponderación de hasta qué punto debe exigir (art. 65.2 CDFA) el cumplimiento riguroso del régimen de visitas acordado. La fijación de un régimen mínimo está dentro del margen de discrecionalidad del juez, no se aprecia arbitrariedad, y se fundamenta en que es beneficioso para el menor.

39 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• *INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR*

S. TSJA 1/2016, 13 de enero de 2016

El interés del menor es un concepto jurídico indeterminado que precisamente ha de ser determinado en cada caso. La noción de «interés del menor» no es ni un dogma, ni un estándar de contenido universal. Debe ser interpretada y aplicada caso por caso (de ahí que aporte poco la cita de sentencias anteriores en las que se optó por soluciones distintas) evitando siempre eventuales arbitrariedades. Concepto que ahora aparece definido en el Preámbulo de la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

39 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

S. TSJA 13/2015, 8 de mayo de 2015

La sentencia recurrida no vulnera el derecho del menor a un contacto regular con su padre que reconoce el art. 76.3.a) CDFA, pues la posibilidad de ese contacto no se ha eliminado. Lo deseable es, evidentemente, que los niños estén con sus progenitores el mayor tiempo posible. Ahora bien, el establecimiento de un régimen de visitas, inevitable en caso de custodia individual, debe hacerse en todo caso, tal como impone el art. 76.2 CDFA, atendiendo al superior interés del menor, que constituye el criterio preferente y rector en esta materia. Así se desprende de los documentos internacionales (que la sentencia cita), de las normas constitucionales (art. 39.4 CE) y de la normativa aragonesa (arts. 76.2 CDFA y 3.3.a) y c), 13, 21, 46.i) Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón). Así ha sido señalado también por el TC, el TS y el propio TSJ de Aragón (Ss 8 y 10/2011, de 13/7 y 30/9).

13 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• *LA OPCIÓN DEL MENOR*

S. TSJA 1/2016, 13 de enero de 2016

El menor, en cuanto tal, no tiene una autonomía completa, pues está sometido a la autoridad familiar. En lo relativo a la toma de decisiones judiciales que le afecten, tales como el régimen de visitas con el padre no custodio, la ley exige que éste sea oído; su opinión cuenta, pero no es vinculante. Dado que no ha alcanzado aún la madurez suficiente como para deci-

dir por sí mismo, sobre su voluntad se impone la decisión del Juez, que es a quien corresponde determinar qué es lo que, en el caso, conviene a su interés, principio superior de orden público que es lo que ha de guiar dicha decisión. En ocasiones, cuando la edad del menor está próxima a la mayoría de edad, los tribunales acogen su manifestado deseo de relacionarse con el progenitor no custodio con libertad, valorando que ello es lo más conveniente en el caso. Cabe, empero, que no siempre sea así.

39 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• *NATURALEZA*

S. APT, 25 de enero de 2014

El derecho de visitas no solamente se considera como tal, es decir como derecho, sino también como un deber que se tiene frente a los hijos menores quienes en modo alguno pueden verse privados de la referencia de ninguno de sus progenitores, a menos que existan o concurran circunstancias o causas graves que justifiquen en determinados casos la suspensión o la limitación de dicho régimen, y siempre pensando en el beneficio e interés de los hijos, pues no debe olvidarse que el sistema de comunicaciones respecto del progenitor no custodio con los hijos constituye una continuación de la relación paterno filial evitando la ruptura por falta de convivencia de los lazos de afecto que debe mediar entre ellos, salvo en casos de peligro para la salud física y psíquica o moral del hijo. Por ello, en este caso que la madre presenta un problema de alcoholismo, debe mantener el derecho de visitas pero supeditado a su recuperación y ejercicio gradual, y primero ejerciéndolo en su punto de encuentro.

45 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

65: RELACIONES PARENTALES Y TUTELARES. ADOPCIÓN, GUARDA. ACOGIMIENTO. PROTECCIÓN DE MENORES

OPOSICIÓN A LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO

S. APZ (secc. 2ª) 28 de enero de 2014

Para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno. Es preciso que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre. La prueba obrante en autos revela efectivamente que la familia biológica se ha mostrado incapaz de realizar de manera adecuada sus funciones parentales, tal como refleja la Sentencia apelada de manera pormenorizada a la vista de la prueba documental obrante en la causa.

51 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• *ASENTIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN*

S. APZ (secc. 2ª) 11 de febrero de 2014

El artº. 177.2.2º del Código Civil establece la posibilidad de prescindir del asentimiento de los padres biológicos cuando éstos incurran en motivo legal de privación de la patria potestad. En fecha 07-06-2010, se dictó resolución administrativa considerando que la menor, R, se encontraba en situación de desamparo, asumiendo la administración la tutela junto con dos hermanas más. Tampoco consta acreditado que aquellas circunstancias hayan desaparecido.

Por lo expuesto, acreditado que los actores están incurso en causa legal de privación de patria potestad (ex artº. 170 Cc.), resulta claro que no se hace necesario su asentimiento en la adopción, debiéndose únicamente ser oídos.

52 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

TUTELA

• *CAUSAS DE REMOCIÓN*

S. APT, 24 de marzo de 2015

En aplicación del art. 125 h) del CDF no pueden ser titulares de funciones tutelares

quienes tengan importantes conflictos de intereses con la persona protegida. Por ello, y con independencia del resultado de las diligencias penales, es evidente que el hecho de que los tutores estén incurso en un proceso del que es víctima la persona tutelada, y en la que ocupan por tanto posiciones opuestas, genera un manifiesto conflicto de intereses entre ambos que necesariamente determina la inhabilidad de los mismos para ejercer la tutela, y por ello su remoción, en cumplimiento de lo establecido en el art. 127 del citado Texto Legal.

69 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• *DELACIÓN DATIVA*

S. APZ (secc. 2ª) 11 de noviembre de 2014

N. no cuenta con familiares adecuados para el ejercicio de la tutela (art. 234 Cc.; art. 116.1 a, f CDFA), correspondiendo la asunción del cargo a las Administraciones públicas con competencia en la materia (art. 235 Cc. y art. 116.1 f) CDFA), el hecho de que el demandado se halle internado en un Centro de Salud en Aragón no respalda que se nombre tutora al CTDJA, ya que no tiene vínculo con Aragón; el menor estuvo bajo la tutela de la Ciudad de Melilla, que desempeñó la tutela ex lege tras la declaración de desamparo de don N, asistió al incapaz y acordó el traslado de éste centro Aragonés; por ello debe ser preferida. Se opone Ministerio Fiscal que solicita el mantenimiento de la tutela a cargo de CTDJA en base al art. 116 CDFA «(...) el Juez preferirá: g) A la persona jurídica que considere más idónea, incluida en última instancia la entidad pública a la que esté encomendada la protección de menores o incapacitados», no cabe duda que esta lo es; el menor presenta una patología permanente e irreversible y está en Aragón y, en tanto permanezca aquí, son evidentes las ventajas ofrecidas por la especialización y cercanía de sus servicios.

54 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

S. JPII EJEA N° 1, 14 de mayo de 2014

Debe nombrarse como tutor a la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos, de la

Comunidad Autónoma de Aragón, tal y como propone el Ministerio Fiscal en aplicación del art. 116 CDFA ya que la demandada no tiene ascendientes vivos, ni pareja o descendientes. Tampoco tiene hermanos ni sobrinos que sean hijos de hermanos.

Consta la existencia de primos y sobrinos (hijos de los primos), pero estas personas no aparecen en el artículo 116 CDFA, salvo que se consideren idóneas por sus relaciones con el incapacitado. De lo obrante en las actuaciones no se desprende que estas personas tengan especial relación con la demandada, por lo que entiendo que lo adecuado es nombrar a la entidad pública existente a estos efectos.

65 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• *NULIDAD DE LOS ACTOS DEL TUTOR*

S. APT, 29 de abril de 2015

Aun cuando el contrato de compraventa se celebró en 1999, por aplicación del régimen transitorio previsto en el CDFA (DT2ª) es aplicable al caso dicho código. Para la compraventa de bienes por parte del sujeto a tutela era y es necesaria la autorización de la Junta de parientes o del Juez, al no haber intervenido en dicho acto la compraventa ni uno ni otro el mismo es anulable tal y como establece el art. 19 CDFA.

70 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• *PERSONAS SUJETAS A TUTELA*

S. JPII EJEA N° 1, 14 de mayo de 2014

En aplicación del art. 130 CDFA, dado el grado de discernimiento de la demandada, debe quedar ésta sometida a tutela, ya que la Sra. A necesita asistencia para casi todas las tareas básicas de supervivencia y no puede gestionar su patrimonio.

65 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

TUTELA ADMINISTRATIVA

• *PRIMACÍA DEL INTERÉS DEL MENOR*

S. TSJA 14/2015, 14 de mayo de 2015

En las normas internacionales, nacionales y en la jurisprudencia el interés del menor se erige en guía de toda posible intervención referida a los cuidados y tutela adecuados. En pro de tal interés, el derecho de los progenitores cederá si su atención puede dar lugar a un perjuicio al niño (STS 31/7/2009). El principio de primacía del cuidado del menor, frente al posible derecho de visitas de uno de los progenitores en este caso, se recoge en la combinación de los arts. 3, 51 y 61 Ley 12/2001, de Infancia y Adolescencia en Aragón. La directriz que ordena procurar la reinserción familiar se subordina expresamente a que no sea perjudicial para el menor. Aunque la desatención del menor por el padre haya sido involuntaria, lo relevante es que el niño nació en 2009 en situación de desamparo y el acogimiento se ha prolongado ya cinco años, situación en la que incluso las visitas del padre resultarían perjudiciales a la estabilidad y bienestar del menor.

15 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

6631: CONSORCIO CONYUGAL: ACTIVO

INMUEBLES EDIFICADOS SOBRE TERRENO EN PARTE DE UNO DE LOS CÓNYUGES

• DURANTE LA VIGENCIA DEL APÉNDICE

S. TSJA 1/2015, 14 de enero de 2015

El matrimonio se contrae en 1926 por lo que se rige por el Apéndice de 1925. El solar sobre el que se edificó con fondos comunes era, en su mitad indivisa, propiedad de la mujer, y en la otra mitad pertenecía a la sociedad conyugal. La naturaleza de este tipo de bienes no era cuestión pacífica en la regulación entonces vigente, pues mientras algunas sentencias consideraban que debían integrar el activo de la sociedad conyugal tácita (conforme al art. 48.1 Apéndice y al art. 1404.2º Cc.: SATZ 14/7/1942), otras estimaban no aplicable en Aragón el referido precepto del Cc., sino que debía resolverse el debate con la aplicación de las normas generales sobre accesión (STS 7/2/1945). La Sala, tras recordar la doctrina

jurisprudencial sobre la accesión invertida, indica que el caso de construcción por varios comunes que son propietarios del suelo no se resuelve por las normas de la accesión sino por las de las relaciones entre comuneros (STS 656/2011, de 21/9); criterio trasladable a la relación entre patrimonios en el régimen económico conyugal. De ahí se desprende que el edificio en cuestión tenía la consideración de bien consorcial, sin que sea necesario para ello recurrir a la aplicación del Código civil.

2 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

6632: CONSORCIO CONYUGAL: PASIVO

CÓNYUGE CONCURSADO

• RESPONSABILIDAD DE LOS BIENES COMUNES

A. JPI ZARAGOZA N° 14, 17 de marzo de 2014

El art. 77.2 de la LC establece que en caso de concurso de persona casada cuyo régimen económico matrimonial sea el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes (como es este el caso) se incluirán en la masa, además «de los propios y privativos del concursado» los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado, y dado que según establece el art. 219.3 CDFA «de las deudas contraídas conjuntamente por marido y mujer, cualquiera que sea su finalidad, responden siempre todos los bienes comunes», la conclusión es que la responsabilidad de la esposa deberá limitarse a sus propios bienes privativos, pero no a los gananciales o comunes pues ya están incluidos en la masa, y a ello no afecta el contenido del art. 84.1 de la LC cuando establece vías separadas para los créditos contra el concursado y contra su cónyuge.

67 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• RESPONSABILIDAD DEL SU CONSORTE.

A. JPI ZARAGOZA N° 14, 17 de marzo de 2014

El art. 77.2 de la LC establece que en caso de concurso de persona casada cuyo régimen económico matrimonial sea el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes (como es este el caso) se incluirán en la masa, además «de los propios y privativos del concursado» los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado, y dado que según establece el art. 219.3 CDFA «de las deudas contraídas conjuntamente por marido y mujer, cualquiera que sea su finalidad, responden siempre todos los bienes comunes», la conclusión es que la responsabilidad de la esposa deberá limitarse a sus posibles bienes privativos, pero no a los gananciales o comunes pues ya están incluidos en la masa, y a ello no afecta el contenido del art. 84.1 de la LC cuando establece vías separadas para los créditos contra el concursado y contra su cónyuge.

67 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

6634: CONSORCIO CONYUGAL: DISOLUCIÓN. LA COMUNIDAD POSCONSORCIAL

MOMENTO

S. TSJA 1/2015, 14 de enero de 2015

El matrimonio contraído en 1926 se disolvió a la muerte del primero de los cónyuges acaecida en 1972, por lo que la disolución (y la liquidación y división) del consorcio conyugal se rige por la Compilación del Derecho civil de Aragón de 1967, entonces vigente.

2 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

6635: CONSORCIO CONYUGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN

ASIGNACIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR

• MATRIMONIO SIN DESCENDENCIA

S. APT, 15 de octubre de 2014

De la lectura de los arts. 81 CDFA y 91 Cc. se deduce: que en los supuestos en los que no existe descendencia del matrimonio no es imperativo hacer un pronunciamiento sobre el uso del domicilio familiar; no obstante lo cual el juez «puede» hacerlo, si estima que alguno de ellos mantiene un interés necesitado de protección. En el caso enjuiciado los cónyuges tienen una situación equilibrada en lo económico, por lo que la atribución, aun cuando sea temporal, del domicilio conyugal a alguno de ellos será siempre en perjuicio del otro. Por otra parte no puede soslayarse que las cargas de un anterior matrimonio no pueden ser tenidas en cuenta a la hora de efectuar la atribución, pues es evidente que el nuevo cónyuge no viene obligado a soportar las mismas. En estas circunstancias estima el Tribunal que no resulta procedente hacer pronunciamiento sobre el uso, siquiera temporal, de la vivienda conyugal, debiendo proceder los cónyuges a su liquidación por los medios legales procedentes.

49 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

DERECHO DE ADJUDICACIÓN PREFERENTE

• BIENES APORTADOS AL CONSORCIO

S. TSJA 1/2015, 14 de enero de 2015

El derecho de adjudicación preferente que el art. 58 Comp. confería tenía, al menos en parte de su contenido, carácter personalísimo y no podía estimarse transmisible a los herederos, como se pretende en este caso.

Además en el caso no concurre aportación de un edificio, ni de la totalidad del suelo sobre el que se edificó. Por ser el terreno privativo de la mujer en una mitad indivisa no hay derecho de adjudicación preferente del edificio. No es así porque no se está en presencia de una subrogación real impuesta por el legislador, que solo tiene lugar en el caso de aportación del bien al consorcio, lo que no ocurre en este caso. Tratándose de la aportación de una mitad indivisa del suelo no concurre el supuesto de hecho del precepto invocado.

2 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

LEGITIMACIÓN ACTIVA

A. APZ (secc. 5ª) 7 de noviembre de 2014

La cuestión litigiosa se centra en la legitimación activa para pedir la incoación del procedimiento especial de liquidación del régimen matrimonial de los padres del peticionario, arts. 806 y siguientes LEC. El instante del procedimiento es heredero de su madre y su único hermano lo es de su padre. Habiendo fallecido ambos progenitores. Entiende el peticionario y ahora apelante que antes de procederse a la liquidación de la herencia procede determinar qué bienes pertenecían al padre y cuáles a la madre, lo que supone la liquidación del régimen consorcial de sus padres. La mayoría de las Audiencias son favorables a aceptar la legitimación de los hijos para pedir la liquidación del régimen común de los padres. En nuestro ordenamiento sustantivo aragonés, el CDFA, sí admite la legitimación de los hijos para pedir la liquidación del régimen consorcial de los padres. El art. 258-2 se refiere precisamente, a la disolución por conyuges (o de uno de ellos), remitiendo, en tales supuestos al art. 365 que, claramente, recoge que «Todo titular de una cuota en una herencia o porción de ella tiene derecho a promover en cualquier tiempo la división de la comunidad».

60 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN JUDICIAL

- **NO PROCEDE EN EL JUICIO DE SEPARACIÓN O DIVORCIO**

S. TSJA 33/2015, 16 de octubre de 2015

Se alega por el recurrente que en la sentencia de divorcio debía haberse declarado, no sólo la disolución del consorcio conyugal, sino también su liquidación, al no existir bienes consorciales. Pero la sentencia recurrida ni infringe el art. 244 CDFA, sino que se atiene a su contenido para declarar la disolución del consorcio conyugal. La liquidación del haber consorcial, caso de existir, se habrá de llevar a cabo con arreglo al procedimiento especial estableci-

do en la Lec., arts. 806 y ss., y no es posible impedir en este proceso que cualquiera de los legitimados pueda instar esa liquidación. Es de tener en cuenta, además, que la parte recurrente considera una situación fáctica –la ausencia de bienes y derechos comunes– que no ha sido objeto de este proceso, no está acreditada y no puede declararse judicialmente en este caso. La pretensión al respecto se ejercitó en la demanda reconventional, que no fue admitida a trámite.

33 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

683: USUFRUCTO VIDUAL

GASTOS Y MEJORAS

- **LEGITIMACIÓN**

S. JPI ZARAGOZA N° 17, 3 de febrero de 2015

Se alega que la regulación del usufructo aragonés, derecho de naturaleza familiar, ha producido una suerte de derogación de la normativa de propiedad horizontal que no es de las de competencia exclusiva del Estado según el artículo 149.1.8ª CE. Pero que no sea competencia exclusiva del Estado la llamada propiedad horizontal no provoca esa consecuencia ya que ni la CCAA aragonesa ha legislado sobre la materia, ni de la legislación aragonesa, arts. 283 y ss. CDFA, se puede concluir, que frente a la Comunidad de propietarios aparezca con legitimación única y excluyente el/la viudo/a aragonés/a. En definitiva, como se lee en la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2014, es evidente que en las relaciones entre la Comunidad de Propietarios y los propietarios individuales, los gastos de comunidad corresponden al propietario, y éste o éstos serán los legitimados pasivamente para soportar las acciones de la comunidad en reclamación de las correspondientes cantidades, sin perjuicio de las acciones de repetición que procedan.

76 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

69: PAREJAS ESTABLES NO CASADAS

DERECHOS EN CASO DE FALLECIMIENTO DE UNO DE LOS CONVIVIENTES

- **RESIDIR EN LA VIVIENDA HABITUAL
DURANTE UN AÑO**

S. TSJA12/2015, 7 de abril de 2015

La sentencia interpreta el art. 311 CDFA, dentro del entorno en que surge la Ley 6/1999. Fue añadido en el trámite parlamentario. El legislador aragonés, tanto en la Ley de sucesiones como en la de parejas estables no casadas, optó por no otorgar a la pareja no matrimonial derecho hereditario alguno. Los derechos del art. 311 CDFA se derivan de la misma constitución de la unión estable extramatrimonial (como las ventajas del cónyuge viudo, cuya naturaleza y finalidad comparten) y deben ser referidos únicamente a los bienes existentes en la pareja al tiempo del fallecimiento, y no a los de terceros. Lo que excluye toda posibilidad de que el superviviente tenga un mejor título de ocupación de la vivienda que el existente antes de la extinción de la pareja. Si la ocupación de la vivienda era en precario, fallecido aquel a quien se le consentía el uso, el otro no puede pretender ostentar derecho para continuar en ella que pueda ser opuesto con éxito a la acción de desahucio por precario.

12 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

EFFECTOS PATRIMONIALES DE LA EXTINCIÓN EN VIDA

- **INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN**

S. TSJA 34/2015, 2 de diciembre de 2015

Lo que se discute es si ha transcurrido o no el plazo de un año señalado en el art. 310 CDFA. El hecho de que para decidir tal cuestión se haga necesario no solo determinar el *dies a quo*, que de acuerdo con el art. 310 CDFA se corresponde con el de la extinción de la pareja, sino también acudir a una norma de dere-

cho común, como el art. 1973 Cc., a lo que da lugar es a una cuestión mixta que abarca la aplicación de normas de Derecho común y foral, lo que sujeta la casación a las normas de casación foral de acuerdo con el art. 478 Lec.

En lo que toca a la interrupción del plazo de prescripción, la carta que la sentencia tiene por cursada no es bastante para la interrupción de la prescripción, pues para ello se precisa una declaración de voluntad recepticia que llegue a conocimiento del deudor. Otra cosa cabe decir de la reclamación extrajudicial, en este caso por medio de tercero, que no requiere forma especial alguna pero sí prueba de que ha tenido lugar: los mensajes telefónicos dejados por el testigo en el buzón de voz del demandado no son por sí solos suficientes para producir la interrupción del plazo de prescripción por no asegurar su recepción; pero sí lo es la conversación personal posterior habida entre testigo y demandado en la que le reitera la reclamación de la actora (doctrina jurisprudencial recogida in extenso en STS 746/2008, de 21/7, con criterio que también recoge la STS 596/2012).

34 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

714: ACEPTACIÓN Y REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA

REPUDIACIÓN: LEGADO

- **FORMA**

S. APZ (secc. 4ª) 20 de octubre de 2014

La legislación aplicable en el momento de la renuncia era la Comp./1967, que no exigía requisito alguno de forma para efectuar la repudiación. En cualquier caso, aplicando de forma supletoria el artículo 1008 CC, únicamente se exige «documento auténtico», que en el citado precepto no es sinónimo de documento público, sino de documento que indubitadamente procede del renunciante (SSTS 11 junio 1955 y 9 diciembre 1992). En el supuesto sometido a nuestra consideración, una exégesis del documento que el apelante suscribió junto con sus hermanos no deja lugar a dudas, pues del mismo resulta claramente que el demandante optó «por renunciar a la herencia de su citada madre

doña Á, en atención a las cargas que sobre la misma pesan». Resultando estériles las afirmaciones del apelante de que no suscribiera el documento «en concepto de legatario», como afirma en su escrito de recurso, pues un legatario no es sino un heredero de cosa cierta y determinada, como es el supuesto de autos –en este sentido, STS 22 enero de 1963–.

57 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

715: RESPONSABILIDAD DEL HEREDERO

ANTES DE LA PARTICIÓN

• **LEGITIMACIÓN ACTIVA**

S. APZ (secc. 4ª) 31 de julio de 2015

Y es claro que si el heredero no soporta la confusión de sus derechos, y es tercero respecto al patrimonio del causante que ha heredado, aunque no exista partición y por ende se mantenga en comunidad hereditaria, nada puede impedir que se respete su condición de acreedor y pueda actuar contra la comunidad hereditaria, aunque él participe en la misma y se genere una cierta equivocidad jurídica en su posición como acreedor/deudor. Por tanto el recurso se ha de acoger por cuanto la pendencia de la partición no obsta a la exigencia del crédito, aunque quien reclame sea un heredero acreedor y, por tanto, integrante de esa comunidad hereditaria.

73 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• **NATURALEZA**

S. APZ (secc. 4ª) 31 de julio de 2015

Este régimen de responsabilidad es el que resulta del modelo de limitación de responsabilidad que se constata en los arts. 369 a 372 CDFA. El primero contiene una regla procesal, que es la propia de cualquier comunidad, y conforme a la cual la comunidad hereditaria, que es una comunidad ordinaria sin otra especialidad que referenciarse las cuotas a la globalidad del patrimonio, de suerte que cuando exista una responsabilidad económica imputable a esa comunidad la acción

judicial debe plantarse contra «todos los herederos». Es lo que previene el art. 369 CDFA para los supuestos en los que está pendiente la partición. Por tanto el recurso se ha de acoger por cuanto la pendencia de la partición no obsta a la exigencia del crédito, aunque quien reclame sea un heredero acreedor y, por tanto, integrante de esa comunidad hereditaria.

73 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

DESPUÉS DE LA PARTICIÓN

• **NATURALEZA**

S. APZ (secc. 4ª) 31 de julio de 2015

El art. 371 CDFA, que no es el aplicable al caso, impone una responsabilidad fraccionada: «hasta el límite de su responsabilidad», expresión que hay que entender en el sentido de que debe corresponderse a su participación, como desvelará el art. 371.2 CDFA que para el concreto supuesto, que sería el caso si hubiera partición, del heredero acreedor, debe deducir su parte proporcional como tal heredero.

73 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

SEPARACIÓN DE PATRIMONIOS

S. APZ (secc. 4ª) 31 de julio de 2015

Y es claro que si el heredero no soporta la confusión de sus derechos, y es tercero respecto al patrimonio del causante que ha heredado, aunque no exista partición y por ende se mantenga en comunidad hereditaria, nada puede impedir que se respete su condición de acreedor y pueda actuar contra la comunidad hereditaria, aunque él participe en la misma y se genere una cierta equivocidad jurídica en su posición como acreedor/deudor.

73 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

721: DISPOSICIONES GENERALES

CAPACIDAD PARA TESTAR

S. APZ (secc. 4ª) 17 de diciembre de 2014

La sucesión testamentaria es la expresión de la voluntad del disponente, que ha de ser manifestada consciente y libremente por las personas físicas, que al tiempo de otorgar el testamento sean mayores de catorce años y no carezcan de capacidad natural. Como establece la sentencia apelada, se ha de partir de la presunción de capacidad en las fechas de otorgamiento de los testamentos. En este sentido, el TS ha mantenido reiteradamente la necesidad de que se demuestre «inequívoca y concluyentemente» la falta de raciocinio para destruir la presunción de capacidad para testar y que «la incapacidad o afección mental ha de ser grave no bastando apoyarla en simples presunciones o indirectas conjeturas «No se cuestiona que la causante padeció la enfermedad de alzheimer, además de otras patologías. De lo que se trata es de determinar si la voluntad se expresó consciente y libremente, de si los testamentos contienen la verdadera voluntad. Si se prueba que no concurría ese requisito en el momento de testar, la consecuencia sería la nulidad de las disposiciones. En el caso de autos no se ha probado tal extremo, por lo que siendo el testamento notarial se presume la capacidad de la testadora.

59 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

73: SUCESIÓN PACCIONADA

INSTITUCIÓN DE PRESENTE

• *TRIBUTACIÓN EN EL IRPF*

*S. TS (Sala de lo contencioso, secc. 2ª)
9 de febrero de 2016*

El art. 33.3.b) LIRPF, no considera ganancias o pérdidas patrimoniales las transmisiones patrimoniales por causa de muerte, cuyo contenido ha de determinarse acudiendo al Derecho civil. Debiéndose resaltar que estamos ante un concepto jurídico de significación unívoca, lo que no cabe es otorgarle distinto significado según estemos ante el impuesto sobre sucesiones o en el de la renta, que es lo que pretende la Administración. Dentro del concepto jurídico de transmisiones patrimoniales por causa de muerte, se comprende, sin duda, los pactos sucesorios, lo que el propio legislador estatal acoge abiertamente, como se ha visto, en el

expresado art. 24 del Impuesto sobre Sucesiones, esto es, son adquisiciones patrimoniales lucrativas consecuencia de un negocio jurídico por causa de la muerte de la persona; sin que su naturaleza jurídica sufra porque el efecto patrimonial se anticipe a la muerte del causante, que constituye, como no puede ser de otra forma en los negocios mortis causa, la causa del negocio. La apartación, como pacto sucesorio, es una transmisión lucrativa por causa de muerte del contribuyente, comprendida dentro del art. 33.3.b) de la LIRPF.

1 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

75: LEGÍTIMA

CÁLCULO

• *TRÁMITE PREVIO A LA REDUCCIÓN DE LIBERALIDADES*

S. TSJA 4/2015, 19 de enero de 2015

Si se admite que hubo una liberalidad que no fue tenida en cuenta en la sentencia de primera instancia, su importe debía ser añadido al del resto de las liberalidades computadas para el cálculo de la legítima (art. 489.1.b CDFA), que así necesariamente resultará superior e infringida en mayor medida, y distinto es que, realizado el cálculo para cuantificar el importe de la legítima y el monto de la infracción de la misma, en la posterior operación de reducción de liberalidades (art. 495 CDFA) se siga el orden legalmente establecido. Pero si en la sentencia del Juzgado no se tuvo en cuenta la liberalidad ahora acreditada, no se pudo practicar adecuadamente la reducción de liberalidades, lo que, añadido el importe de la liberalidad y calculado el importe de la legítima y el de la lesión de la misma, deberá hacerse en ejecución de sentencia.

4 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

LESIÓN DE LA LEGÍTIMA

• *PROHIBICIÓN DE GRAVÁMENES*

S. APZ (secc. 4ª) 14 de marzo de 2014

El art. 186 añade que los gravámenes permitidos son entre otros, los establecidos con justa causa, expresada en el título sucesorio o documento público conforme al art. 187. El art. 187 define la justa causa como aquella que busca un mayor beneficio del legitimario. La justa causa expresada deberá tenerse como justa mientras no se demuestre lo contrario. En el testamento consta que las disposiciones obedecen al propósito de preservar y proteger al máximo el patrimonio heredado hasta que los hijos alcancen la edad de 24 años, designando administración de su entera confianza, excluida la del otro progenitor en cuya gestión no confía. La designación de administrador no se puede considerar gravamen en cuanto ese nombramiento está previsto y admitido en la norma, Ley de la Persona, que, en consecuencia, no ha sido infringida.

55 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES

• **LEGITIMACIÓN**

S. APZ (secc. 4ª) 14 de marzo de 2014

La acción para la defensa de la legítima corresponde a los legitimarios a partir de que cumplan 14 años, por lo que el demandante, padre de los menores, no la puede ejercitar. (art. 178 Lsuc.). Ahora bien, ello es en relación a las disposiciones testamentarias referentes al momento posterior a aquel en que los legitimarios cumplan los 14 años, pero no a la disposición testamentaria al tiempo anterior a esa edad pues en otro caso se privaría de la defensa a los menores hasta que alcancen los 14 años. Por tanto, el demandante, padre de los menores, en cuanto titular de la autoridad familiar, puede ejercitar las acciones de defensa de la legítima en lo que respecta a las disposiciones testamentarias referentes a edad inferior a los 14 años. Así resulta también de la sentencia apelada, donde no se niega la legitimación del padre en relación a las cláusulas que afectan al menor de 14 años.

55 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

S. APZ (secc. 4ª) 27 de mayo de 2014

La cuestión sometida a examen en esta alzada es estrictamente jurídica, y es si ha prescri-

to o no la acción en defensa de la legítima y la respuesta es, forzosamente, afirmativa. Esta Sala ha señalado en la Sentencia de 14 de marzo de 2014 que «El art. 178 regula la prescripción de acciones basadas en el art. 171 y ss. Su ejercicio corresponde al legitimario en el plazo de cinco años contados desde el fallecimiento del causante o desde la delación de la herencia si esta se produce con posterioridad. Si el legitimario para el ejercicio de esas acciones fuera menor de 14 años al iniciarse el cómputo, el plazo finalizara para él cuando cumpla diecinueve».

56 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

76: SUCESIÓN LEGAL

BIENES TRONCALES

• ***NO LO ES LA VIVIENDA CONSTRUIDA SOBRE SOLAR TRONCAL***

S. TSJA 9/2015, 13 de marzo de 2015

La condición de bien privativo del solar troncal no implica la troncalidad de la vivienda construida sobre el mismo, en este caso con dinero consorcial luego reembolsado al consorcio. Ni el art. 226.3.a) CDFA, ni el 1359 Cc. (que no es aplicable al consorcio conyugal), llevan a la conclusión de que lo edificado sobre un bien troncal adquiera también el mismo carácter troncal. El bien que el causante recibió de sus padres a título gratuito (art. 528.1 CDFA) fue el solar, y no otra cosa. Por otra parte, los alegados artículos de la accesión relativa a los bienes inmuebles (arts. 358 a 374 Cc.) tratan de resolver los problemas que nacen de la edificación, plantación o siembra en predios ajenos, lo que no ocurrió en nuestro caso. El bien resultante por la edificación sobre un solar troncal es un bien distinto del recibido de los ascendientes, sobre el que no se proyecta el carácter troncal del solar. No sería defendible que una persona, con la debida legitimación de parentesco, pretendiera ejercitar un retracto de abolorio de una edificación, sobre la base del carácter troncal del solar.

9 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

SUCESIÓN A FAVOR DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA

• REPUDIACIÓN: MOMENTO

A. APZ (secc. 4ª) 17 de noviembre de 2015

La Comunidad Autónoma está facultada para repudiar –igual que los anteriormente llamados– la herencia que le es deferida abintestato, si bien debe verificarse la repudiación tras el dictado del auto por el que se le declara heredera a esta Administración –en nuestro caso, el auto dictado por el Juzgado objeto de recurso– en la forma que establece el artículo 7 del Decreto 185/2014 de la Comunidad Autónoma de Aragón.

74 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

81: DERECHO DE BIENES EN GENERAL

LEY DE MONTES DE ARAGÓN

• PRESUNCIONES POSESORIAS

S. TSJA 38/2015, 23 de diciembre de 2015

El recurrente entiende vulnerados los arts. 47 de la Ley de Montes de Aragón (LMA) y los arts. 34 LH y 1957 Cc., en relación con el precepto anterior. También se mencionan los arts. 35 y 38 LH. Tanto la inclusión de la finca discutida en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública (art. 14.1 LMA), como la orden aprobatoria del deslinde (art. 47.1 LMA), tan solo vienen a establecer una presunción de posesión a favor del Ayuntamiento, sin prejuzgar la titularidad de la finca que, en el caso, corresponde también al Ayuntamiento por prescripción adquisitiva. La práctica del apeo en el procedimiento de deslinde en 1970 supone un acto de posesión real del Ayuntamiento que desvirtúa las presunciones posesorias que los arts. 35 y 38 LH generan a favor del titular registral de la finca discutida, y ostentado la posesión efectiva el Ayuntamiento desde 1970 se ha producido a su favor la usucapción prevista en el art. 1957 Cc. El titular registral que no posee no puede usu-

capir. Los titulares registrales, por otra parte, no son terceros protegidos por el art. 34 LH porque son adquirentes a título gratuito de un primitivo título de dominio constituido por una declaración unilateral de parte, y no gozan de más protección registral que la que tuviere su causante o transmitente.

38 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

83: LUCES Y VISTAS

RÉGIMEN NORMAL

• DERECHO DEL VECINO A EDIFICAR O CONSTRUIR

S. JPI BARBASTRO Nº 1, 7 de febrero de 2014

En el CDFA se han querido potenciar o dejar más evidentes, para corregir una tendencia jurisprudencial restrictiva, las posibilidades de aprovechamiento constructivo o edificatorio del que soporta las luces, al afirmar que este último no ve limitado, alterado o modificado su derecho a construir sin sujeción a distancia alguna (art. 550 CDFA), añadiendo además, por si todavía no fuera suficientemente claro, que lo puede hacer «como estime conveniente». La obra obstructiva de las luces ya no tiene que ser o no tiene por qué insertarse necesariamente en una unidad constructiva y funcional. Cualquiera que sea la entidad de la construcción, de su alcance, de su finalidad, estará permitida, sin otro límite, como dice el Preámbulo, que el abuso del derecho. En el presente caso no aprecio abuso de derecho, por cuanto la parte demandada ha realizado una construcción en los límites de su propiedad, realizando un diseño constructivo adecuado a las características de su entorno.

61 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

84: SERVIDUMBRES

APARENTES

• DE PASO

S. TSJA 15/2015, 20 de mayo de 2015

Se estima el motivo de infracción procesal por error en la valoración de los medios de prueba válidamente practicados para la acreditación de la existencia del camino de paso. Se recoge la doctrina de la Audiencia Provincial de Huesca sobre la servidumbre de paso, que puede ser o no ser aparente, y lo es cuando se ejerce por camino, senda o carril: lo decisivo es que se detecten realmente huellas, marcas o vestigios de que el paso se realiza a través de un camino o carril que delimita el recorrido, lo que supondría un signo aparente de servidumbre (Ss. APH 15/5/2008 y 28/2/2011 (y las en esta última citadas). Sobre las servidumbres aparentes en la Compilación (art. 147) y el recurso supletorio al art. 532 Cc. para determinar qué ha de entenderse por apariencia y por signo aparente, se reproduce lo dicho en las Ss TSJA de 18/6/2010 y 25/11/2009. En el caso se tiene por acreditada la apariencia y el uso del camino de paso por el tiempo preciso para usucapir, se estima el recurso, se casa la sentencia de la APH y se confirma íntegramente la del Juzgado de Boltaña.

16 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

DE VERTIENTE DE TEJADO

• EXTINCIÓN

S. APT, 13 de mayo de 2014

El edificio antiguo tenía una servidumbre de vertiente de tejado desde una primera planta nada más con tejas salientes, que con la nueva construcción se ha sustituido por dos tejados con aleros en dos plantas diferentes superiores. Esta sobre elevación supone una agravación de la servidumbre que infringe el art. 543 CDFA, que impide al dueño del predio dominante alterar o hacer más gravosa la servidumbre lo que conlleva la extinción de la misma. Al haber hecho más gravosa la servidumbre, debe ser estimado el recurso y estimada la demanda, declarándose la extinción de la servidumbre con retirada de los dos nuevos aleros que se introducen en la finca de los actores al haber sido ocupado el vuelo de la misma sin justificación alguna.

48 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

SERVIDUMBRE FORZOSA DE ACCESO A RED GENERAL

• REQUISITOS

S. APZ (secc. 4ª) 20 de noviembre de 2014

El derecho a exigir la constitución de servidumbre forzosa debe interpretarse en forma restrictiva y cuando la necesidad es real, no cuando el enclavamiento ha tenido lugar de forma deliberada por causa imputable al dueño de la finca que pretende el predio dominante. Por lo tanto, la demanda y el recurso deben perecer, al resultar acreditado, 1º), que fue la propia actora la que propició su aislamiento y, 2º) a mayor abundamiento, por lo expuesto, porque no se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 581 C DF, puesto que ha resultado probado que la conexión a la red general puede realizarse por otro sitio sin gastos desproporcionados, y sin causar perjuicio a la finca de los demandados.

58 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

92: DERECHO DE ABOLORIO O DE LA SACA

BIENES DE ABOLORIO

• EDIFICIOS O PARTE DE ELLOS

S. TSJA 5/2016, 10 de febrero de 2016

Se desestima el motivo de infracción procesal. El motivo único de casación se interpone por infracción de los arts. 589 y 593 del CDFA. Se discute si una finca registral urbana que constituye el jardín del edificio, y que no tiene acceso ni vida independiente del mismo (incluso son una misma finca catastral) puede considerarse un bien de abolorio y ser retraíble junto con el edificio del que es un anejo. Aparte de los inmuebles de naturaleza rústica, el art. 589 CDFA permite el ejercicio del retracto de abolorio sobre los edificios o parte de ellos en tanto que, como dice el Preámbulo, también pueden conservar la impronta familiar con fuerza sufi-

ciente para justificar la preferencia de los parientes respecto a los terceros adquirentes, y sin necesidad de que deban estar destinados a finalidad agrícola. Toda la finca integrada por la casa, la cochera, el corral y el jardín con piscina debe ser considerada como un edificio.

42 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

FINALIDAD

- ***SUPRESIÓN DE LA FACULTAD MODERADORA***

S. TSJA 5/2016, 10 de febrero de 2016

Como dice el Preámbulo del CDFA, en la regulación actual no se exigen otros requisitos que los legalmente establecidos, entre los que no se encuentra la afección del retrayente a los bienes que pretende retraer y, desde luego, no se exige que se pruebe la misma. La supresión de la facultad moderadora tiene su justificación, precisamente, en objetivar los requisitos exigibles (parentesco y permanencia en la familia), sin exigir una afección específica que se debe presumir mediante el cumplimiento de los requisitos anteriores. Además, ha de tenerse en cuenta la prohibición para el retrayente de enajenar el bien adquirido durante cinco años

(art. 596.3). La exigencia de una afección subjetiva del retrayente, al no ser un requisito legalmente exigido para el ejercicio del derecho de abolorio, vulnera lo establecido en el art. 589 CDFA, por lo que debe ser estimado el recurso y casada la sentencia.

42 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

PLAZO DE EJERCICIO

- ***DIES A QUO A FALTA DE NOTIFICACIÓN DE LA TRANSMISIÓN***

S. APT, 14 de marzo de 2014

El cómputo del plazo desde la fecha de Inscripción en el Registro opera cuando no consta con anterioridad el conocimiento por medio distinto de la venta y sus condiciones. Por ello y siendo un hecho inconcuso el transcurso del plazo de los 90 días desde la inscripción, la acción ha caducado, pues por la propia naturaleza del plazo no es susceptible de interrupción. Razón esta última, que impide reconocer eficacia alguna a la presentación de las Diligencias Preliminares, en solicitud de las escrituras de venta.

46 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

NORMAS DE EDICIÓN

PUBLISHING STANDARDS

I. POLÍTICA EDITORIAL

1. CONTENIDOS

La *Revista de Derecho Civil Aragonés* es un espacio para el conocimiento, la aplicación y el debate del Derecho civil aragonés y sus relaciones con el resto de los Derechos civiles territoriales españoles, especialmente en aspectos o cuestiones cuya novedad, actualidad y dificultad, exijan reflexiones jurídicas tanto desde el punto de vista teórico como práctico.

La *Revista de Derecho Civil Aragonés* publica artículos y trabajos en español y ocasionalmente en catalán, gallego, valenciano, vasco, francés, inglés e italiano. La revista se compone de siete secciones, de las que tres de ellas, *Estudios*, *Notas y cuestiones prácticas* y *Comentarios de jurisprudencia*, están destinadas a la comunicación de resultados de investigación y al debate científico de cuestiones prácticas.

Las secciones *Materiales* y *Noticias* están a cargo de los coordinadores de la revista y dan testimonio de todas las actividades y evolución del Derecho civil aragonés.

La sección destinada a la *Bibliografía*, comprende dos subsecciones: *Recensiones*, para comentar las obras científicas de nueva aparición que versen sobre cualquier materia jurídica que afecte o sea relevante para el Derecho civil aragonés; y *Repertorio de bibliografía*, que está a cargo del profesor Serrano García y da noticia de cualesquiera obras científicas relevantes para el estudio, conocimiento y aplicación del Derecho civil de Aragón.

La sección destinada a la *Jurisprudencia* está elaborada por los coordinadores de la revista y en ella se hace referencia a todas las sentencias del Tribunal

Superior de Justicia de Aragón, y a las más relevantes dictadas por las audiencias provinciales y juzgados civiles aragoneses; también se hace referencia a sentencias del Tribunal Supremo o de otros tribunales españoles que conozcan de materias aragonesas o que contribuyan a crear jurisprudencia en Aragón.

Para más información sobre el contenido y forma de cada sección, debe consultarse, en el apartado Envíos, la hoja de estilo y las directrices para los autores.

2. REVISIÓN POR PARES

La *Revista de Derecho Civil Aragonés* somete los artículos recibidos a un trámite riguroso de evaluación y selección.

El proceso de examen se llevará a cabo, al mismo tiempo y de forma anónima, por un mínimo de dos especialistas independientes.

El resultado del proceso de examen podrá ser la aceptación del trabajo para su publicación, la aceptación condicionada a la revisión o corrección por el autor, o la denegación. Los autores serán informados de la conclusión del proceso de examen y, en su caso, también de las sugerencias contenidas en los informes de los evaluadores, que les serán remitidos a fin de que procedan a incorporar las correcciones y, en la medida de lo posible, las sugerencias en ellos contenidas.

El método de evaluación empleado es «doble ciego», manteniendo el anonimato tanto del autor como de los evaluadores. La decisión final se le comunica al autor en un plazo máximo de un mes. En caso de ser aceptado, el tiempo para su publicación dependerá de la programación de la revista. Al final de cada artículo o aportación figurarán las fechas de recepción y aceptación.

3. ACCESO ABIERTO

Esta revista proporciona un acceso abierto a su contenido, basado en el principio de que ofrecer al público un acceso libre a las investigaciones ayuda a un mayor intercambio global del conocimiento.

Desde el año 2000 pueden consultarse todos sus números en la página web de la Institución «Fernando Católico»:

<http://ifc.dpz.es/publicaciones/biblioteca2/id/10>

4. BASES DE DATOS

La Revista de Derecho civil aragonés está incluida en las siguientes bases de datos: Latindex (catálogo); ISOC, REHS, DICE, Dialnet (Clasificaciones CIR=C), IN-RECJ (sección Derecho civil y mercantil, cuarto cuartel) y MIAR (IDCS=3.799).

II. ENVÍOS

1. ENVÍOS

Los trabajos se enviarán por correo electrónico a las direcciones de las personas de contacto:

José Antonio Serrano García: serranoj@unizar.es

María del Carmen Bayod: cbayod@unizar.es

En el correo se indicará como Asunto: “publicar-RDCA”.

Los trabajos deberán entregarse siguiendo la hoja de estilo y directrices para los autores.

En el correo electrónico el autor indicará sus datos personales: teléfono de contacto y domicilio, profesional o particular, a los efectos de enviarle, gratuitamente un ejemplar de la Revista en la que se publique su trabajo.

2. DIRECTRICES PARA AUTORES/AS

- Los escritos han de ser inéditos y originales.
- Indicaciones por secciones:

Estudios. El Estudio es el trabajo científico monográfico, de una extensión entre 25 y 40 páginas. El trabajo se acompañará de una bibliografía final completa con todas las obras citadas.

Notas y Cuestiones Prácticas. Esta sección está abierta, principalmente, pero no exclusivamente, a los distintos profesionales del Derecho (notarios, procuradores, letrados, asesores jurídicos, jueces, magistrados, secretarios judiciales, becarios o cualesquiera otros) para que formulen, de forma breve y sin notas, los problemas, casos, cuestiones, etc., que se les presenten en el ejercicio profesional y guarden alguna relación con el Derecho civil aragonés. En lo que atañe a las *Cuestiones prácticas*, se pretende la resolución de asuntos prácticos de difícil, discutida o inédita respuesta; se apunta a la búsqueda de lo que podría o debería ser decisión de los tribunales o criterio de aplicación de la norma para los operadores jurídicos en una materia o situación muy concreta; se trata, en definitiva, de exponer una posible solución o esa en concreto que ofrece el profesional en su despacho. La *Cuestión* debería ceñirse a un máximo de cinco o diez páginas. Las *Notas* pueden tener como finalidad la presentación de una nueva norma o de una norma en ciernes, el análisis de un precepto ambiguo o de una jurisprudencia mal fijada o contradictoria; la nota no debe superar las 20 páginas.

Comentarios de Jurisprudencia. Consiste en el análisis de alguna o varias sentencias relacionadas entre sí, principalmente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, poniendo de relieve su doctrina y aplicación práctica. Se recomienda que el comentario se desarrolle entre diez y veinte páginas.

Recensiones. Consiste en dar a conocer una monografía de reciente aparición comentada por un especialista en la materia. La recensión no debe superar cinco páginas.

- El autor cede los derechos de distribución, comunicación pública y reproducción de su trabajo para su publicación en la *Revista de Derecho Civil Aragonés* en cualquier tipo de soporte, así como para su inclusión en las bases de datos en las que la revista esté indexada.
- Los trabajos editados en la *Revista de Derecho Civil Aragonés* podrán ser publicados con posterioridad en otros medios, siempre que el autor indique claramente que el trabajo se publicó por primera vez en esta revista.
- Se pueden copiar, usar, difundir y transmitir para uso privado, siempre que se cite la autoría y la fuente original de su publicación (revista y editorial). Los autores tienen permiso para realizar el autoarchivo de sus originales de la manera que estimen oportuna, pero la Institución «Fernando el Católico» se reserva la exclusividad en la difusión de las obras publicadas con su sello editorial una vez maquetadas y revisadas para imprenta.
- Los trabajos publicados en la revista carecerán de remuneración. Los autores recibirán un ejemplar de la revista en que se publique.
- Las opiniones, referencias y datos consignados en cada artículo son de la exclusiva responsabilidad de sus autores. La *Revista de Derecho Civil Aragonés* y su entidad editora, Institución «Fernando el Católico», no se hacen responsables en ningún caso de la credibilidad y autenticidad de los trabajos.

HOJA DE ESTILO

1. El texto de la aportación se presentará en formato word (doc, docx).
2. Debe ir precedido de los siguientes elementos:

TÍTULO DE LA APORTACION¹

NOMBRE DEL AUTOR O AUTORES

Profesión, cargo o grado

Referencia institucional

RESUMEN: En redonda

ABSTRACT: Resumen en lengua inglesa (incluido el título del trabajo).

PALABRAS CLAVE: En redonda

KEY WORDS: Palabras clave en lengua inglesa

SUMARIO: I. TÍTULO. 1. Apartado. A. Subapartado². 2. BIBLIOGRAFÍA.

3. A continuación se incorpora el texto íntegro de la aportación, que debe sujetarse a las siguientes reglas formales de edición:

3.1. Formato:

Tipos de letra:

- Letra del texto general: Times New Roman 12 puntos.
- Letra de las notas al pie: Times New Roman 8 puntos.

Alineación de párrafos: Justificado a derecha e izquierda.

Interlineado: Sencillo.

3.2. Citas, interpolaciones y referencias:

- Las citas de longitud inferior a dos líneas se integrarán en el texto, entre comillas; las de más de dos líneas dan lugar a un nuevo párrafo sangrado y en tipo Times New Roman 10 puntos.

¹ En su caso, incluir la referencia a posibles proyectos de investigación y agradecimientos.

² Si hay subepígrafes posteriores, principiarán éstos con letra: a, a', etc. Si es preciso hacer subdivisiones que no precisen de una rúbrica, se empleará el guión (–) o el punto (•)

- En cuanto al uso de comillas, se recomienda utilizar en primer lugar las comillas españolas o angulares (« »), reservando las inglesas o altas (“ ”) y las sencillas (‘ ’), para cuando deban entrecomillarse partes de un texto ya entrecomillado.
- Las interpolaciones (supresiones, añadidos, modificaciones) que se hagan a un texto que se transcribe se insertan entre corchetes.
- Las referencias bibliográficas podrán realizarse de acuerdo al sistema tradicional de notas a pie de página (notas de referencia), numeradas correlativamente, pero también por el sistema de referencias incluidas en el texto. El sistema elegido debe mantenerse uniforme en todo el texto.

3.3. Cita de normas:

- La primera cita de una norma, en el texto, será completa. Por ejemplo: Art. 3 del Código del Derecho foral de Aragón.
- Para las citas posteriores será suficiente con la abreviatura. Por ejemplo: Art. 3 CDFA.

3.4. Citas de jurisprudencia:

- Se debe procurar escribir las palabras «sentencia» y «resolución» de modo completo, salvo que se haga referencia a alguna o algunas concretas entre paréntesis o entre corchetes, en cuyo caso se emplearán las abreviaturas. Se trata también de una recomendación.
- En cuanto a la referencia, será concisa. Por ejemplo:
STSJA 34/2012, de 19 de octubre
SAPZ (secc. 4ª), de 30 de diciembre de 2010

3.5. Referencias bibliográficas:

Para las referencias bibliográficas, se puede escoger entre el sistema tradicional y el de «autor-fecha».

3.5.1 Sistema tradicional.

- En el sistema tradicional de cita y referencia bibliográfica, toda cita textual debe ir acompañada de su correspondiente referencia bibliográfica a pie de página (se descarta la nota final), con una llamada numérica consecutiva escrita como superíndice.
- La referencia de la obra ha de ser completa la primera vez y abreviada en las siguientes. Igualmente será completa en la bibliografía final.

- En las referencias virtuales, además de la dirección completa y demás datos, se debe incluir al final la fecha de consulta.

EJEMPLOS:

Monografías:

LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, Barcelona, 1963.

Artículos de revista:

LACRUZ BERDEJO, José Luis, «Contribución a la metodología del Derecho Privado», *Anuario de Derecho Aragonés*, 1945, p. 118.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, «Contribución a la metodología del Derecho Privado», *ADA*, 1945, p. 118.

Capítulos de obras colectivas:

SERRANO GARCÍA, José Antonio, «La reforma aragonesa del Derecho civil patrimonial» en *Derecho civil patrimonial aragonés*. Actas del seminario celebrado en Zaragoza los días 26 y 27 de mayo de 2011, IFC, Zaragoza, 2013, pp. 11-62.

Revistas electrónicas:

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «El “Vidal Mayor”, Don Vidal de Canellas y Los Fueros de Aragón», *Cuadernos «Lacruz Berdejo»*, núm. 6, 2009. Disponible en <http://derecho-aragones.net/cuadernos/> [Consulta: 19 febrero 2014]

Páginas web:

GOMA LANZÓN, Fernando y MERINO ESCARTÍN, José Félix, «Sugerencias conjuntas de un notario y un registrador ante ciertas dudas que suscita la aplicación inmediata de la ley 1/2013 de protección de los deudores hipotecarios». Disponible en:

http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2013ley1-2013-fernan_do-goma-felix-merino.htm [Consulta: 10 junio 2013].

3.5.2. Sistema «autor-fecha»:

- En el estilo Harvard de citas o el Harvard-APA (estilos «autor-fecha» o «autor-año»), las citas y referencias bibliográficas se realizan de modo abreviado dentro del texto, colocando entre

paréntesis el apellido o apellidos del autor o autores (en versalitas), el año de publicación de la obra y seguido de dos puntos el número de página citado. Este sistema permite no utilizar las citas a pie de página.

EJEMPLO:

«En los textos refundidos, como señala GARCÍA DE ENTERRÍA (2011: p. 268) la labor que se encarga al Gobierno es técnica y no creadora: sistematizar y armonizar una pluralidad de leyes».

- Cuando se cite más de un trabajo de un mismo autor y año, el año de publicación irá seguido de una indicación numérica: (BAYOD LÓPEZ, 2012-1: 56).
- Para citar una publicación con varios autores, si son dos, se deben consignar los apellidos de los dos: (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, vol. 3, 2003: 99). Si son de tres a cinco autores, la primera vez deben citarse todos los autores (DÍEZ-PICAZO, BERCOVITZ, ROGEL, CABANILLAS y CAFFARENA, 1977: 35). Las veces siguientes, se utilizará el primer nombre y «et al.» (DÍEZ-PICAZO et al., 1977: 89). Si son seis o más autores, en todos los casos, consignar el nombre del primer autor seguido de «et al.».
- La referencia bibliográfica será completa en la bibliografía final.

EJEMPLO:

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús (2005), «El concepto de validez de los actos jurídicos de Derecho privado (Notas de teoría y dogmática)», *ADC*, t. LVIII, Madrid, pp. 9-74.

- En caso de que haya varias obras de un mismo autor y año, deberá consignarse entre paréntesis el año/número, siguiendo cualquiera de las dos formas anteriores. Como ejemplo, consignamos sólo una:

BAYOD LÓPEZ, María del Carmen (2012-1), «La sucesión legal en el Código del Derecho Foral de Aragón», *RDCA*, XVIII, pp. 55 a 120.

BAYOD LÓPEZ, María del Carmen (2012-2), «Accesión, sucesión y régimen económico matrimonial (Reflexiones a la luz de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 3 de diciembre de 2010)», *RDCA*, XVIII, pp. 257 a 277.

3.6. Recomendaciones para la presentación del texto:

- No utilizar negritas, haciendo uso de las cursivas sólo en las citas que las contengan, en palabras que se quiera resaltar o en las que estén escritas en otro idioma.
- Es conveniente el empleo de minúsculas en las iniciales de cargos u oficios (notario, abogado...), órganos (tribunal, juzgado...), preceptos (artículo, decreto...), dejando el uso de la mayúscula inicial para los nombres de las personas e instituciones y los títulos de las normas.
- Los nombres de personas (autores, generalmente) se escriben en el texto en versal/versalita.
- Los incisos entre guiones deben —como en este ejemplo— marcarse con guión largo.



INSTITUCIÓN «FERNANDO EL CATÓLICO»

Excma. Diputación de Zaragoza
Plaza España, 2
50071 Zaragoza (España)

REVISTA DE DERECHO CIVIL ARAGONÉS
Acuerdo de intercambio

Área: Derecho Civil
Director: Jesús Delgado Echeverría
Secretarios: José Antonio Serrano García y
María del Carmen Bayod López
Año de fundación: 1995
Periodicidad: Anual
Formato: 17 x 24 cm
Editor: Institución «Fernando el Católico»
Zaragoza (Spain)
ISSN 1135-9714
347(460.22)
Intercambio de Publicaciones: Tff. (34) 976 288 878 - 288 879
E-mail: interch@ifc.dpz.es * [http:// 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
Excmo. 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
<http://ifc.dpz.es>

BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN A PUBLICACIONES PERIÓDICAS DE LA IFC

☐ Anuario Aragonés de Gobierno Local	☐ lus Fugit
☐ Archivo de Filología Aragonesa	☐ Jerónimo Zurita, Revista de Historia
☐ Caesaraugusta	☐ Nassarre
☐ Ciencia Forense	☐ Palaeohispánica
☐ Emblemata	☐ 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

Titular de la cuenta:

Banco/Caja:

Agencia:

Domicilio:

Población:

CP: Provincia/País:

IBAN	Internacional	Entidad	Oficina	DC	Número de cuenta o libreta

Ruego se sirvan aceptar con cargo a nuestra cuenta corriente las facturas presentadas por Institución Fernando el Católico (CIF: P5090001H) a cambio de la entrega domiciliaria de los próximos números que reciba y hasta nueva orden, todo ello con un descuento del 25% sobre precio de venta al público.

Firma:



CECEL (CSIC)

