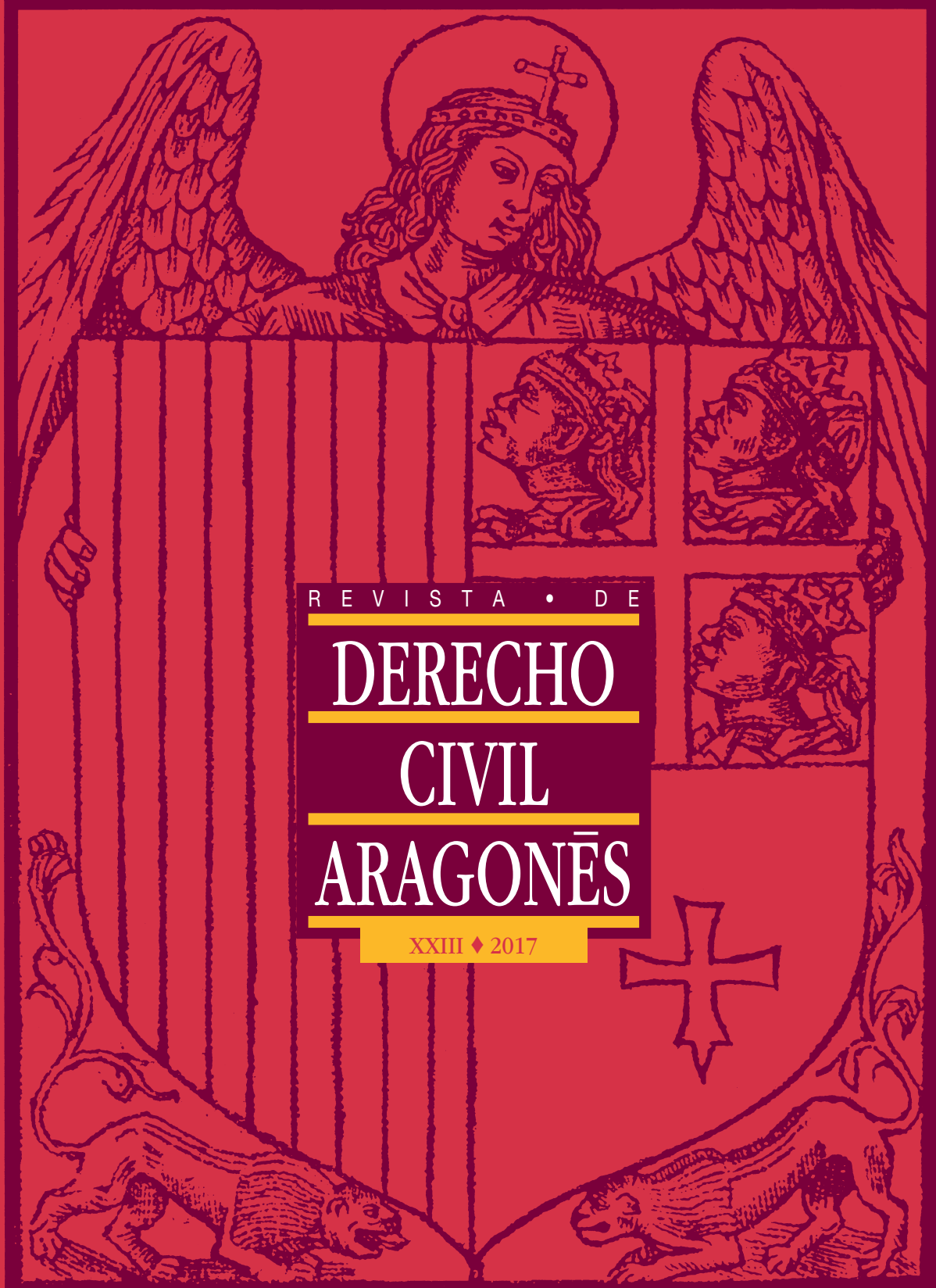




REVISTA • DE

DERECHO
CIVIL
ARAGONÉS

XXIII ♦ 2017

La versión original y completa de esta obra debe consultarse en:
<https://ifc.dpz.es/publicaciones/ebooks/id/3666>



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
XXIII
AÑO 2017

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

XXIII
AÑO 2017



INSTITUCIÓN «FERNANDO EL CATÓLICO»
Excma. Diputación Provincial
Zaragoza, 2017

Publicación número 3573
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
<https://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, 2017, XXIII

PRESENTACIÓN / PRESENTATION.....	7
 ÍNDICE ACUMULADO DE LA JURISPRUDENCIA PUBLICADA EN LA RDCA DESDE EL AÑO I AL XXIII (1995 A 2017) / ACCUMULATED CONTENT OF JURISPRUDENCE PUBLISHED IN THE RDCA FROM YEAR I TO YEAR XXIII (1995-2017)	 11
A) Partes del índice acumulado y explicación del “índice de claves” / <i>Parts of the accumulated content and explanation of the “index of keys”.</i>	13
B) Tabla de materias del índice acumulado de jurisprudencia / <i>Table of contents of the accumulated index of jurisprudence</i>	15
C) Índice acumulado de la jurisprudencia desde el año I al XXIII (1995 a 2017) / <i>Accumulated content of jurisprudence from year I to year XXIII (1995-2017).....</i>	19
 NOTICIAS / NEWS.....	 465
A) Noticias del Justicia de Aragón / <i>News of the “Justicia” [mediaeval entity similar to Ombudsman] of Aragon</i>	467
B) Cursos, Charlas y Seminarios sobre Derecho civil aragonés / <i>Courses, Talks and Seminars on Civil Law of Aragon.....</i>	474
C) Otras noticias / <i>Other news.....</i>	476

Índice

BIBLIOGRAFIA / <i>BIBLIOGRAPHY</i>	477
Repertorio de Bibliografía / <i>Bibliography Repertoire</i>	479
JURISPRUDENCIA / <i>JURISPRUDENCE</i>	501
A) RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DEL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN (2015-2016) / <i>DECISIONS OF THE HIGH COURT AND THE HIGH COURT OF JUSTICE OF ARAGON (2015-2016)</i>	503
B) ÍNDICE DE LAS RESOLUCIONES PUBLICADAS EN ESTE NÚME- RO / <i>CONTENT OF THE DECISIONS PUBLISHED IN THIS NUMBER</i>	663
NORMAS DE EDICIÓN / <i>PUBLISHING STANDARDS</i>	669

PRESENTACIÓN

PRESENTATION

En Aragón, las decisiones de los Tribunales han sido siempre objeto de estudio por foristas y juristas. Cuando en la mayor parte de Europa –y así en Castilla– estaba prohibido que los jueces hicieran públicas las razones de sus sentencias (para proteger la autoridad de las mismas y no rebajar el poder que las dicta, se supone), en Aragón era obligatorio y normal hacerlo. *Motiva sunt pars sententiae*. Por eso se publicaron, imprimieron y comentaron las sentencias de la Audiencia Real: fueron famosas las colecciones y comentarios de decisiones de tribunales de Monter de la Cueva, Casanate, Sessé, Suelves, Vargas Machuca. Hasta los Decretos de Nueva Planta, que prohíben en Aragón lo que en Castilla nunca se había querido hacer. Pero para entonces está claro entre nosotros que las sentencias, además de actos de decisión, son abundancia ordenada de argumentos y razones que analizan los hechos juzgados según derecho e interpretan las normas que han de aplicárseles. Las buenas razones que juristas y foristas estudiarán y, en su caso, criticarán, contribuyendo de este modo al conocimiento –a la ciencia– de los Fueros.

En el Estado liberal, la atención por la jurisprudencia se extiende, naturalmente, a la del Tribunal Supremo –única que puede entonces ser jurisprudencia en sentido estricto–, pero sigue incluyendo las decisiones y las razones de las Audiencias y los juzgados de Aragón, a menudo más respetuosas con su Derecho.

A finales del siglo XIX se publica la gran obra de Ripollés (*Jurisprudencia civil de Aragón*, III Vols., 1897), enriquecida por el prólogo de Isabal, el estudio preliminar y los numerosos apéndices que incorpora, algunos tan importantes como los dedicados a los arts. 12-15 Ce.

Cuando el Consejo de Estudios de Derecho Aragonés comenzó a publicar su Anuario de Derecho Aragonés la jurisprudencia fue uno de los objetos principales de su atención. De hecho, propició la recopilación de las sentencias producidas entre 1897 y la fecha inicial del propio Anuario (1944): Valenzuela Larrosa y

Sancho Dronda se ocuparon de los años 1926 a 1946 (ADA 1946) y Ramón Sáinz de Varanda de colmar el hueco entre 1897 y 1926 (ADA 1947).

La sección de jurisprudencia del Anuario estuvo a cargo habitualmente de José Lorente Sanz, mientras que de 1950 a 1967 Foro aragonés (Jesús Bergua) publicaba las sentencias, como a partir de ese año hizo el Boletín del Colegio de Abogados o sus suplementos.

Desde la Universidad, en 1986, tuvimos ocasión de preparar unos índices informatizados de las aproximadamente quinientas sentencias publicadas en los repertorios que acabamos de citar, es decir, las publicadas entre 1947 y 1985: índice por fechas, por fechas y conceptos, por claves de clasificación, por artículos y por conceptos. Utilizamos el primer ordenador Macintosh que tuvimos en la Facultad (tempranamente, pues fueron lanzados al mercado mundial en 1984) y una de aquellas impresoras de puntos. El Colegio de Abogados de Zaragoza editó algunos ejemplares. En aquella publicación consta que

«(...) el diseño y dirección de estos “índices” se debe al Dr. Jesús Delgado Echeverría, catedrático de Derecho civil. La mayor parte del trabajo de búsqueda de las sentencias e introducción de los datos en el ordenador ha corrido a cargo del Ldo. José Antonio Serrano, Profesor Ayudante de Derecho civil».

Casi lo mismo podríamos decir del “Índice acumulado” que ahora presentamos, con importantes modificaciones y adiciones. El Profesor Serrano se doctoró y es hoy Prof. Titular de Derecho civil (Acreditado como Catedrático); y junto a él ha trabajado todos estos años en la formación de los índices la también Profa. Titular y Acreditada María del Carmen Bayod.

Con estos antecedentes, se entenderá que al proyectar esta RDCA (de la que son director y secretarios las personas arriba nombradas) se previera la publicación de sentencias y la confección de índices, en cierto sentido continuadores de los de 1986, pero ahora con experiencia y medios técnicos superiores.

La RDCA dedicó desde su primer número las páginas que hicieran falta a la publicación y análisis de las sentencias del TSJA, que durante algunos años no se publicaba completa ni a tiempo en repertorios nacionales. Pero también a la jurisprudencia aragonesa en el más amplio sentido, es decir, en un principio, a todas las decisiones judiciales de cualquier rango y procedencia cuyo contenido hiciera referencia al Derecho aragonés (contenido entonces en la Compilación). No eran muchas ni fácil conocerlas.

El acceso por los interesados a las sentencias de Derecho aragonés ha cambiado sustancialmente desde entonces, entre otras razones por la existencia de bases de datos jurisprudenciales, públicas y privadas. Sin embargo, creemos que sigue teniendo sentido una publicación selectiva específicamente de Derecho civil aragonés.

Hoy seguimos publicando íntegras las sentencias del TSJA. Creemos que el análisis de su contenido que hacemos para nuestros índices enriquece estos y disecciona los asuntos de las sentencias de manera más detallada y adecuada para su estudio en el contexto de la aplicación del Derecho aragonés. Son las del TSJA las decisiones de referencia, las únicas que pueden llegar a formar jurisprudencia en sentido estricto, como fuente del Derecho (junto con las, hoy residuales, del Tribunal Supremo que, naturalmente, también publicamos e indizamos). En número, son con mucho más copiosas las de las Audiencias y los Juzgados de Aragón. Al principio, publicábamos íntegras todas las que llegaban a nuestras manos. Hoy seleccionamos y recortamos entre las que nos llegan, que son muchas más, como corresponde a la normalización de la aplicación judicial del Derecho civil de Aragón.

En las páginas siguientes se encuentra el índice acumulado de la jurisprudencia publicada en esta RDCA desde su primer número (1995) hasta el presente incluido. El diseño en 1995 de una base de datos informatizada, mantenido hasta nuestros días con pequeñas variaciones, nos ha permitido acumular y clasificar pertinentemente las sentencias de todos estos años y presentar sus resúmenes por temas siguiendo la tabla de materias que se publica en las páginas 15 a 17, que suponemos bastante intuitiva para los habituados a trabajar en Derecho aragonés y que, en todo caso, sigue en lo fundamental las grandes divisiones del Derecho civil. Los resúmenes de las resoluciones así ordenados pueden mostrar por sí solos contenidos y evoluciones doctrinales de interés, pero es obvio que cobran todo su sentido a través del texto completo (o el fragmento, en algunos casos) publicado en su momento en el número de la RDCA que en cada caso se indica.

Además, este número tiene las secciones ordinarias de Noticias y de Bibliografía y, naturalmente, la de Jurisprudencia de los últimos años con sus índices, que se han refundido ya en el general.

LA REVISTA

**ÍNDICE ACUMULADO
DE LA JURISPRUDENCIA PUBLICADA
EN LA REVISTA DE DERECHO CIVIL ARAGONÉS
DESDE EL AÑO I AL XXIII
(1995 A 2017)**

***ACCUMULATED CONTENT
OF JURISPRUDENCE PUBLISHED IN THE JOURNAL
OF CIVIL LAW ARAGONESE FROM
YEAR I TO XXIII
(1995-2017)***

Preparado por
José Antonio SERRANO GARCÍA y
María del Carmen BAYOD LÓPEZ,
bajo la dirección de Jesús DELGADO ECHEVERRÍA

A) PARTES DEL ÍNDICE ACUMULADO Y EXPLICACIÓN DEL “ÍNDICE DE CLAVES”

A) PARTS OF THE ACCUMULATED CONTENT AND EXPLANATION OF THE “INDEX OF KEYS”

Cada una de las referencias que contiene este índice acumulado de la jurisprudencia consta de varias partes o elementos:

1. *La clasificación por materias*, que incluye cada referencia jurisprudencial en alguna de las divisiones del que llamamos “índice de claves” o tabla de materias principales (por ejemplo: “0: Derecho Fiscal y Procesal. Derecho transitorio. Otras materias”; “64. Relaciones entre ascendientes y descendientes”, etc.).

Las materias del “índice de claves”, a su vez, suelen dividirse en conceptos (por ejemplo: “Casa”, “Casación foral”) y éstos en subconceptos (por ejemplo: “Admisión”, “Causas de inadmisión”), para permitir agrupar las referencias jurisprudenciales con una mayor precisión.

2. *Los datos necesarios para identificar la resolución judicial* de la que procede la reseña (por ejemplo: “S. TSJA 18 de diciembre de 1990”, “S. APH 8 de junio de 2005”).

3. *El sumario* con la información extractada del contenido de la resolución judicial referido a esa materia clave, concepto y, en su caso, subconcepto.

4. *Los datos que permiten localizar la resolución judicial extractada en el volumen de la Revista de Derecho Civil Aragonés que la publica*: en la última línea de cada referencia jurisprudencial se facilita en negrita el número marginal de la resolución y seguidamente los datos del volumen de la Revista que la publica. Localizado dicho volumen hay que buscar, dentro de la sección dedicada a la jurisprudencia, el marginal de la resolución que nos interesa. En muchas ocasiones podremos leer la resolución íntegra, en otras sólo sus fundamentos de derecho y, en otras, sólo el extracto o extractos que reproduce el índice acumulado.

Denominamos “índice de claves” al sistema de clasificación “numérico conceptual” de las materias de Derecho civil aragonés que usamos para clasificar tanto la bibliografía como la jurisprudencia, por lo que tiene apartados referidos al Derecho vigente, que son los que necesitamos para clasificar la jurisprudencia, pero también otros apartados que sólo sirven para ordenar la variada bibliografía relativa a los antecedentes, fuentes e instituciones históricas, temas comunes a los Derechos forales, obras generales, auxiliares, etc.

El “índice de claves” (tabla de materias) completo se reproduce en la explicación previa que acompaña al índice de las resoluciones judiciales publicadas en cada número de la RDCA. Este índice es también el utilizado por la Biblioteca Virtual de Derecho Aragonés.

En esta ocasión, sólo nos interesan los apartados del “índice de claves” que son útiles para la clasificación de la jurisprudencia.

**B) TABLA DE MATERIAS
DEL ÍNDICE ACUMULADO DE JURISPRUDENCIA**

***B) TABLE OF CONTENTS OF THE ACCUMULATED
INDEX OF JURISPRUDENCE***

0. DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS	20
5. PARTE GENERAL DEL DERECHO.....	56
51. FUENTES DEL DERECHO. COSTUMBRE. <i>Standum est chartae</i>	56
6. PERSONA Y FAMILIA	74
61. EN GENERAL	74
62. EDAD. INCAPACIDAD E INCAPACITACIÓN	77
64. RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES.....	82
ALIMENTOS LEGALES A LOS HIJOS MAYORES DE EDAD	82
ASIGNACIÓN COMPENSATORIA	85
ATRIBUCIÓN DEL USO DE VIVIENDA FAMILIAR.....	93
AUTORIDAD FAMILIAR	100
DERECHOS Y PRINCIPIOS EN LA RUPTURA DE LA CONVIVENCIA DE LOS PADRES.....	105
EFECTOS DE LA FILIACIÓN.....	109
GASTOS DE ASISTENCIA A LOS HIJOS	109
GASTOS DE LOS HIJOS MAYORES O EMANCIPADOS.....	117

GESTIÓN DE LOS BIENES DE LOS HIJOS.....	124
GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS.....	125
MEDIDAS JUDICIALES. MODIFICACIÓN.....	170
PACTO DE RELACIONES FAMILIARES	174
RÉGIMEN DE VISITAS	175
65. RELACIONES PARENTALES Y TUTELARES. ADOPCIÓN, GUARDA, ACOGIMIENTO. PROTECCIÓN DE MENORES	181
66. RÉGIMEN ECONÓMICO CONYUGAL	191
661. EN GENERAL	191
662. RÉGIMEN MATRIMONIAL PACCIONADO	195
663. CONSORCIO CONYUGAL.....	203
6631. CONSORCIO CONYUGAL: ACTIVO	203
6632. CONSORCIO CONYUGAL: PASIVO	226
6633. CONSORCIO CONYUGAL: GESTIÓN	242
6634. CONSORCIO CONYUGAL: DISOLUCIÓN. LA COMUNIDAD POSCONSORCIAL.....	249
6635. CONSORCIO CONYUGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN.	258
67. COMUNIDAD CONYUGAL CONTINUADA.....	280
68. VIUDEDAD.....	281
681: DISPOSICIONES GENERALES	281
682: DERECHO EXPECTANTE DE VIUDEDAD.....	283
683: USUFRUCTO VIDUAL.....	289
69. PAREJAS ESTABLES NO CASADAS	301
7. DERECHO DE SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE	305
71. EN GENERAL Y NORMAS COMUNES A LAS SUCESIONES VOLUNTARIAS	305
711. DISPOSICIONES GENERALES	305
712. CAPACIDAD E INDIGNIDAD PARA SUCEDER	308
713. SUSTITUCIÓN LEGAL	308

Índices de Jurisprudencia

714. ACEPTACIÓN Y REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA	310
715. RESPONSABILIDAD DEL HEREDERO	313
716. COLACIÓN Y PARTICIÓN.....	316
717. CONSORCIO FORAL	317
718. NORMAS COMUNES A LAS SUCESIONES VOLUNTARIAS.....	323
72. SUCESIÓN TESTAMENTARIA.....	326
721. DISPOSICIONES GENERALES	326
722. TESTAMENTO MANCOMUNADO.....	330
723. INVALIDEZ E INEFICACIA DE LOS TESTAMENTOS	337
73. SUCESIÓN PACCIONADA.....	340
74. FIDUCIA SUCESORIA	349
75. LEGÍTIMA	361
76. SUCESIÓN LEGAL	370
8. DERECHO DE BIENES.....	383
81. DERECHO DE BIENES EN GENERAL.....	383
82. RELACIONES DE VECINDAD.....	384
83. LUCES Y VISTAS.....	386
84. SERVIDUMBRES	419
9. DERECHO DE OBLIGACIONES	449
91. EN GENERAL	449
92. DERECHO DE ABOLORIO O DE LA SACA.....	450

**C) ÍNDICE ACUMULADO DE LA JURISPRUDENCIA
DESDE EL AÑO I AL XXIII (1995 A 2017)**

***C) ACCUMULATED CONTENT OF JURISPRUDENCE
FROM YEAR I TO YEAR XXIII (1995-2017)***

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS

CASA

S. TSJA 18 de diciembre de 1990

Cedida una hacienda, como un «todo», con la pretensión de perpetuar así el patrimonio familiar, no cabe separar de ese todo la maquinaria y los semovientes para romper la unidad del negocio gratuito.

2 1995, I (núm. 1°)

S. TSJA 9 de noviembre de 1991

Estudio del origen, naturaleza y régimen jurídico de la casa aragonesa. Obligación del instituido heredero de convivencia y trabajo en y para la casa.

4 1995, I (núm. 1°)

A. Pres. TSJA 19 de noviembre de 1997

El pacto de establecimiento de fiducia sucesoria es de frecuente práctica en las Comarcas del Alto Aragón, incorporado corrientemente a los capítulos matrimoniales, en íntima conexión con la finalidad de conservación y prolongación en el tiempo de la Casa, institución consuetudinaria hondamente arraigada en esas Comarcas.

1 1997, III (núm. 2°)

CASACIÓN FORAL

S. TSJA 27 de diciembre de 1994

Utilización arbitraria del Derecho civil aragonés por el recurrente en casación, puesto que la supuesta existencia de una servidumbre de paso (se alega infracción de los arts. 147 y 148 Comp.) carece de influencia en el caso de autos al haber sido «aceptado» en el pleito «el dominio del camino».

14 1995, I (núm. 1°)

S. TS 1 de julio de 1996

Al tratar el asunto de autos de materia en la que es de aplicación un Derecho foral, la Fisca-

lía emitió informe señalando la competencia del TSJ de Aragón conforme al art. 1730 Lec. La Sala 1ª del TS, ante dicho informe, acordó oír a las partes. La recurrente alegó infracción de la Constitución, por un lado, y por otro que las normas infringidas eran de Derecho común; los recurridos, por su parte, no hicieron alegación alguna. En consecuencia, el TS se declaró competente para conocer de este asunto, pero puntualizando expresamente en dicho auto que «ello supone, lógicamente, que la parte recurrente ha asumido un riesgo de prescindir por completo de las normas de Derecho foral aplicadas en la sentencia recurrida».

6 1997, III (núm. 1°)

A. Pres. TSJA 19 de noviembre de 1997

La competencia del Presidente del TSJ para la resolución definitiva de los recursos gubernativos sobre calificación de documentos referentes al Derecho civil aragonés, que deban tener acceso a los Registro de la Propiedad, ha de entenderse suprimida del vigente Estatuto de Autonomía, puesto que las leyes posteriores derogan las anteriores, salvo reserva que no existe. La supresión de esa competencia recogida en el «suprimido» art. 29 del EAA devuelve esta clase de medios de impugnación al sistema ordinario.

1 1997, III (núm. 2°)

S. TSJA 24 de mayo de 1999

La supresión en el Estatuto de Autonomía reformado del contenido del art. 29 anterior ha supuesto la pérdida de competencia para conocer de los recursos de casación y revisión, sin que la redacción actual de dicho precepto sirva para justificar que tal competencia subsiste.

1 1999, V (núm. 2°)

S. TSJA 13 de septiembre de 1999

La supresión en el Estatuto de Autonomía reformado del contenido del art. 29 anterior ha supuesto la pérdida de competencia para conocer de los recursos de casación y revisión, sin que la redacción actual de dicho precepto sirva para justificar que tal competencia subsiste.

2 1999, V (núm. 2°)

S. TSJA 6 de octubre de 1999

La supresión en el Estatuto de Autonomía reformado del contenido del art. 29 anterior ha supuesto la pérdida de competencia para conocer de los recursos de casación y revisión, sin que la redacción actual de dicho precepto sirva para justificar que tal competencia subsiste.

3 1999, V (núm. 2º)*A. TSJA 22 de septiembre de 2000*

Ante la reiteración de los autos del TS que vienen insistiendo en que la reforma del Estatuto no ha significado la pérdida de la competencia de esta Sala para el conocimiento de los recursos de casación, y con el fin de remediar la inseguridad jurídica del ciudadano aragonés a la hora de interponer dicho recurso debe concluirse que esta Sala es competente para el conocimiento del presente curso, dejando a salvo la posibilidad de acudir al TC, si alguna de las partes estima que la Sala carece de competencia.

3 2000, VI (núm. 2º)*A. TS 6 de junio de 2006*

Esta Sala se ha pronunciado reiteradamente sobre la competencia del TSJ de Aragón para conocer de los recursos de casación fundados —exclusivamente o junto con otros motivos— por infracción de normas de Derecho civil aragonés con base en una argumentación jurídica que reproducimos y asumimos en este auto. Lo que ahora se plantea, además, es si igualmente tiene competencia el TSJ de Aragón para conocer el recurso extraordinario por infracción procesal, pues aun cuando la competencia para conocer de este recurso corresponda a la Sala de lo civil del TS, esta regla ha de considerarse limitada a los casos en los que el recurso se ha interpuesto exclusivamente, pero no cuando se presenta junto con el de casación y la competencia para conocer de éste le viene atribuida al TSJ, en este caso debe también conocer del extraordinario por infracción procesal.

1 2007, XIII*S. TSJA 11 de mayo de 2007*

No cabe revisar en casación los hechos probados por la sentencia recurrida cuando ésta

estima que la recurrente adquirió por usucapión la servidumbre de paso con una anchura de 70 cm, ya que la notoriedad del uso o la lógica anchura de las mismas no evidencian error palmario, apreciación arbitraria de los hechos, etc., que permita revisar esta cuestión en casación. Alega también el recurrente errores procesales de la Audiencia, pero en casación sólo se atiende a las cuestiones sustantivas dejando las previstas en el art. 469 Lec. para el procedimiento extraordinario por revisión procesal que acaso debía haber utilizado esta parte. Por otro lado, la imposición de costas queda al margen de la imposibilidad de ser impugnada tanto por vía del recurso de casación como por el de infracción procesal.

6 RDCA 2008, XIV*S. TSJA 26 de septiembre de 2007*

La Lec. regula dos recursos extraordinarios contra las sentencias de las AP, el de infracción procesal y el de casación: el primero para denunciar las infracciones de naturaleza procedimental, tanto en materia de jurisdicción, competencia objetiva o funcional, como en tema de garantías del propio proceso, y las infracciones de norma procesales reguladoras de la sentencia —art. 469—; mientras que el recurso de casación permite invocar ante un Tribunal Superior la infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso —art. 477.1 Lec.— atendiendo al ejercicio de la acción como cuestión de fondo. El régimen transitorio materia de recursos extraordinarios, que regula la DF 16ª de la Lec., en tanto no se confiera a las TSJ la competencia para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal, deberán interponer los dos recursos en un mismo escrito, tramitándose y resolviéndose conforma a las reglas del DF 16ª.

10 RDCA 2008, XIV• **ADMISIÓN***A. TSJA 26 de julio de 2012*

No ofrece duda la competencia funcional de esta Sala dado que el recurso se funda en infracción de normas del Derecho civil aragonés. Concorre interés casacional porque se

trata de normas con menos de cinco años en vigor. El art. 79.5 no es una norma de procedimiento sino de interpretación, que permite su revisión casacional si efectivamente se produjera una desviación en el razonamiento lógico que exige para la comprobación de la existencia de causas o circunstancias relevantes para la modificación de las medidas judiciales. Aceptado que no se puede proceder a una revisión de la prueba, procede admitir el motivo del recurso en cuanto permite la comprobación de la adecuación de la fundamentación de la sentencia a la norma indicada.

39 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 38/2012, 22 de noviembre de 2012

En el escrito de oposición al recurso de casación se pueden alegar causas de inadmisibilidad que se consideren existentes y no hayan sido ya rechazadas por el Tribunal (485.2 Lec.). En el presente caso, aunque se produjo cierta confusión en la invocación formal de los preceptos procesales, pudo la parte recurrida conocer la vía de acceso y los motivos del mismo, como acredita su amplia oposición a cada uno de los motivos, por lo que debe rechazarse su petición de inadmisión. Lo ahora alegado por la parte recurrida ya fue objeto del Auto de 19/7/2012, donde quedó concretado lo que se entendía como motivo del recurso, por lo que no cabe resolver nuevamente sobre ello.

53 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 11/2016, 8 de marzo de 2016

Cabe alegar en los escritos de oposición al recurso de casación las causas de inadmisibilidad que no hayan sido ya rechazadas por el Tribunal (art. 485 Lec.). El procedimiento de modificación de medidas no viene determinado por la cuantía, como el recurrente firmó, sino por la materia. Pero, en nuestro recurso de casación pierde sentido que la determinación del procedimiento se haya hecho por razón de la cuantía o por razón de la materia. Para fundamentar el recurso de casación en infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso (477.1 Lec.), las sentencias

recurribles habrán debido aplicar las mismas, de forma que el tribunal casacional pueda cumplir su función nomofiláctica de comprobar su correcta aplicación y conseguir la unificación en la interpretación de tales normas. Salvo en el caso de alegarse infracción por inaplicación de normas, en el que se señalará la no aplicada, o indebidamente aplicada.

7 RDCA-XXIII-2017

• ALCANCE DEL RECURSO DE CASACIÓN

S. TSJA 28/2012, 24 de julio de 2012

El carácter extraordinario del recurso de casación, en el que prevalece la finalidad de control de la aplicación de la norma y de creación de doctrina jurisprudencial es destacado de forma reiterada por el TS (por todas, STS 23/1/2012). También el TSJA ha advertido en numerosas ocasiones que una correcta técnica casacional implica plantear cuestiones jurídicas sin apartarse de los hechos, cada vez que el recurso de casación no constituye una tercera instancia, ... lo que impide invocar la infracción de normas sustantivas desde una contemplación de los hechos diferente de la constatada en la instancia, eludiendo así la valoración probatoria contenida en la sentencia impugnada, y si se argumenta al margen de la base fáctica contenida en la misma se incurre en el defecto casacional de hacer «supuesto de la cuestión». Ha de estarse, pues, a los hechos que se declararon probados en la sentencia impugnada.

41 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 41/2013, 30 de septiembre de 2013

El Tb. de casación debe partir de los hechos probados en las instancias, sin realizar modificación alguna, ya que la casación no constituye una tercera instancia. Es función casacional examinar si los hechos son subsumibles en el supuesto de hecho de la norma; la función nomofiláctica que corresponde al recurso de casación radica en determinar la correcta aplicación del ordenamiento jurídico a los hechos tenidos por probados. Pero el pronunciamiento sobre el fondo exige, además, llevar a la prác-

tica otra serie de operaciones lógicas que, ajenas a lo que se conoce como valoración de la prueba, generan juicios de valor que aportan criterios adecuados para la identificación e integración del enunciado de la norma sustantiva, las cuales son propias de la interpretación e integración de ésta —para las que puede servir el recurso de casación y no el otro— (STS 593/2013, de 4 de febrero). Voto particular

47 RDCA-XIX-2013

• *ALEGACIÓN DE DERECHO NO APLICABLE*

S. TSJA 10 de marzo de 1999

Es evidente que, no siendo de aplicación al caso los preceptos cuya infracción denuncia (arts. 1327 Cc. y 47 Comp.), por no regirse su matrimonio ni por el Código civil ni por el Derecho civil de Aragón sino por las normas de la sociedad conyugal de conquistas de la Compilación de Navarra, el motivo de recurso necesariamente ha de decaer.

5 1999, V (núm. 1º)

S. TSJA 30/2014, 26 de septiembre de 2014

En el presente caso el Derecho aplicable es el del Código civil, pero la recurrente ha decidido fundamentar su recurso en normas del Derecho civil aragonés asumiendo así la responsabilidad de la posible incoherencia entre ellas y el derecho aplicable, pero es esta Sala la competente para apreciarlo en un sentido u otro. Los arts. 80, 81, 82 y 83 CDFA en los que se fundamentan los motivos de casación no son de aplicación al caso, por lo que no tuvieron que ser tenidos en cuenta y no pueden ser traídos como infringidos, en consecuencia el recurso debe ser íntegramente desestimado.

26 RDCA-XX-2014

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 S 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.

14 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• **COMPETENCIA FUNCIONAL**

S. TS 15 de junio de 2001

La sentencia recuerda la doctrina del TS sobre competencia para conocer del recurso de casación en materia foral: la alegación meramente tangencial de precepto constitucional no puede alterar la competencia del TSJ para conocer de un recurso de casación en materia claramente de Derecho foral. La interpretación de la norma foral ha de hacerse con arreglo a los principios constitucionales, pero la decisión sobre qué interpretación de la norma foral es más ajustada a la Constitución es labor que corresponde al órgano de casación autonómico.

2 2001-2002 (VII-VIII)

S. TSJA 7 de noviembre de 2001

El voto particular entiende que la competencia para conocer del recurso de casación hubiera debido de corresponder al Tribunal Supremo porque, siendo que uno de los recursos se fundamenta al mismo tiempo en normas de Derecho foral y Derecho estatal, en caso de autos resulta sin duda preferente el Derecho sustantivo estatal pues la invocación del art. 143 Comp. carece de apoyatura legal, jurisprudencial o doctrinal.

5 2001-2002 (VII-VIII)

S. TSJA 30/2014, 26 de septiembre de 2014

En el trámite de admisión de los recursos de casación la Sala asume la competencia cuando se fundan en infracción de normas propias del Derecho aragonés, exclusivamente o junto a otros motivos (arts. 73.1 LOPJ, 478.1.2º Lec., 1 Ley 4/2005 sobre la casación foral aragonesa), rechazándose la competencia funcional únicamente en aquellos casos en los que no se alega infracción de normas de derecho aragonés o en los que tal denuncia es considerada fraudulenta por tener como única finalidad la indebida atracción de la competencia. Corresponde al recurrente, por lo tanto, la decisión de fundar su recurso en unas normas u otras, con independencia de que sean las realmente aplicables.

26 RDCA-XX-2014

S. TSJA 36/2014, 17 de noviembre de 2014

Es competente esta Sala para el conocimiento de los recursos de casación siempre que el recurso se funde, exclusivamente o junto con otros motivos, en infracción de las normas del Derecho civil aragonés (arts. 73.1.a LOPJ, 478.1.II Lec. y 1 Ley 4/2005, sobre la casación foral aragonesa). Salvo infracción de precepto constitucional, la competencia en los recursos fundados conjuntamente en infracción de normas de derecho civil común y de derecho civil especial correspondía [antes de la Lec. del 2000] a las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores, y también la decisión sobre la competencia (STS 947/1999, de 16/11, citada por la STSJA 30/2014). Corresponde al recurrente, por lo tanto, la decisión de fundar su recurso en unas normas u otras, con independencia de que sean las realmente aplicables, y corresponderá al tribunal la decisión sobre las normas aplicables, y la resolución del recurso conforme a las mismas.

31 RDCA-XX-2014

• **DERECHO SUPLETORIO**

S. TSJA 26 de febrero de 1999

A la vista del art. 1 Comp., la mención a los arts. 1347 y 1362 del Cc. como principalmente infringidos, puesta en relación con los arts. 36 y 37 de la Compilación, 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.

4 1999, V (núm. 1º)

• **DESESTIMACIÓN DE LOS MOTIVOS**

S. TSJA 26/2016, 16 de noviembre de 2016

El demandante ejercita acción negatoria de servidumbre de paso y el demandando reconviene ejercitando acción confesoria de servidumbre. La sentencia de primera instancia

estima íntegramente la demanda reconvenicional, mientras que la sentencia de apelación la revoca parcialmente y reduce el número de servidumbres existentes. El recurso de casación versa sobre las servidumbres que la sentencia de Audiencia no ha considerado existentes. El primer motivo de infracción procesal alega infracción del principio de justicia rogada, pero es desestimado porque la sentencia de apelación no introduce hechos nuevos en el proceso; la indebida, arbitraria y manifiestamente errónea apreciación de los hechos alegada como segundo motivo de infracción procesal es rechazada porque la valoración de la prueba realizada en la sentencia recurrida supera el test de racionalidad; en el recurso de casación, el recurrente pretende introducir nuevos signos externos o aparentes de servidumbre, olvidando que en casación hay que partir de los hechos declarados probados en las sentencias de instancia, puesto que no estamos ante una tercera instancia, por lo que el motivo se rechaza.

24 RDCA-XXIII-2017

• **FALTA DE COMPETENCIA FUNCIONAL**

A. TSJA 19 de noviembre de 2012

Esta Sala carece de competencia funcional para el conocimiento del recurso de casación interpuesto por infracción de normativa general sobre defensa de consumidores y usuarios, al no haber sido alegada infracción de normas del Derecho civil aragonés.

50 RDCA-2012-XVIII

A. TSJA 25 de noviembre de 2016

La competencia de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia para conocer de los recursos de casación viene atribuida por el art. 73.1.a) LOPJ (en relación con el art. 478.1 Lec. y art. 1 Ley aragonesa 4/2005) en los casos en que el recurso se funde, exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas de Derecho civil, foral o especial propio de la comunidad. En el presente caso, la sentencia recurrida fundamentó su decisión en las previsiones contenidas en los arts. 146, 1319 y 1362 del Código civil, y el recurrente en la regulación del art. 146 del mismo

Código civil. Al no haberse alegado precepto alguno propio del Derecho civil aragonés que haya sido aplicado o que se considere infringido por la parte, esta Sala carece de competencia para resolver la cuestión. En su caso, la competencia corresponderá al Tribunal Supremo. Se remiten los autos al órgano de procedencia, ante el cual la parte podrá presentar en forma el recurso de casación en el plazo de cinco días desde la notificación del presente auto.

25 RDCA-XXIII-2017

• **FALTA DE IDENTIFICACIÓN DE LA MODALIDAD DE RECURSO INTERPUESTO**

A. TSJA 11 de abril de 2016

El art. 477.2 Lec. contempla tres modalidades diferentes que justifican el recurso de casación contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en segunda instancia: cuando se dictaron para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, por razón de la cuantía y por existir interés casacional. El recurrente parece limitar el recurso a los supuestos de existencia de interés casacional (art. 2.2 Ley 4/2005). Que un recurso presente interés casacional puede deberse a motivos diferentes, contemplados en el art. Ley 4/2005, que la parte recurrente debe indicar claramente en el encabezamiento o formulación del motivo, no siendo suficiente la simple mención del citado artículo o de alguno de sus apartados. Limitarse a citar en los motivos algunas sentencias, sin fijar la jurisprudencia que contienen, y sin razonar el cómo, cuándo y en qué sentido ha sido vulnerada la doctrina de cada una de ellas por la sentencia recurrida, no puede entenderse que cumpla esta finalidad. Estos defectos no son una mera infracción formal, de carácter subsanable, sino que afectan a la esencia del propio recurso.

8 RDCA-XXIII-2017

• **FALTA DE JUSTIFICACIÓN DEL INTERÉS CASACIONAL**

A. TSJA 11 de abril de 2016

Además de lo dicho sobre la falta de identificación de la doctrina jurisprudencial a la que

la sentencia recurrida se opone, ya no se puede alegar para fundamentar la existencia de interés casacional el supuesto previsto en el art. 3.3 Ley 4/2005 porque las normas del CDFA procedentes de la Ley 2/2010 llevan ya más de cinco años en vigor y se ha asentado ya una doctrina jurisprudencial sobre las mismas. La inicial flexibilidad con la que esta Sala ha venido valorando la identificación por el recurrente de los motivos que basa la existencia del interés casacional, al amparo del art. 3.3. de la Ley 4/2005, debe ir reconduciéndose. No indicando el recurrente la concreta modalidad de recurso que interpone, ni habiendo expresado y justificado la doctrina de la Sala supuestamente infringida, tampoco queda justificado el interés casacional, como exige el art. 481.1 Lec., por lo que debe ser inadmitido el recurso de casación a tenor de lo dispuesto en el art. 483.2.1º y 2º Lec.

8 RDCA-XXIII-2017

A. TSJA 10 de junio de 2016

La justificación del interés casacional y su correcta expresión en el recurso viene exigida por el principio de igualdad procesal de las partes y la prohibición de indefensión, de forma que se permita a la parte recurrida la perfecta identificación del objeto y de la motivación del recurso, así como de la doctrina jurisprudencial supuestamente infringida. Por ello, no habiendo sido expresada y justificada la doctrina de la Sala, o del TS, o la ausencia de doctrina supuestamente infringida, no queda tampoco justificado el interés casacional, como exige el art. 481.1 Lec., por lo que debe ser inadmitido el recurso de casación a tenor de lo dispuesto en el art. 483.2.2º y 3º del mismo texto procesal.

14 RDCA-XXIII-2017

• 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 trá-

mite. 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

A. TSJA 25 de febrero de 2016

Falta en el recurso de casación una fundamentación suficiente sobre la infracción del ordenamiento jurídico alegada, así como falta la razonable claridad expositiva para permitir la individualización del problema jurídico planteado (art. 481.1 y 3 Lec.). Los motivos y argumentaciones del recurso por infracción procesal en modo alguno pueden servir, mediante una remisión íntegra, para fundamentar el recurso de casación. El recurso es inadmisibile desde el punto de vista de la técnica casacional. No corresponde a esta Sala reelaborar el recurso —delimitando lo que corresponde a la casación o a la infracción procesal— supliendo una actuación que corresponde al recurrente, ya que ello exigiría una singular actividad discursiva por parte de este Tribunal que le está vedada.

5 RDCA-XXIII-2017

• FINALIDAD

A. TSJA 15 de febrero de 2013

Voto particular: La Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, pretendió expresamente facilitar el acceso al recurso de casación para lo que redujo la cuantía de acceso a la cantidad de 3000 euros y permitió también la invocación del interés casacional aunque la determinación del procedimiento se hiciera por razón de la cuantía, con la finalidad declarada de permitir el acceso de más asuntos a la casación y que así pudiera este TSJA crear jurisprudencia que complementa el ordenamiento civil aragonés, como así ha ocurrido en

materias de interés en el ámbito de nuestro derecho (relaciones de vecindad, luces y vistas, servidumbres), que de otra forma no hubieran tenido desarrollo y fijación jurisprudencial.

9 RDCA-XIX-2013

• *FUNCIÓN DE LA CASACIÓN*

S. TSJA 11/2016, 8 de marzo de 2016

Voto particular: la función de la casación no es la de una tercera instancia, sino la de control de la aplicación del derecho a la cuestión de hecho efectuada por la Audiencia Provincial. No se trata, en esta sede, de resolver el conflicto interpartes, ni de proporcionar una solución más adecuada o más razonable que la adoptada por la Audiencia sino únicamente de determinar si la resolución recurrida vulnera o no el precepto o los preceptos que la parte afirma haberse infringido, ya sea por aplicación indebida, inaplicación, errónea interpretación. Sobre esa base, debe darse respuesta al recurso con estricta sujeción a lo planteado por la parte recurrente, a fin de no causar indefensión a la recurrida.

7 RDCA-XXIII-2017

• *INADMISIÓN*

A. TSJA 16 de abril de 2010

Siguiendo la consolidada doctrina del TS, no es admisible el recurso de casación en el procedimiento de los arts. 809 y 810 Lec. Para la formación de inventario y liquidación del régimen económico matrimonial, por no darse el presupuesto legal exigido por el art. 477-2 Lec. al tener naturaleza incidental.

3 RDCA 2011, XVII

A. TSJA 16 de abril de 2010

Siguiendo la consolidada doctrina del TS, no es admisible el recurso de casación en el procedimiento de los arts. 809 y 810 Lec. para la formación de inventario y liquidación del régimen económico matrimonial, por no darse el presupuesto legal exigido por el art. 477-2 Lec. al tener naturaleza incidental.

4 RDCA 2011, XVII

A. TSJA 4 de septiembre de 2010

Es improcedente plantear por medio del recurso de casación cuestiones de carácter procesal; además, para que el recurso de casación sea admitido no basta con la mera alegación de una norma aragonesa, sino que debe venir fundado en norma aplicable para resolver las cuestiones objeto del proceso, tal y como dispone el art. 477-1 Lec. Por último, el interés casacional es un presupuesto de recurribilidad, y no un motivo del recurso sino el presupuesto previo para la recurribilidad de la sentencia, y la demostración del interés casacional mediante el contraste de las sentencias no puede pretender asegurar el buen fin del recurso sino garantizar su admisibilidad en el caso de que se acredite tal interés.

7 RDCA 2011, XVII

A. TSJA 12 de noviembre de 2010

El escrito de interposición del recurso cita como infringiendo el art. 35-2 LDP, por su aplicación indebida, pero no lo fundamenta sino que se limita a expresar su discrepancia con la valoración de la prueba practicada, incurriendo así en una manifiesta causa de inadmisión, pues como hemos dicho repetidamente la valoración de la prueba queda excluida de la posibilidad de ser objeto de recurso de casación. En definitiva el recurso no cumple los requisitos del art. 483-2-21 Lec. en relación con los arts. 481 y 477-1 de la misma.

8 RDCA 2011, XVII

A. TSJA 24 de noviembre de 2010

Es improcedente plantear por medio del recurso de casación cuestiones de carácter procesal, ya que el medio de impugnación legalmente previsto para tales casos es el del recurso de infracción procesal.

9 RDCA 2011, XVII

A. TSJA 26 de abril de 2011

Inadmisión del recurso porque el art. 75 de la Ley de Montes de Aragón, conforme al cual las servidumbres en montes de titularidad privada se regirán por la legislación foral, ha sido traído a colación de forma artificiosa, como jus-

tificación formal de la supuesta infracción de un precepto foral con menos de cinco años de vigencia, pues ninguna referencia consta en el pleito sobre los montes de titularidad privada ni puede invocarse el art. 148 Comp. pues la servidumbre no ha nacido por ninguna clase de prescripción adquisitiva, como la reglada por dicho precepto, sino que nació por pacto entre los propietarios de los predios dominante y sirviente.

5 RDCA-2012-XVIII

A. TSJA 28 de junio de 2011

La competencia para el conocimiento del recurso por el TSJA le viene atribuida por haber sido fundado en infracción de norma de Derecho civil aragonés. Pero incurre en causa de inadmisibilidad por interposición defectuosa por falta de técnica casacional. Ésta, para ser correcta, requiere plantear cuestiones jurídicas de un modo preciso y razonado, sin apartarse de los hechos declarados probados por la sentencia que se impugna. Y sucede que, en el presente caso, lo que se pretende es la modificación de los hechos probados.

6 RDCA-2012-XVIII

A. TSJA 12 de julio de 2011

La razón exclusiva de este motivo de recurso es la que se considera defectuosa valoración de los medios de prueba hecha en la sentencia recurrida. Cuestión que excede del ámbito legalmente previsto para el recurso de casación presentado. Es improcedente plantear por medio del recurso de casación cuestiones de carácter procesal, ya que el medio de impugnación previsto para tales casos es el del recurso de infracción procesal, como resulta de lo establecido en los arts. 469 y 477 Lec.

7 RDCA-2012-XVIII

A. TSJA 20 de julio de 2011

Falta de legitimación para recurrir: la ahora recurrente, al no sostener su recurso de apelación, se conformó con los pronunciamientos de la SJPI, que fue íntegramente confirmada (no siendo aplicable, por tanto, el art. 448.1 Lec.),

por lo que carece de legitimación para recurrir en casación (art. 483.2.1º Lec.).

8 RDCA-2012-XVIII

A. TSJA 10 de octubre de 2011

La competencia corresponde al TSJA por haber sido fundado en infracción de normas del Derecho civil aragonés, pero los motivos incurrir en causa de inadmisión del art. 483.2.2º Lec. en relación con los arts. 481.1 y 477.1, es decir, por interposición defectuosa por falta de técnica casacional. Ésta, para ser correcta, requiere plantear cuestiones jurídicas de un modo preciso y razonado, pero no permite revisar la prueba practicada para tratar de alcanzar conclusiones distintas.

9 RDCA-2012-XVIII

A. TSJA 8 de noviembre de 2011

La razón exclusiva del motivo del recurso es la que se considera defectuosa valoración de los medios de prueba hecha en la sentencia recurrida. Cuestión que excede del ámbito legalmente previsto para el recurso de casación presentado, y cuyo fundamento sólo puede ser la infracción de normas sustantivas (art. 477.1 Lec.). El medio de impugnación de las cuestiones de carácter procesal es el recurso de infracción procesal (arts. 469 y 477 Lec.). De modo que siendo la valoración de los medios probatorios de carácter adjetivo, que no sustantivo, debe ser en este caso rechazado el motivo del recurso que pretendía su conocimiento a través de la vía casacional. La posible oposición de la sentencia recurrida a doctrina jurisprudencial no constituye motivo de casación, sino sólo un presupuesto para poder considerar recurrible la sentencia impugnada por razón de interés casacional.

10 RDCA-2012-XVIII

A. TSJA 7 de julio de 2012

La competencia funcional no ofrece dudas, el recurso se funda en infracción de normas de Derecho civil propio de la Comunidad Autónoma. El motivo invocado incurre en causa de inadmisibilidad: interposición defectuosa por falta de técnica casacional (arts. 483.2.2º en re-

lación el 477.1 Lec.). Esta, para ser correcta, requiere plantear cuestiones jurídicas de un modo preciso y razonado, con respeto a los hechos de los que ha partido como probados la sentencia recurrida. Para desvirtuar la base fáctica sustentadora de la decisión de instancia hubiera precisado la formulación de recurso de infracción procesal, siempre que la valoración probatoria por ser manifiestamente arbitraria e ilógica no supere el test de la racionalidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial consagrado en el art. 24 CE. Por otra parte, el interés casacional, no es un motivo de recurso sino únicamente en presupuesto de recurribilidad de la sentencia.

40 RDCA-2012-XVIII

A. TSJA 26 de julio de 2012

En este motivo del recurso lo que la parte reprocha en realidad es la valoración de la prueba hecha en la sentencia recurrida, y del examen de dicha resolución se advierte que la misma no resulta arbitraria, ilógica o absurda. Se trata, en rigor, no de un motivo de casación, sino de infracción procesal. En su desarrollo la parte parece invocar en realidad una valoración de la prueba diferente a la que resulta de la sentencia recurrida, la que la propia parte considera correcta, más que una motivación insuficiente de la sentencia. Procede inadmitir este motivo por concurrir la causa de inadmisión del 473.2.2ª Lec.

38 RDCA-2012-XVIII

A. TSJA 24 de octubre de 2012

La técnica casacional exige el planteamiento de una cuestión jurídica al margen de los hechos, es decir, requiere el examen de la aplicación al caso de la norma sustantiva en sí misma, sin que pueda transformarse el recurso de casación, de carácter extraordinario, en una suerte de tercera instancia. El motivo se desestima porque la parte pretende una valoración distinta de la prueba o de los hechos, argumentando como en una nueva instancia y sin identificar el precepto sustantivo que habría sido vulnerado en la interpretación sostenida por el recurrente.

47 RDCA-2012-XVIII

A. TSJA 22 de noviembre de 2012

En la articulación del recurso se mezclan razones relativas a la infracción de precepto sustantivo con otras referidas a la valoración de la prueba, lo que no resulta admisible por tratar de sustituir la valoración de la prueba efectuada por la sentencia recurrida por sus propias consideraciones al respecto. Por otra parte, la recurrente introduce razones de orden procesal, como las relativas a la posible indefensión o falta de motivación, que en su caso serían objeto de un recurso extraordinario por infracción procesal no interpuesto.

51 RDCA-2012-XVIII

A. TSJA 21 de diciembre de 2012

El tercer motivo no se admite porque no se respeta en él la valoración de la prueba efectuada en la instancia y no se ajusta a la técnica casacional. El cuarto motivo tampoco se admite porque se fundamenta en la infracción del art. 82 CDFA, por no haberse respetado la regla de contribución proporcional de los padres a la satisfacción de los gastos de asistencia de los hijos a cargo, siendo que el juicio de proporcionalidad corresponde realizarlo a los tribunales que resuelven las instancias, sin que el mismo deba ser objeto de recurso de casación (STS 28/10/2011 y STSJA 20/4/2012).

61 RDCA-2012-XVIII

A. TSJA 6 de junio de 2013

La Sala es competente para conocer del recurso de casación porque se funda, junto a otros motivos, en infracción de normas de Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad; y es igualmente competente para conocer de los motivos de infracción procesal. La sentencia es recurrible al ser de cuantía inestimable. Pero el recurso presentado se admite a trámite en cuanto a los tres primeros motivos de casación, y se inadmite en cuanto al cuarto y a los tres motivos de infracción procesal que pretenden en realidad una nueva valoración de la prueba. La valoración de la prueba es facultad de los tribunales de instancia, no revisable a través de los recursos extraordinarios, que no constituyen una tercera instancia.

28 RDCA-XIX-2013

• **INADMISIÓN (VOTO PARTICULAR: ADMISIÓN)**

A. TSJA 16 de abril de 2010

Los Magistrados disidentes con una fundada argumentación entienden que superada la cuantía de 3000 euros prevista en la Ley 4/2005 de casación civil aragonesa procede la admisión a trámite del recurso de casación en los supuestos de los arts. 809 y 810 Lec., en razón de: 1. La competencia de los TSJ para interpretar y aplicar la Lec., recordando que la la jurisprudencia no es fuente del Derecho y no tiene efecto vinculante, pudiendo el TSJA considerar el alcance jurídico del término «segunda instancia» de modo distinto a como lo hace el TS. 2. Con base en el art. 466 Lec. son recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las AP en cualquier tipo de proceso; y ahí no está excluido el proceso de liquidación y formación de inventario previsto en el art. 809 Lec.

3 RDCA 2011, XVII

A. TSJA 16 de abril de 2010

Los Magistrados disidentes con una fundada argumentación entienden que superada la cuantía de 3000 euros prevista en la Ley 4/2005 de casación civil aragonesa procede la admisión a trámite del recurso de casación en los supuestos de los arts. 809 y 810 Lec., en razón de: 1. La competencia de los TSJ para interpretar y aplicar la Lec., recordando que la la jurisprudencia no es fuente del Derecho y no tiene efecto vinculante, pudiendo el TSJA considerar el alcance jurídico del término «segunda instancia» de modo distinto a como lo hace el TS. 2. Con base en el art. 466 Lec. son recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las AP en cualquier tipo de proceso; y ahí no está excluido el proceso de liquidación y formación de inventario previsto en el art. 809 Lec.

4 RDCA 2011, XVII

• **INADMISIÓN DE MOTIVOS**

A. TSJA 11 de abril de 2016

A mayor abundamiento, entrando a conocer sobre la justificación de los concretos moti-

vos de casación alegados, en el primero se incurre en la cita de preceptos heterogéneos (el 80 CDFA y los 217 y 218 Lec.) que generan ambigüedad o indefinición sobre la infracción alegada (art. 481.1 Lec.); los motivos segundo y tercero se limitan a denunciar la valoración errónea de la prueba, sin que se haya articulado motivo de infracción procesal por valoración arbitraria o irracional, de manera que el recurso pretende convertir a esta Sala en una tercera instancia que valore nuevamente la prueba; el cuarto motivo (y último) debe ser también inadmitido al citarse como infringido un precepto genérico, como el art. 76.3.b CDFA que se limita a establecer la igualdad de los padres respecto de los hijos menores de edad en sus relaciones familiares.

8 RDCA-XXIII-2017

• **INEXISTENCIA DE INTERÉS CASACIONAL**

A. TSJA 30 de enero de 2013

La Sala es competente para conocer tanto del recurso de casación como del recurso extraordinario por infracción procesal presentados. Pero estima la Sala que el recurso de casación no reviste el interés casacional alegado, pues no hay jurisprudencia contradictoria sobre la cuestión debatida y el juicio de proporcionalidad de la pensión de alimentos no es revisable en casación salvo manifiesta violación del mismo o razonamiento ilógico o absurdo.

4 RDCA-XIX-2013

• **INTERÉS CASACIONAL**

S. TSJA 31 de marzo de 2004

Dentro del ámbito de los Tribunales Superiores de Justicia el concepto de interés casacional es ampliado por la ley procesal y a la parte que interese el recurso, le basta con invocar la inexistencia, en su caso, de doctrina jurisprudencial sobre la materia

4 2003-2004 (IX-X)

S. TSJA 31 de marzo de 2004

En el caso del recurso por interés casacional al recurrente no le basta con afirmar que la sentencia impugnada se opone a la jurisprudencia sentada en otras resoluciones, mencionando éstas o recogiendo parte de su contenido, sino que es necesario expresar su *ratio decidendi*, pues lo que constituye la base de este recurso no es la diferencia entre sentencias sino la existencia de una jurisprudencia contradictoria, quedando circunscrito el recurso por interés casacional a la función revisora del juicio sobre el alcance y significado de los hechos probados, o sea sobre la aplicación de la norma jurídica sustantiva, sin que quepa en dicho recurso alterar o sustituir la apreciación de los hechos que haya hecho el Tribunal de Instancia.

4 2003-2004 (IX-X)*S. TSJA 14 de julio de 2004*

La existencia de interés casacional debe quedar acreditada de modo suficientemente mínimo en la fase de preparación, pesando sobre la parte recurrente la carga de explicar el interés casacional y de acreditar su efectiva existencia, debiendo facilitar los datos precisos. Asimismo el recurso por interés casacional se circunscribe a la función revisora del juicio sobre el alcance y significado jurídico de los hechos probados, o sea sobre la aplicación de la norma jurídica sustantiva, sin que quepa en dicho recurso alterar y sustituir la apreciación que de los hechos probados haya realizado el Juzgador de instancia.

6 2003-2004 (IX-X)*S. TSJA 14 de julio de 2004*

La casación queda limitada a la determinación del alcance y significado jurídico de los hechos probados, su calificación jurídica y la subsunción en el supuesto de hecho previsto en la norma. Pero de esa imposibilidad de revisar el resultado de la valoración de la prueba llevada a efecto por la Audiencia Provincial en el recurso extraordinario de casación, que no es una tercera instancia, se exceptúa la consideración de los hechos subjetivos o hechos de conciencia, que constituyen un juicio de inferen-

cia, revisable en casación. A mi criterio, tanto la calificación de unos actos posesorios como posesión en concepto de dueño, como la consideración de que —por el contrario— se trataba de actos meramente tolerados, constituyen cuestiones jurídicas, revisables en casación, a partir de unos hechos incontrovertidos, en cuanto han sido fijados de modo inalterable en la sentencia recurrida, dada la vía impugnativa escogida.

6 2003-2004 (IX-X)*S. TSJA 23 de febrero de 2005*

Es cierto que en los supuestos de invocación de la existencia de interés casacional, conforme con el art. 477.2º Lec., la parte recurrente ha de invocar y acreditar la existencia de sentencias de contraste, firmes en el momento de publicarse la impugnada, siempre que se pretenda la admisibilidad del recurso por entender que la sentencia que es objeto del mismo contraviene doctrina jurisprudencial, lo que no es el caso. En el presente, la parte recurrente esgrime la inexistencia de jurisprudencia de esta Sala, en funciones de casación, acerca del sentido y alcance del precepto cuya vulneración invoca. Por otro lado, es también necesario que la parte recurrente identifique cuál es el núcleo básico de contradicción. En este caso, también se cumple ya que el debate procesal se centra en determinar cuál es el método de cerramiento de los huecos en los supuestos a los que se refiere el art. 144 Comp.

3 2005-2006 (XI-XII)*S. TSJA 2 de diciembre de 2005*

Señala en primer lugar que no debe admitirse el recurso extraordinario por infracción procesal si primero no se ha admitido el recurso de casación. Además, señala el magistrado disidente que no cabe dotar de interés casacional a las resoluciones impugnadas sobre la base de cuestionar la valoración de la prueba realizada en la instancia, haciendo supuesto de la cuestión, pues ello nos sitúa ante un interés casacional artificioso. En razón de ello, no debió admitirse este recurso, puesto que no se discuten las normas forales y su aplicación, sino la extensión del poder que da lugar a la posibilidad o no de renuncia al expectante, lo que no

es más que una cuestión de prueba que convierte a este recurso en una tercera instancia en contra de su finalidad legal.

4 2007, XIII

S. TSJA 28/2012, 24 de julio de 2012

Alegado como cauce de acceso a la casación el interés casacional por infracción de una norma que lleva menos de cinco años en vigor, no es necesaria la aportación del texto de ninguna sentencia ni la identificación de cuál es el problema jurídico sobre el que no existe jurisprudencia, siendo suficiente la sola mención de una norma del Derecho civil aragonés que no lleve cinco años en vigor, en este caso el art. 80.2 CDFA, por no existir respecto a dicho precepto doctrina jurisprudencial relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

41 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 17/2013, 13 de marzo de 2013

La recurrente, que interpuso el recurso por ser el objeto de cuantía inestimable y por concurrir interés casacional, alega nuevamente este último como motivo segundo. Como esta Sala ha tenido ocasión de señalar en ocasiones anteriores, el interés casacional no es, en realidad motivo alguno que pueda fundar un recurso de casación sino un presupuesto habilitante de la recurribilidad de la sentencia. Dispone el art. 477.1 Lec. que el recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. Por lo que hace a la casación aragonesa, tanto si la cuantía excede de 3000 euros o es inestimable, como si concurre interés casacional, la sentencia será recurrible, pero no cabe que éste se invoque como motivo de recurso, de modo que no se entrará en su examen.

20 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 24/2013, 17 de junio de 2013

Para justificar el interés casacional no es necesario que las sentencias invocadas se refieran a un supuesto idéntico al resuelto en la sentencia recurrida.

29 RDCA-XIX-2013

A. TSJA 25 de abril de 2014

La recurrente interpone recurso de casación por la vía del interés casacional, pero no justifica la existencia de dicho interés que, dada la vía elegida, constituye un presupuesto de recurribilidad. La parte recurrente, al formular alegaciones a la providencia por posible inadmisión del recurso de casación aporta copia de dos sentencias del Tribunal Supremo sobre extensión y duración de la pensión compensatoria. Dice el TSJA que, aunque diésemos por buena la aportación de las copias en este momento, como pretende la parte, sucede que no sólo dichas sentencias versan sobre precepto no aragonés (por más que el art. 97 Cc. y el 83 CDFA sean semejantes), sino que el recurso no expresa cuál es la común ratio decidendi de aquéllas y la que se recurre, que justifique por qué ésta se opone a las de contraste. Y no puede este Tribunal suplir la actividad de la parte en este sentido, pues es carga del recurrente justificar el interés casacional en el escrito de interposición.

11 RDCA-XX-2014

S. TSJA 27/2014, 18 de julio de 2014

El art. 3.3 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, se corresponde con lo dispuesto en el art. 477.3, primer párrafo, de la Lec. Parecería que la posible existencia de doctrina jurisprudencial debe referirse a normas anteriores, no a las gentes con menos de cinco años, que no necesitarían otro requisito que la constatación de que no llevan más de ese tiempo en vigor. Pero el Acuerdo de 30 de diciembre de 2011 del TS sobre criterios de admisión de los recursos de casación aclara que, en la aplicación de normas con menos de cinco años de vigencia, no concurre interés casacional cuando en el momento de dictarse la sentencia recurrida exista ya jurisprudencia sobre el problema jurídico planteado.

22 RDCA-XX-2014

• INTERÉS DEL MENOR

A. TSJA 31 de enero de 2011

Inadmisión del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación incurren en petición de principio, lo que no es aceptable en rigurosa técnica casacional. La normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público, debiendo ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en las decisiones que se tomen en relación a los menores, y desde el punto de vista de acceso a la casación, «la discusión sobre si se ha aplicado o no la norma fundando la decisión en el interés del menor tiene aspectos casacionales, mientras que la delimitación de la realidad que determine en cada caso concreto cuál es el interés del menor, no los tendrá» (STS 614/2009, de 8 de septiembre).

3 RDCA-2012-XVIII

• INVOCACIÓN ARTIFICIOSA DEL STANDUM

A. TSJA 24 de febrero de 2016

En el recurso se invoca como infringido el art. 3 CDEFA. Pero para determinar la competencia de la Sala no basta la mera invocación formal de un precepto aragonés como vulnerado, sino que se requiere que la norma foral de referencia sea aplicable a la resolución de la controversia y de las cuestiones implicadas en ella, es decir, tenga una efectiva relación con la cuestión debatida pues, en otro caso, podría el litigante escoger a su arbitrio el Tribunal competente para el examen del recurso de casación. Versando la litis sobre cumplimiento de contrato, el art. 3 CDEFA no hace al caso, y de hecho se invocó en el recurso de apelación «a mayor abundamiento».

4 RDCA-XXIII-2017

• MOTIVO DE INFRACCIÓN PROCESAL

A. TSJA 5 de abril de 2013

Frente a lo resuelto en casos análogos, la Sala entiende que la competencia reconocida por la Ley Orgánica alcanza únicamente al recurso de casación foral, de manera que no cabe plantear un recurso extraordinario por infracción procesal ante este TSJ, ni separadamente, ni acumulado al recurso de casación foral, sino únicamente la adición al recurso de casación de

motivos de infracción procesal, según resulta del art. 73.1.a) LOPJ, DF 16ª, núm. 1, regla 1ª, art. 478.1, párrafo segundo, Lec. y art. 1 Ley 4/2005 sobre la casación foral aragonesa. Voto particular: los recursos de casación y de infracción procesal son independientes el uno del otro, y el TSJA tiene competencia para conocer de ambos en la medida en que la tiene para resolver el de casación.

27 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 27/2013 1 de julio de 2013

Doctrina del TS sobre el principio de congruencia proclamado en el art. 218.1 Lec., y sobre la prohibición de la *reformatio in peius*. No se advierte infracción alguna del principio de congruencia, ni de la prohibición de la reforma peyorativa, porque no existe disconformidad entre el fallo de la sentencia y las pretensiones deducidas por las partes, ni se ha agravado la posición de una de las partes apelantes. Voto particular: se reitera el voto particular de 8 de abril de 2013 al Auto de 5 de abril de 2013 y se insiste en la necesidad de distinguir entre recurso por infracción procesal y de casación, debiendo existir un pronunciamiento específico sobre costas del recurso por infracción procesal que se presentó y fue desestimado. Los motivos de infracción procesal no pueden ser tratados como motivos del recurso de casación.

32 RDCA-XIX-2013

• 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 ATSJ de 16/4/2010 que declaró la inadmisión del recurso de casación contra sentencia caída en procedimiento de formación de inventario del art. 809 Lec. para la liquidación del régimen económico matrimonial.

27 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• **POR RAZÓN DE LA CUANTÍA**

S. TSJA 25/2012, 11 de julio de 2012

Aun habiendo sido interpuesto el recurso de casación por interés casacional, pero con defectuosa argumentación del mismo, se admite porque, siendo la cuantía superior a los 3000 euros, se permite su acceso sin necesidad de otra argumentación (art. 2.1 Ley 4/2005). El legislador aragonés ha querido expresamente que se utilice el recurso de casación en el mayor número posible de litigios sobre Derecho civil aragonés (Preámbulo Ley citada), para propiciar la creación de la jurisprudencia que completamente nuestro ordenamiento civil. Lo establecido en el art. 2.2 permite la admisión del recurso cuando la cuantía resulte superior a la cantidad indicada, aun no acreditado suficientemente el interés casacional.

34 RDCA-2012-XVIII

• **PROHIBICIÓN DE HACER SUPUESTO DE LA CUESTIÓN**

S. TSJA 32/2013, 11 de julio de 2013

La parte recurrente hace supuesto de la cuestión, lo que significa partir de hechos distintos a los declarados probados o basarse en los que no ha declarado probados la sentencia de instancia —STS 6 mayo 2013—, lo que está proscrito por el propio concepto de la función de la Sala de casación, que no constituye una tercera instancia (SSTS 9 febrero 2012, 4 abril 2012, 19 abril 2013 y 7 mayo 2013).

38 RDCA-XIX-2013

• **RÉGIMEN TRANSITORIO**

S. TSJA 29 de septiembre de 2001

Interpretación de la disposición final 16ª de la LEC sobre «régimen transitorio en materia de recursos extraordinarios» (el de infracciones procesales y el de casación). Consideraciones sobre la casación como recurso extraordinario. No se aprecia incongruencia ni indefensión.

3 2001-2002 (VII-VIII)

• **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 cumpliera 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

• **STANDUM: FRAUDE DE LEY**

A. TSJA 29 de octubre de 2012

La introducción de un principio de Derecho aragonés *ex novo* en la articulación del recurso de casación, como instrumento para determinar la competencia de esta Sala, constituye un fraude de ley para conseguir un propósito no deseado por la norma jurídica. La materia sobre la que versa el proceso es de derecho de obligaciones entre sociedades mercantiles, no regulada por el derecho aragonés, y la inadmisibilidad del motivo señalado supone la incompe-

tencia de este tribunal para el conocimiento del recurso, al tratarse los restantes motivos de cuestiones de derecho estatal.

49 RDCA-2012-XVIII

• **STANDUM: INVOCACIÓN ARTIFICIOSA**

A. TSJA 15 de diciembre de 2011

En el escrito de interposición del recurso de casación se denuncia infracción del art. 3 Comp., por lo que la competencia para conocer del mismo corresponde al TSJA (478.1.2º Lec.). El principio *standum est chartae* tiene actualmente un único sentido: es expresión de la libertad de pacto o disposición, careciendo de función interpretativa. Pero en el caso presente no se ha planteado la prevalencia de norma no imperativa sobre lo convenido en la carta. Se aprecia, por eso, que la invocación del referido principio se lleva cabo de forma artificiosa, como justificación formal de la supuesta infracción de un precepto foral. En consecuencia, se declara la inadmisión del recurso (art. 483.2.2ª en relación con el art. 477.1 Lec.).

14 RDCA-2012-XVIII

DERECHO FISCAL

• **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 matrimonial 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

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

• **LEY APLICABLE AL EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL**

S. TSJA 31/2016, 21 de diciembre de 2016

Aunque no ha sido cuestionado por ninguna de las partes y ambas instancias han aplicado

el Derecho aragonés, el TSJ se plantea de oficio la cuestión del ordenamiento jurídico aplicable al caso porque en este concurre un elemento de extranjería en cuanto consta acreditado que la menor es hija de padre español y madre rumana. En este caso es de aplicación el art. 9.4 segundo párrafo Cc. porque lo relevante es el ejercicio de la responsabilidad parental relativa a la hija común por parte de ambos progenitores, y en concreto en orden al derecho de visitas que corresponde al padre respecto de la menor, cuya guarda y custodia ha sido atribuida a la madre y la ejerce en país extranjero. El Convenio de la Haya de 1996, al que se remite el 9.4 Cc., previene la aplicación de la *lex fori* art. 15.1), y la aplicación de la ley española debe llevar en el caso, al tratarse de una menor nacida en Zaragoza y cuyo primer domicilio lo fue en esta ciudad, a aplicar la legislación aragonesa, al ser el ordenamiento del territorio con el que mantiene un vínculo estrecho (art. 47.1 y 4). Lo que no impedirá que en la ejecución de la medida pueda aplicarse el Derecho del Estado en que reside actualmente la menor (art. 15.3 del Convenio).

28 RDCA-XXIII-2017

DERECHO INTERREGIONAL

S. APH 24 de octubre de 2003

Se trata de determinar el r.e.m. de los litigantes (consorciales o separación de bienes). Al tiempo de la celebración del matrimonio, los esposos tenían distinta vecindad civil (él catalana y ella aragonesa). El matrimonio se celebró en Huesca, donde establecieron una residencia habitual, el 21 de abril de 1990, antes de entrar en vigor la reforma del Cc. de 1990; por ello no puede aplicarse ésta mucho menos la redacción del 9.2 Cc. según el D. de 1974, al haber sido declarado inconstitucional en virtud de la STC de 14 de febrero 2002. Por ello y en atención a ésta nos corresponde llenar esta laguna que se produce por la declaración de nulidad del ya derogado art. 9.2 (D.1974), y atendiendo a los actos propios de las partes hemos de convenir que el r.e.m. que rige entre ellos es el de separación de bienes, pues este régimen expresaron

que tenían ante notario en la adquisición de bienes que efectuaron constante matrimonio.

20 2005-2006 (XI-XII)

• EFECTOS SOBRE LA SUCESIÓN

S. JPI Zaragoza nº 2, 25 de noviembre de 1995

La causante era de vecindad civil común al tiempo de otorgar testamento —en él nombra herederos a partes iguales a su tres hijos—, bajo el que falleció. Ahora bien, la vecindad civil que se atribuya a la causante al tiempo de su fallecimiento no incide sobre eficacia de la disposición testamentaria: ésta es tan compatible con el régimen sucesorio y de las legítimas del Código civil como de la Compilación, pero tal hecho tiene una trascendental importancia en orden a la determinación del haber hereditario, pues el art. 140 Comp. establece que «la colación de liberalidades no procede por ministerio de la ley, mas puede ordenarse en testamento otro documento público». En el caso de autos, la causante falleció habiendo adquirido, por residencia, la vecindad civil aragonesa art. 14.2 C.c.)

63 1997, III (núm. 1º)

• LEGISLACIÓN SOBRE PROPIEDAD HORIZONTAL

S. TSJA 22/2016, 15 de septiembre de 2016

La sentencia de apelación no ha infringido las normas de conflicto de leyes que invoca el motivo de casación (arts. 10.1 y 13 Cc.) al haber resuelto de acuerdo con la regulación contenida en la Ley de Propiedad Horizontal. No puede darse conflicto de leyes entre el Derecho civil foral y el estatal en aquellos ámbitos del Derecho civil al que no alcanza el Derecho civil propio. Como Aragón no tiene regulación propia sobre propiedad horizontal, los conflictos que surjan en el seno de esta materia han de entenderse sujetos a la ley estatal de propiedad horizontal, cuyo régimen especial es de carácter imperativo y desplaza al resto del ordenamiento civil, que sería de aplicación tan solo

con carácter supletorio (arts. 396 Cc, 2 LPH, SSTs 44/2008, 398/2009 306/2013 y 725/2014). Tampoco es de apreciar infracción del sistema de fuentes (art. 1 CDFA), pues la falta de regulación aragonesa en esta materia justifica la entrada de la ley estatal que se ocupa de ella.

19 RDCA-XXIII-2017

• RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL

S. APZ (Penal) 24 de octubre de 1998

Proceso penal. Tras medidas provisionales que confieren a la mujer el uso exclusivo del domicilio conyugal, el marido, sirviéndose de llaves de local adjunto, logra sustraer unos cuadros, un teléfono y un fax, bienes presuntamente comunes e inventariados a efectos de la liquidación de la comunidad conyugal. La S. plantea cuál sea el régimen del matrimonio (en razón de la vecindad civil del marido en el momento de casarse, antes de 1990) y absuelve, indicando que la calificación penal correcta de los hechos sería la de falta de coacciones.

47 1999,V (núm. 2º)

DERECHO PROCESAL

A. TSJA 19 de junio de 2008

A tenor de lo dispuesto en el art. 214 Lec., los Tribunales no podrán cambiar las resoluciones que pronuncien después de firmadas, pero sí aclarar cualquier concepto oscuro y rectificar cualquier error material de que adolezcan. En este caso se trata de un error material ya que debía haberse incluido el nombre del ponente, por lo que debe aclararse de oficio la sentencia en el sentido de hacerse constar al final de los Antecedentes de Hecho el nombre del ponente designado. En razón de lo anterior, la Sala Acuerda: Aclarar la sentencia de fecha 10 de junio de 2008 (RDCA-XIV, 2008, marginal 19) con el solo sentido de incluir la final de los Antecedentes de Hecho, que ha sido ponente el Excmo. Sr. Presidente D. Fernando Zubiri de Salinas.

2 RDCA 2010, XVI

S. TS 14 de noviembre de 2008

La recurrente funda su recurso de casación en infracción de los artículos 1.278 y concordantes del Código civil, en relación con la Compilación del Derecho foral de Aragón en materia sucesoria. El motivo es inadmisibile por cuanto infringe la reiterada doctrina de esta Sala que niega que pueda fundamentarse un motivo casacional en la cita de preceptos concordantes, sin señalar cuál o cuáles resultan ser los infringidos. Estas deficiencias procesales debieron dar lugar a su inadmisión y ahora se convierten en causas de desestimación.

1 RDCA 2010, XVI

A. TSJA 16 de marzo de 2009

Se solicita la modificación del pronunciamiento judicial sobre costas en el sentido de que no se le impongan a la recurrente, pero la postura no puede admitirse, ya que las sentencias son invariables: no se pueden modificar por el órgano jurisdiccional que las dictó desde el momento en que, con la firma de todos los miembros del Tribunal, se completa su formación. Como excepción a la vinculación del órgano jurisdiccional a sus resoluciones, la ley permite aclarar algún concepto oscuro, rectificar errores materiales y los aritméticos, y suplir omisiones relativas a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso, pero fuera de dichos supuestos no se admite modificación debiendo estarse a los pronunciamientos de las mismas. El pronunciamiento sobre costas, una vez firmada la sentencia, es inmodificable por el propio órgano judicial que la dictó.

1 RDCA 2011, XVII

S. TSJA 12 de mayo de 2010

Estima el magistrado disidente que este asunto no es objeto de recurso de casación sino de infracción procesal puesto que la solución del caso depende de la valoración de la prueba: si el hijo tiene o no recursos suficientes para cubrir su gastos de sustento, habitación y vestido, habiendo dos valoraciones distintas: la del Juzgado, que consideró que sí, y extinguió la obligación del padre; y de la AP, que consideró que no es suficiente, y por ello revocó el fallo en

la Instancia y mantuvo la obligación de crianza del padre. En el recurso de casación debe estar-se a los hechos que se estimaron probados en la sentencia impugnada, esto es, no cabe apreciar infracción de normas sustantivas desde una valoración probatoria diferente a la efectuada por la AP, por ello no se debe variar este hecho y en consecuencia se debe desestimar el recurso de casación.

5 RDCA 2011, XVII

• JURISDICCIÓN CIVIL

S. APZ 8 de abril de 2002

La alegación de incompetencia jurisdiccional que alega el apelante debe ser desestimada por cuanto no es deducible la presente acción ante los tribunales de lo contencioso por tratarse de una obligación civil (art. 592 Cc.) que afecta a las relaciones de vecindad entre las partes.

64 2003-2004 (IX-X)

• LA FACULTAD DE INTEGRACIÓN DEL *FACTUM*

S. TSJA 41/2014, 17 de diciembre de 2014

Como señala el TS en sentencias como la de 12/9/2013, la integración del *factum* es una facultad de carácter excepcional que ha de ser ejercitada [por el Tribunal de Casación] con ponderación, y referirse a hechos complementarios, no suficientemente explicitados en la resolución recurrida y de constancia necesaria para la decisión judicial, o a circunstancias fácticas que contribuyen a perfilar la cuestión litigiosa y a ayudar a su resolución. Asimismo, la integración del *factum* es una facultad del Tribunal que no puede contradecir la apreciación probatoria de la instancia ni utilizarse para llenar un vacío probatorio sobre hechos relativos a la *ratio decidendi* o para suplir la actividad probatoria que constituye función soberana del juzgador de instancia.

36 RDCA-XX-2014

• NULIDAD DE LOS ACTOS PROCESALES

S. TSJA 25 de mayo de 2011

No tiene lugar la nulidad solicitada alegando la no intervención del fiscal, puesto que ello, además no es cierto, ya que el art. 749-2 Lec. no exige la asistencia inexcusable del Fiscal al acto de la vista, sino su intervención en el proceso; y ésta se ha producido ya que consta en las actuaciones que el fiscal fue llamado al proceso, que contestó la demanda y excusó su asistencia al juicio. La nulidad de las actuaciones procesales tiene lugar cuando se prescinda de las normas esenciales del proceso y siempre que, por esa causa, se produzca indefensión y además, habrá nulidad en aquellos casos en los que las leyes así lo establezcan (art. 283 LOPJ); no existiendo una norma procesal que establezca la nulidad cuando la intervención del fiscal en el proceso es preceptiva.

13 RDCA 2011, XVII

DERECHO TRANSITORIO

• CONSORCIO CONYUGAL: ACTIVO (LREM.)

S. APZ 25 de mayo de 2005

De conformidad con la DT 2ª Lrem., habiendo nacido el derecho a las indemnizaciones por cese de la relación laboral, por incapacidad permanente total por enfermedad común y por incapacidad permanente absoluta, y habiéndose percibido las prestaciones correspondientes, antes de la entrada en vigor de la Lrem., las reglas que gobiernan dicha adquisición son las de la Compilación de 1967, modificada en 1985.

45 2007, XIII

S. TSJA 28 de septiembre de 2007

Pretende el actor que del inventario se excluyan determinados bienes, al calificarlos de privativos por haber sido, los mismos, adquiridos con anterioridad a la celebración del matrimonio. No obstante, el efecto inmediato que a la Lrem. le atribuye la DT 1ª, en materia de activo se ha de atender a la DT 2ª, de manera que en este caso, al haberse celebrado el matri-

monio con anterioridad a la entrada en vigor de la Lrem., los bienes muebles son comunes conforme al art. 37.4 Comp., que es el que resulta aplicable al caso.

12 RDCA 2008, XIV

S. APH 23 de enero de 2009

No resulta aplicable el art. 28-2 Lrem., por haberse percibido la indemnización vigente la Compilación, y ésta es la norma que debemos aplicar en razón de la DT 2ª Lrem. Esta AP la naturaleza privativa de estas indemnizaciones, pero tanto el TSJ de Aragón (S. de 29 de mayo de 1999) como ahora el legislador las califican de bienes comunes, y así lo hace también ahora esta AP, confirmando la calificación del juzgado, por cuanto lo dicho ahora por la Lrem. nos sirve para interpretar el art. 37-3 Comp., reforzando así el fallo habido en su momento en casación. Los bienes muebles deben ser considerados comunes, porque no lo son del art. 39 Comp. y en la formación del activo resulta aplicable la Comp.: art. 37-4 Comp. y DT 2ª Lrem.

19 RDCA 2009, XV

S. APZ 29 de abril de 2010

La Lrem se aplica a todos los matrimonios ya celebrados desde el 23 de abril de 2003, pero respecto a la composición del activo deberá estarse a su calificación según el Derecho aplicable en el momento de la adquisición del bien.

76 RDCA-2012-XXVIII

S. TSJA 14 de mayo de 2010

La DT 1ª de la Lrem. tiene como finalidad aplicar el criterio del efecto inmediato para esta Ley, produciendo sus efectos ya sobre matrimonios contraídos con anterioridad a su entrada en vigor. Ahora bien, esa aplicabilidad no puede determinar que, por extensión de sus efectos, cambien de naturaleza derechos nacidos con anterioridad a su entrada en vigor, ni que pudieran afectar las disposiciones de la Ley a terceros que contrataron con los cónyuges.

5 RDCA 2010, XVI

• *CONSORCIO CONYUGAL: GESTIÓN*

S. TSJA 25 de marzo de 1992

Aplicación del art. 48.2.1 en la redacción de 1985 a actos de disposición realizados con anterioridad sin el consentimiento del otro cónyuge.

6 1995, I (núm. 1º)

S. APH 20 de enero de 1994

Nulidad de venta de local comercial perteneciente al consorcio conyugal por falta de determinación del precio y por haber sido enajenado, en 1962, por el marido como representante de la sociedad conyugal; anulabilidad; prescripción adquisitiva.

8 1996, II (núm. 1º)

S. TSJA 10 de abril de 1995

No es aplicable a este supuesto el art. 48.2 Comp. (1985), pues el contrato de opción de compra quedó concluso estando vigente el art. 51 Comp. (1967). Con todo, y aunque el art. 51 Comp. (1967) no comprendía las excepciones de posibilidad de actuación o legitimación frente a terceros de cada uno de los cónyuges, la doctrina científica había venido a admitir la solución hoy contenida en el art. 48.2, si los bienes se encuentran en el tráfico habitual de la profesión, arte u oficio del disponente, cuestión de hecho apreciable por el Tribunal de instancia, que no concurre en este caso.

2 1996, II (núm. 1º)

• *CONSORCIO CONYUGAL: GESTIÓN (LREM)*

S. JPI Zaragoza nº 17, 9 de octubre de 2003

El contrato de arrendamiento con opción de compra de un bien de naturaleza ganancial celebrado sólo por el marido sin contar con el consentimiento de la esposa, sin perjuicio de la responsabilidad interna que hubiera contraído el marido frente al consorcio, debe ser considerado válido porque el mismo se incardina dentro del tráfico habitual de la profesión u oficio del marido, bastando con que concorra el cónyuge de que se trate, el cual, por sí sólo

está legitimado frente a terceros, frente a los cuales la esposa no puede accionar, pues estamos ante una clara y rotunda excepción al régimen jurídico de la anulabilidad de los actos realizados por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro.

54 2005-2006 (XI-XII)

• **CONSORCIO CONYUGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN**

S. TSJA 12 de febrero de 1996

La D.T.1ª Comp. determina que las normas sobre bienes comunes y privativos del régimen matrimonial legal (arts. 37, 38 y 39) sólo se aplicarán en los matrimonios que se contraigan a partir de la entrada en vigor de la Compilación. Por lo tanto, no procede aplicar al supuesto a autos los preceptos de la Compilación referentes al régimen económico matrimonial legal.

1 1997, III (núm. 1º)

S. TSJA 7/2012, 29 de febrero de 2012

Para la liquidación de una sociedad conyugal tácita disuelta en 1937 no es de aplicación el Apéndice sino las normas de la Ley de régimen económico matrimonial y viudedad, especialmente los arts. 79 y 80, vigentes al tiempo de interposición de la demanda para la liquidación del régimen económico matrimonial (DT 1ª Lrem.)

22 RDCA-2012-XVIII

• **CONSORCIO CONYUGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN (LREM.)**

S. TSJA 28 de septiembre de 2007

El recurrente considera inaplicable el art. 83 Lrem., por haber sido contraído el matrimonio con anterioridad a la entrada en vigor de la Lrem., pero no le asiste razón, ya que la DT 1ª sienta el principio general de aplicación inmediata de la ley, y la segunda establece que los actos relativos a la liquidación se rigen por la Lrem. si se realizan después de su entrada en vigor, como es el caso.

12 RDCA 2008, XIV

S. JPII Alcañiz nº 2, 23 de septiembre de 2008

En aplicación de las DT 1ª y 2ª Lrem. cabe hacer dos apreciaciones, dado que este matrimonio se contrajo antes de su entrada en vigor, pero se procede a disolverlo y a liquidar el régimen económico matrimonial, por un lado al constituir el inventario y la liquidación misma un acto posterior a la vigencia de la Ley procede aplicar la misma al menos en cuanto al proceso de inventario propiamente dicho; por otro lado, corresponderá la aplicación de la Compilación, en su derogado Título IV, siempre que nos encontremos un hecho, acto o negocio de los previstos en la ya mencionada DT 2ª.

60 RDCA 2010, XVI

• **CONSORCIO FORAL**

S. JPII Tarazona 16 de mayo de 1997

No existe el consorcio cuando la sucesión del padre de los supuestos consortes se abrió en 1963 (bajo la vigencia del Apéndice). La disp. transitoria duodécima Cc. —aplicable a través de la duodécima de la Compilación— lleva aplicar la ley vigente al tiempo del fallecimiento del causante.

16 1999, V (núm. 1º)

S. JPII Tarazona 18 de noviembre de 1997

La parte demanda y reconveniente alega que no existe consorcio foral sobre determinadas fincas, puesto que las mismas proceden de una herencia abierta en 1931, cuya titularidad proindiviso sobre aquéllas tiene su origen en un testamento de 1930. Tal alegación ha de desestimarse porque dicho testamento no contenía designación de heredero, sino facultades de fiducia en favor del cónyuge supérstite, el cual designó herederos en ejecución de aquélla en su testamento de 1972, quedando la delación hereditaria deferida hasta el fallecimiento de la fiduciaria en el año 1976.

24 1999, V (núm. 1º)

S. APZ 22 de octubre de 1998

No procede sobre parte indivisa de una finca. Sí aun cuando los hermanos hayan adquirido proindiviso de un ascendiente partes divisas por títulos diferentes y en diversos momentos, siempre que hayan llegado a ser propietarios de la totalidad de la finca. Derecho transitorio: la donación anterior a 1967 no origina consorcio foral.

46 1999, V (núm. 2º)

- **CUSTODIA COMPARTIDA**

S. TSJA 13 de julio de 2011

Es correcto aplicar al proceso la Ley de «custodia compartida», a pesar de que el litigio en Primera Instancia se tramitara antes de la entrada en vigor de esta Ley, porque su DT 1ª preveía la posibilidad de revisión, conforme a la nueva normativa, de los convenios reguladores y de las medidas judiciales adoptadas bajo la legislación anterior: «las normas de esta ley serán de aplicación a la revisión judicial de los convenios reguladores y de las medidas judiciales adoptadas con anterioridad a su entrada en vigor».

16 RDCA 2011, XVII

- **DERECHO DE SUCESIONES EN GENERAL**

S. APH 27 de febrero de 1995

Las cuestiones de Derecho intertemporal planteadas en este caso se han de resolver aplicando la Compilación aragonesa de 1967, texto que estaba vigente en el momento de fallecer la causante, sin que se aplicable al caso el Apéndice, aun cuando fuera la ley vigente en el momento de otorgarse la escritura de institución de heredero y señalamiento de legítimas, como así se deduce de la aplicación de la DT. 12ª Comp. 67, que remite a las DDTT. Cc., entre las que cabe aplicar la DT. 12ª Cc.

11 1997, III (núm. 1º)

S. JPI Zaragoza nº 17, 23 de mayo de 2003

El art. 122 Comp. no resulta aplicable al caso. La DT 1ª Lsuc. establece que la sucesiones

por causa de muerte se regirán por la ley vigente en el momento de apertura de la sucesión. Y tal ley era en 1952 el Apéndice de 1925. En este texto legal, la omisión de herederos forzosos se regulaba en el art. 32: «la preterición ... no anulará la última voluntad del ascendiente sino cuando comprenda todos los herederos forzosos y, en este caso, entre ellos se dividirán las dos terceras partes del caudal líquido, como si el causante hubiera fallecido abintestato». Por ello, habiendo sido omitidas no intencionalmente del testamento del causante, otorgado en 1907, antes de tener hijos y de haber contraído matrimonio, esta es la solución que procede, y no la sucesión legal en la herencia entera como pretende la actora. Esta previsión, vigente el Apéndice, sólo tenía lugar cuando entre los cónyuges existía casamiento al más viviente, pacto que no existe en este caso.

51 2005-2006 (XI-XII)

- **FIDUCIA SUCESORIA**

S. APH 16 de junio de 2008

Como dijimos en la Sentencia de 25 abril 2006, la disposición transitoria novena de la Lsuc., específica de la fiducia, no excluye aplicación de la tercera, de ámbito general, como tampoco excluye la entrada en juego de la transitoria segunda, en la que incluso se hace mención expresa a las fiducias sucesorias concedidas o pactadas bajo la legislación anterior. Parece que si la transitoria novena nada dice de la aplicación de los plazos del art. 129 Lsuc. a las fiducias pendientes de ejecución a su entrada en vigor, es porque la vigencia del mismo ya resultaba de la transitoria tercera.

19 RDCA-2010-XVI

S. APH 20 de octubre de 2008

Reiteración de lo dicho en las Ss. APH de 25-4-2006 y 16-6-2008 sobre la interpretación de las disposiciones transitorias 3ª y 9ª Lec. en relación con el plazo de tres años para la ejecución de la fiducia del art. 129 Lsuc. El legislador aragonés de 1999, pese a ser en todo momento consciente del tradicional rechazo existente a la sucesión intestada, prefirió poner un límite temporal a la ejecución de las fiducias pendien-

tes a la entrada en vigor de la nueva Ley de sucesiones, que finaliza el 23 de abril de 2002. En el momento de extinción de la fiducia por caducidad del plazo de ejecución tiene lugar la delación de la herencia, conforme las reglas de la sucesión legal (art. 133-1 Lsuc.).

26 RDCA-2010-XVI

• *LEY DE RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL Y VIUDEDAD (LEY 2/2003)*

S. APH 18 de enero de 2005

El art. 1062 Cc. es aplicable a la liquidación del régimen económico matrimonial según la remisión genérica a las reglas de la partición y liquidación de la herencia contenida en el art. 1410 Cc., todo ello conforme a la previsión supletoria del art. 1.2 Comp. Así, mismo, el art. 88 Lrem., aunque no es aplicable al presente caso en virtud del momento en que se produjo la disolución del régimen económico matrimonial, contiene la misma remisión del citado art. 1410 Cc. Por ello procede la venta de la finca en pública subasta con admisión de licitadores extraños y el reparto del precio entre los contendientes, según lo dispuesto en el art. 1062 Cc. y no la venta directa a una concreta persona por una cantidad determinada y la consiguiente obligación de otorgar escritura pública.

20 2007, XIII

S. TSJA 1 de junio de 2005

Para resolver el presente recurso se ha de determinar si resulta de aplicación a los hechos y actos jurídicos la normativa contenida en la Ley 2/2003 de 12 de febrero o bien la Compilación derogada por ella. Extremo que conforme a las DT 1 y 2 de la Ley 2/03 debe resolverse en atención al momento en que tuvo lugar la adquisición por parte del marido de los derechos derivados de un plan de pensiones suscrito por éste. Como la cantidad fue recibida por el marido en los años 2001 y 2002 resulta aplicable la Compilación y no la Lrem.

6 2005-2006 (XI-XII)

S. APH 25 de junio de 2005

En el caso de autos existe un legado de bien consorcial, pues tal era la naturaleza de la vi-

vienda cuando se otorgó el testamento mancomunado, de forma que el art. 1.380 Cc. debe ser aplicado directamente y sin recurrir a la analogía. Dicha norma permite que cualquiera de los cónyuges puede disponer mortis causa de un bien ganancial pese a que antes de la partición ninguno de los cónyuges tiene el poder exclusivo sobre cualquiera de los bienes que forman el activo. En este caso al testar mancomunadamente cabe añadir que el cónyuge no disponente del legado también concurrió al otorgamiento, por ello la liquidación del patrimonio consorcial de los testadores pasaría por atribuir al padre de los litigantes la totalidad de la vivienda legada. En la actualidad, la misma solución el art. 1.380 ofrece el art. 56.2 Lrem.

26 2007, XIII

S. TSJA 8 de julio de 2005

Vigente la compilación en el momento de interposición de la demanda, no podía aplicarse el art. 65.2 Lrem, ni resultaba necesario decretar retroacción alguna por el carácter indiscutible de consorcialidad de los bienes de los que de forma indebida había dispuesto el recurrente una vez que se decretó la separación matrimonial disolviéndose, a su vez, el consorcio conyugal.

11 2005-2006 (XI-XII)

S. TSJA 27 de febrero de 2006

En aplicación de la DT 2ª de la Lrem. la adquisición de la vivienda con precio aplazado por parte del marido en fecha de 24 de febrero de 1993, y antes de haber contraído matrimonio con la ahora recurrente, determina como ley aplicable a la Compilación, aun cuando, y respecto de esta adquisición no varíe la naturaleza y calificación con respecto a lo que ahora dispone la Lrem. Ahora bien, la liquidación del consorcio sí debe regirse conforme a la ley de 2003.

8 2007, XIII

• *LEY DE SUCESIONES*

A. APZ 9 de noviembre de 1999

La demanda se interpone el 9 de enero de 1999, es decir, cuando aún no estaba en vigor la

nueva ley de sucesiones, por lo que se entendería aplicar la doctrina del TSJ de Aragón favorable a los intereses de la actora. La retroactividad de dicha ley (DT 10ª) hacía eficaz dicha jurisprudencia, por lo que en el momento de interponerse la demanda no podía preverse dicha excepcional técnica legislativa.

43 2000, VI (núm. 2º)

S. JPI Zaragoza nº 10, 15 de noviembre de 2000

Al caso sometido al litigio le es aplicable la normativa anterior a la Ley aragonesa de sucesiones 1/99 de 24 de febrero, constituida por las normas de la Compilación de Derecho aragonés, por ser las que se encontraban en vigor en el momento del fallecimiento el causante esposo de la fiduciaria (1981) como en el momento de la ejecución de la misma, que es cuando se produce la delación de la herencia.

62 2001-2002 (VII-VIII)

A. APZ (Secc. 2ª) 17 de febrero de 2003

Conforme a la DT 1ª de la L 1/1999 de 24 de febrero, las sucesiones por causa de muerte se regirán por la ley vigente en el momento de la apertura de la sucesión y ésta se abre conforme al art. 5.1 de la indicada ley en el momento de la muerte del causante, producida ésta el 14-3-1998, por lo que resultan de aplicación los arts. 127 y ss. Comp. aragonesa.

29 2005-2006 (XI-XII)

A. Presiden. TSJA 30 de julio de 2004

La sucesión se rige por la legislación civil aragonesa, conforme a las normas establecidas en los artículos 9.8 y 14.1 del Código Civil. Dentro de aquella, es de aplicación la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte, pues según su disposición transitoria primera, «las sucesiones por causa de muerte se regirán por la Ley vigente en el momento de apertura de la sucesión», pero conforme a la Disposición Transitoria Segunda, «Validez de los actos por causa de muerte anteriores a la Ley. 1. Conservarán su validez los

pactos sucesorios y testamentos otorgados y las fiducias sucesorias concedidas o pactadas bajo la legislación anterior y que sean válidos con arreglo a ella».

7 2003-2004 (IX-X)

S. JPI Jaca nº 2, 29 de julio de 2005

Procede declarar la extinción de la fiducia encomendada en los capítulos de 5 de septiembre de 1908 por haber transcurrido el plazo de tres años para su ejecución previsto en el art. 129 Lsuc., por resultar aplicable en virtud de las DT 3ª y 9ª Lsuc. que señala aplicable el nuevo régimen de la fiducia a todas aquellas que estén pendiente de ejecución a la entrada en vigor de la Lsuc.

61 2007, XIII

S. APH 25 de abril de 2006

En virtud de la DT 3ª, a las fiducias pendientes de ejecución se les han de aplicar los plazos previstos para su ejecución en el art. 29 Lsuc., sin que elimine esta posibilidad la DT 9ª, específica para la fiducia, en la que no se hace referencia a dicho precepto ni al plazo. La razón, precisamente, es que ello ya se prevé con carácter general en la transitoria 3ª; la 9ª tan solo añade cuestiones específicas para la fiducia. Los arts. 147 b) y 148 son aplicables por la DT 9ª a fiducias abiertas antes de la entrada en vigor Lsuc. pero pendientes de ejecución.

24 RDCA 2008, XIV

• LUCES Y VISTAS

S. APZ 15 de julio de 1996

Sólo son signos aparentes de servidumbre de luces y vistas, a los efectos del art. 541 Cc., los considerados en el art. 145 Comp. Se aplica el art. 144 Comp. aun respecto de huecos abiertos antes de 1967 (Disp. trans. 9ª Comp.). Se declara la existencia de servidumbre voluntaria de desagüe de acuerdo con el art. 541 Cc.

26 1997, III (núm. 2º)

- **SERVIDUMBRES**

S. TSJA 36/2014, 17 de noviembre de 2014

La Ley 8/2010, de Derecho civil patrimonial, entró en vigor el 1 de enero de 2011, y en el caso hay dudas sobre si las obras en el predio dominante de la servidumbre se realizaron después de esa fecha. Sin embargo, lo fundamental para decidir sobre la aplicación de esa Ley, luego refundida en el CDFA, a los hechos controvertidos es tener en cuenta que la DT 23ª del CDFA ordena la aplicación inmediata, desde el 1 de enero de 2011, de las normas sobre esta materia (servidumbres) a todas las situaciones contempladas en el Libro Cuarto (Derecho patrimonial), aun anteriores a dicha fecha como dice el Preámbulo del CDFA.

31 RDCA-XX-2014

- **TESTAMENTO MANCOMUNADO**

S. TSJA 29 de mayo de 1991

Aplicación al testamento mancomunado otorgado bajo el Apéndice de los arts. 95 y 108 Comp. (pacto al más viviente), al haberse producido el fallecimiento de ambos esposos vigente la Compilación.

3 1995, I (núm. 1º)

- **TUTELA**

S. APH 14 de febrero de 1997

El arrendamiento concertado en 1962 y escriturado en 1979 se rige, en lo que hace a las formalidades que ha de seguir el tutor para concertarlo, por las normas vigentes al tiempo del su otorgamiento, sin que a ello pueda oponerse la DT 1ª de la Ley 3/85 de 21 de mayo sobre la Compilación del Derecho civil de Aragón.

3 1998, IV (núms. 1º y 2º)

- **USUFRUCTO VIDUAL**

S. TSJA 12 de febrero de 1996

De conformidad con lo dispuesto en la D.T. 4ª Comp., no se rigen por este Cuerpo

legal los usufructos viduales causados con anterioridad a su entrada en vigor. Por lo tanto, no procede tampoco la aplicación del art. 84.1 Comp., sino que se han de aplicar los arts. 72 y 76 del Apéndice.

1 1997, III (núm. 1º)

S. APT 6 de noviembre de 1999

En aplicación de la DT 4ª de la Compilación, el usufructo que le corresponde a la demanda ha de ser universal, aun cuando a la celebración de su matrimonio estuviera vigente al Apéndice, ya que al fallecimiento del marido (en 1969) regía ya la Compilación.

24 2000, VI (núm. 2º)

- **VIUDEDAD**

S. APH 8 de junio de 2005

La viuda, demandante y recurrente, pretende de los tribunales que se declare la existencia de viudedad sobre todos los bienes del premuerto por considerar que habiéndose separado antes de la entrada en vigor de la Ley aragonesa 3/85 de 21 de mayo subsistía, a pesar de la separación, su derecho expectante de viudedad, por no haber sido declarada cónyuge culpable, tal y como prevenía el art. 78 en su redacción de 1967. Analizadas las DT 4º Ley 3/85 así como la DT 12ª de la Comp. 1967; no procede la aplicación retroactiva de normas frente a los derechos adquiridos, pudiendo defenderse la subsistencia del expectante en estos casos frente al cónyuge inocente; no obstante, en el caso de autos ambos cónyuges estaban incurso en causa de separación, por lo que podría predicarse respecto de ambos la culpabilidad con la consiguiente extinción del derecho expectante respecto de cada uno de ellos.

25 2007, XIII

LEY DE CAZA

- **CARGA DE LA PRUEBA**

S. APH 31 de enero de 2011

La prueba de la diligencia de los titulares del coto, o de las medidas que hayan podido

adoptar para la conservación del terreno, le resulta muy difícil, si no imposible, al propietario, conductor o no, del vehículo siniestrado, de modo que la prueba de la diligencia en la conservación del coto incumbe a sus titulares, quienes dirigen la explotación de la actividad cinegética y están, por tanto, en mejor disposición de estudiar los medios adecuados para impedir la irrupción de animales en la carretera, todo lo cual inclina al Tribunal por afirmar que en absoluto debe confundirse la inversión de la carga de la prueba ni con la exigencia de una probatio diabólica ni mucho menos con una reasimilación del sistema de responsabilidad objetiva imperante con anterioridad a la reforma de la Ley 17/2005.

58 RDCA-XIX-2013

• CONCEPTO DE «RESIDENTE»

S. APH 22 de julio de 1998

El empadronamiento no constituye una presunción de residencia *iuris et de iure*; el requisito de la residencia se exige para evitar ingreso en la sociedad de cazadores de quienes no residen habitual y permanentemente en la localidad. Por tanto, no resulta equivocada la tesis de la apelante cuando hace referencia al censo de fuegos o a los habitantes con chimenea humeante en la localidad todo el año o con casal, patrimonio o hacienda, que done, es decir, que dé un servicio a la comunidad, según el Fuero Viejo.

15 1999, V (núm. 2º)

• CONCEPTO DE COLINDANTE

S. APH 31 de octubre de 2003

El término colindante debe interpretarse en sentido amplio y equipararlo a proximidad, pues en otro caso quedarían excluidos de responsabilidad los titulares de acotados cercanos al lugar del siniestro, y no sólo colindantes, de los que podría proceder la pieza de caza, lo que en modo alguno es admisible dentro del sistema de responsabilidad objetiva que consagra la ley de caza

22 2005-2006 (XI-XII)

• CONCEPTO DE PROCEDENCIA

S. APH 19 de febrero de 2001

Por «procedencia» no debe entenderse una mera presencia coyuntural u ocasional de la pieza. Por el contrario, este concepto hace referencia al hábitat propio de la especie de que se trate en cualquiera de sus fases y, en definitiva, al tipo de explotación cinegética de la zona. Respecto de la responsabilidad establecida para la administración, es cierto, que el concepto jurídico que venimos defendiendo para los titulares de explotaciones cinegéticas no tiene necesariamente que coincidir con el concepto jurídico de procedencia para la responsabilidad de la administración prevista en la ley de caza de Aragón. Cuando no es titular de una explotación cinegética la DGA responde no porque haya causado daños, sino porque lo impone la ley, cuando los daños producidos por los animales salvajes o, siendo susceptible de explotación cinegética, proceden de un terreno no cinegético. El orden jurisdiccional competente, entonces, es el contencioso.

11 2003-2004 (IX-X)

S. JPII Boltaña, 3 de junio de 2003

Como viene manteniendo la jurisprudencia, el término de procedencia es incompatible con una mera presencia coyuntural u ocasional de la pieza, pues hace referencia al hábitat propio de la especie de que se trate en cualquiera de sus fases, y en definitiva al tipo de explotación cinegética de la zona, cuya peligrosidad fundamenta la responsabilidad prevista en la Ley de caza. Por ello, atendiendo al certificado de la DGA y a la regulación establecida por la Orden del Dpt. de Medio Ambiente de 29 de junio de 2001, resulta que en el coto de caza demandado no existía aprovechamiento cinegético de tejón, por estar prohibida su caza. Por ello, el animal que colisionó con el vehículo no podía expresamente proceder del mismo.

44 2005-2006 (XI-XII)

S. APH 31 de octubre de 2003

Por procedencia no debemos entender la mera presencia coyuntural u ocasional de la pieza. Por el contrario este concepto hace referencia al

hábitat propio de la especie de que se trate, y en definitiva al tipo de explotación en la zona.

22 2005-2006 (XI-XII)

• *INAPLICABLE*

S. JPI Huesca n° 2, 9 de febrero de 2010

Se ha acreditado que los daños no se han causado como consecuencia directa de la acción de cazar, por lo que en el presente caso o sería responsable la Comunidad de Aragón (art. 71 bis de la Ley de Caza de Aragón), debiendo regir el régimen general de responsabilidad civil establecido en el Cc. (art. 1906) y su desarrollo jurisprudencial y doctrinal, es decir, la responsabilidad por el riesgo derivado del uso del coto, que en el presente caso recae evidentemente sobre la entidad demandada, «Sociedad de Cazadores», cuyo coto resulta colindante con el punto en que se produjo el siniestro, por lo que la demanda debe estimarse.

93 RDCA-2012-XVIII

• *PACTOS*

S. APT 6 de septiembre de 2001

El contrato es nulo de pleno derecho por ser contrario a lo dispuesto en la ley de caza tanto en su art. 52, que prohíbe el contrato de subarriendo de terrenos cinegéticos, así como frente al art. 19 de la misma, que exige la gestión de dichos terrenos sin ánimo de lucro. Y ello porque las sociedades de cazadores legalmente constituidas por concesión de la DGA, que agrupan a los cazadores residentes en los términos municipales comprendidos en el coto, no ostentan derechos de caza sobre los terrenos cinegéticos que integran tales cotos por ser titulares de los mismos, sino que lo que tienen es una concesión, lo que impide que aquellos derechos puedan ser cedidos onerosamente a terceros.

28 2003-2004 (IX-X)

• *RESPONSABILIDAD*

S. APH 26 de mayo de 1997

Los arts. 33 de la Ley de caza así como el 35 de su reglamento, al igual que el art. 72 de la

Ley de caza aragonesa, establecen la responsabilidad del dueño del coto del que el animal causante del daño proceda, siempre que su presencia no sea coyuntural u ocasional.

9 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APH 11 de julio de 1997

Los arts. 33 de la Ley de caza así como el 35 de su reglamento, al igual que el art. 72 de la Ley de caza aragonesa, establecen la responsabilidad del dueño del coto del que el animal causante del daño proceda, siempre que su presencia no sea coyuntural u ocasional.

12 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APH 30 de julio de 1997

Los arts. 33 de la Ley de caza así como el 35 de su reglamento, al igual que el art. 72 de la Ley de caza aragonesa, establecen la responsabilidad del dueño del coto del que el animal causante del daño proceda, siempre que su presencia no sea coyuntural u ocasional.

13 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APH 10 de noviembre de 1997

El primer presupuesto para la apreciación de esta responsabilidad, en los términos previstos en el art. 33 L. de caza y 35 de su reglamento, es que el animal causante del daño «proceda» del coto cuyo titular es demandado. Por «procedencia» no se ha de entender una presencia coyuntural u ocasional de la pieza, sino el tipo de explotación cinegética de la zona. En esta actividad peligrosa es en la que se fundamenta la especial responsabilidad (objetiva y solidaria) de la ley de caza. Al igual que así lo prevé el art. 72 L. de caza aragonesa.

16 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APH 19 de febrero de 2001

La «procedencia» sigue siendo el hecho fundamental en que se asienta la responsabilidad de la ley de caza, y la misma debe conectarse con el tipo de explotación cinegética desarrollada por el coto, sin que baste con que los animales que allí no pueden ser cazados (por

ejemplo la caza mayor en un coto de caza menor) encamen en el coto si cerca existe otra explotación cinegética dedicada a dar caza a esa clase de animales (caza mayor). Todo ello afecta a la sociedad deportiva demandada, pues el coto que explota está próximo al lugar en el que ocurrió el accidente, de forma que los animales podían proceder del lugar en que desarrolla una actividad peligrosa, cual es la promoción o favorecimiento, de la crianza o presencia de jabalíes. Es indiferente que haya otros cotos de caza mayor cercanos, pues la demandada está obligada a reparar el daño con carácter solidario

11 2003-2004 (IX-X)

S. APH 31 de octubre de 2003

La responsabilidad que determina la ley de caza es objetiva y solidaria, sobre esta base debe responder la sociedad demandada puesto que la misma explota un coto colindante al lugar donde ocurrió el accidente de forma que los animales podían proceder del lugar donde se desarrolla la actividad peligrosa como es la promoción y crianza de jabalíes. Y es indiferente que haya otros cotos colindantes de caza mayor, pues la sociedad demandada está obligada a reparar con carácter solidario.

22 2005-2006 (XI-XII)

S. APH 30 de junio de 2009

Cuando en la responsabilidad civil por los daños causados por especies cinegéticas concurren sujetos privados y la administración, la jurisdicción contenciosa atrae el enjuiciamiento de los sujetos concurrentes, lo que tiene lugar siempre, aunque no se demande la administración, pues el único presupuesto que ha puesto el legislador para que se deduzca también frente a ellos la pretensión en sede del orden contencioso administrativo es que hubieren concurrido con la administración en la producción del daño, lo que, obviamente, siempre puede dar lugar a ulteriores repeticiones entre los causantes de los daños, si es que fueran estimados finalmente responsables algunos de ellos.

26 RDCA 2011, XVII

S. APZ 26 de febrero de 2010

El dueño del coto de caza debe responder de los daños causados por los conejos que excesivamente proliferan en la zona, que ramonean los troncos de los árboles de la finca vecina, por no haber tomado las medidas adecuadas para evitar su multiplicación, como impone la legislación vigente, y teniendo dicha responsabilidad carácter objetivo (art. 71 Ley de Caza de Aragón y art. 1906 Cc.)

71 RDCA-2012-XVIII

S. APZ 10 de marzo de 2010

Para que pueda prosperar la acción dirigida contra la sociedad de cazadores titular del coto de caza es preciso probar cumplidamente que la responsabilidad recae sobre el mismo, por ser el accidente consecuencia directa de la acción de cazar o de una falta de diligencia en la conservación del terreno acotado, supuestos significativos de la exclusión en este ámbito de criterios de responsabilidad objetiva, por más que el principio de facilidad probatoria ponga sobre el titular del coto la prueba de la adecuada conservación. El accidente se produjo fuera de temporada de caza y el INAGA ha certificado el cumplimiento por la demandada de sus obligaciones legales como titular del coto. Por lo tanto es el conductor del vehículo que colisionó con la pieza de caza el que debe soportar el daño al no haberse probado la falta de diligencia de la demandada.

73 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 1 de septiembre de 2010

El art. 71 Ley de caza aragonesa establece una responsabilidad objetiva conforme a la cual, y comprobados los hechos fundantes de la pretensión —la titularidad de los terrenos cinegéticos, la causación del daño y la procedencia de los animales— no es necesario acreditar la culpa o negligencia de los titulares de los terrenos dedicados a la caza, para que sea exigible esa responsabilidad. Ésta únicamente cede en supuestos en los que se comprueba la culpa o negligencia del perjudicado o de un tercero ajeno al titular de la explotación.

9 RDCA 2010, XVI

S. APH 31 de enero de 2011

Con carácter general, esta Sala tiene declarado con relación a la irrupción en la calzada de un animal salvaje, que tras la entrada en vigor del art. 71.bis de la Ley 5/2002 de Caza, de dicha normativa resulta que la responsabilidad civil de los titulares de los cotos se limita a los supuestos en que el daño es consecuencia directa de la acción de cazar o de una falta de diligencia en la conservación del terreno acotado, siendo este último supuesto el que, a criterio de la apelante, sustentaría la responsabilidad de la sociedad de cazadores demandada.

58 RDCA-XIX-2013*S. APH 2 de septiembre de 2013*

La responsabilidad civil de los titulares de los cotos de caza se limita a los casos en los que el daño es consecuencia directa de la acción de cazar o de una falta de diligencia en la conservación del terreno acotado. En el caso, al tratarse de un accidente de tráfico (jabalí que irrumpe en la calzada) el daño no deriva de la acción directa de cazar, por ello habrá que ver si ha habido la suficiente diligencia por parte de la sociedad en el cuidado del vallado a la luz de la previsión del art. 47 Ley de caza. En este caso hay responsabilidad de la sociedad, puesto que en las inmediaciones del lugar siniestrado no había suficientes elementos disuasorios que tendieran a alejar a los animales de las carreteras y demás vías públicas.

68 RDCA-2012-XVIII**LEY DE COOPERATIVAS**• **DERECHO DE INFORMACIÓN: INFRACCIÓN***S. TSJA 13 de septiembre de 2010*

La infracción del derecho de información al acto, por la falta de notificación de un acuerdo que directamente afectaba a sus derechos, se concreta en la posibilidad de impugnación del mismo pero no en su nulidad automática, pues ello debe ser resuelto en vía judicial.

10 RDCA 2010, XVI• **DEVOLUCIÓN DE APORTACIONES EN LAS COOPERATIVAS DE VIVIENDA***S. TSJA 40/2014, 16 de diciembre de 2014*

Es principio básico rector de las cooperativas el llamado de «puertas abiertas», en virtud del cual se reconoce el derecho de libre entrada y salida de socios. Todo socio de una cooperativa puede salir de ella libremente, sin perjuicio de la observancia del régimen legal de las bajas, o de las disposiciones estatutarias que regulen el procedimiento para obtenerla, el tiempo mínimo de permanencia en la cooperativa, o la responsabilidad del socio que deja de serlo por los compromisos asumidos con la cooperativa con anterioridad a la baja. En las cooperativas de vivienda todo socio puede liberarse de las obligaciones que le comprendían mientras formaba parte de ellas mediante su baja, hasta el punto de que no solo queda liberado de realizar más aportaciones, sino que puede reclamar la devolución de las efectuadas en su día en su condición de socio.

35 RDCA-XX-2014• **PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE SOCIO: OBLIGACIONES SUBSISTENTES***S. TSJA 22 de junio de 2011*

Las obligaciones contraídas durante la permanencia como socio de la cooperativa no quedan extinguidas por el hecho de perderse la condición. Ni siquiera puede obtener el reintegro de lo ya entregado hasta que no entre un nuevo socio ocupando su lugar, tal como se establece en el art. 22-7 de los Estatutos sociales en consonancia con el art. 89-5 de la Ley 27/1999.

15 RDCA 2011, XVII• **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

• **RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES**

S. TSJA 9/2016, 19 de febrero de 2016

Sobre el grado de negligencia exigible para la declaración de responsabilidad de los administradores de una cooperativa, la ley aragonesa exige un plus sobre la del ordenado comerciante, o la menos estricta en las sociedades de capital, de incumplimiento de los deberes inherentes al desempeño del cargo.

3 RDCA-XXIII-2017

MOTIVOS DE INFRACCIÓN PROCESAL

• **CONSECUENCIA DE LA ESTIMACIÓN**

S. TSJA 31/2016, 21 de diciembre de 2016

La estimación de dos de los motivos de recurso por infracción procesal (el auto aclaratorio supone una variación del fallo; error notorio en cuanto a los lugares en que tienen su residencia ambos progenitores litigantes) no conduce a la devolución del proceso a la Audiencia Provincial para que dicte nueva sentencia, sino que conforme a la DF 16ª, regla 7ª, Lec. corresponde al TSJA dictar nueva sentencia teniendo en cuenta lo que se hubiere alegado como fundamento del recurso de casación, partiendo de los hechos acreditados en las instancias y de las decisiones adoptadas estimando los motivos de infracción procesal.

28 RDCA-XXIII-2017

• **INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA**

S. TSJA 15/2014, 28 de marzo de 2014

De acuerdo con el art. 218.1 Lec., la causa de pedir no la integran sólo los hechos alega-

dos, sino esos hechos enmarcados en la calificación jurídica establecida por la parte. El juzgador puede rectificar o suplir la alegación de la parte en lo referente al elemento puramente normativo; tal es lo que indica el inciso final del 218.1: aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes. Pero no puede variar el punto de vista jurídico o fundamentación jurídica, que hace que la concreta tutela solicitada sea esa y no otra distinta. El respeto a la causa de pedir así delimitada es lo que determina la congruencia de la sentencia. Lo ilustra la STS 18/6/2012 que se transcribe.

10 RDCA-XX-2014

• **INCONGRUENCIA INTERNA**

S. TSJA 26/2014, 2 de julio de 2014

La denominada incongruencia interna puede tener lugar por contradicción entre los pronunciamientos de un fallo, o bien entre la conclusión sentada en la fundamentación jurídica como consecuencia de la argumentación decisiva —ratio decidendi— y el fallo, o con alguno de sus pronunciamientos (SSTS 668/2012, de 14 de noviembre, 571/2012, de 8 de octubre y 736/2013, de 3 de diciembre), y, como señala la STS 141/2014, de 21 de marzo, afecta a la falta de motivación. Tal defecto no puede ser apreciado en el presente caso.

21 RDCA-XX-2014

• **MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA**

S. TSJA 26/2014, 2 de julio de 2014

Para el cumplimiento del requisito de motivación de las resoluciones judiciales, exigido por el art. 218 Lec. y también por el art. 120 CE y el art. 6 CEDH, basta con que expresen la razón en que se basan, de tal modo que la decisión aparezca como el resultado de una argumentación ajustada a los términos del debate a fin de garantizar una aplicación no arbitraria de las normas, lo que no autoriza a exigir un razonamiento pormenorizado de todos los aspectos planteados por las partes en sus alegatos (STEDH Bolea y Rumania, Kuznson y otros v Rusia, Pronia y Ucrania, Dimitrelos y Grecia,

Pérez y Francia, García Ruiz y España, y STC 247/2006, 18 6/2002, 77/2000).

21 RDCA-XX-2014

S. TSJA 18/2016, 27 de junio de 2016

Sobre la motivación de las sentencias requerida por el art. 218 Lec., la sentencia cita las SSTC 101/2015, 13/2001 y 9/2015, añade que igual criterio sostiene el TEDH en su interpretación del art. 6 del Convenio de 1950, en diversas sentencias, en las que se señala que dicha norma incluye la obligación de los tribunales de dar razones suficientes de su decisión, pero que no puede ser entendida en el sentido de que impone una respuesta detallada a cada argumento, ni que requiera que un tribunal de apelación haya de dar razones más detalladas cuando aplica simplemente una concreta previsión legal para rechazar el recurso, de tal forma que puede ser bastante, en los casos en que la apelación es rechazada, la simple remisión a las razones dadas por el tribunal inferior. La jurisprudencia más reciente ha acuñado el «principio de economía motivadora», con arreglo al cual no se explica lo obvio (STS 290/2014). Termina la exposición de la doctrina general con la cita de la STSJA 26/2013. Considera que los argumentos de la sentencia recurrida son bastantes para entender cumplida la exigencia de motivación.

15 RDCA-XXIII-2017

• OBJETO DEL RECURSO DE APELACIÓN

S. TSJA 38/2014, 20 de noviembre de 2014

La Lec. responde al modelo de apelación limitada (art. 456 Lec.), la jurisprudencia ha señalado que no cabe alteración del debate en la apelación (*pendente appellatione nihil innovatur*) y que el objeto del recurso de apelación queda constreñido a los extremos debatidos en dicha instancia (*tantum devolutum quantum appellatum*). En el recurso de apelación rige el principio dispositivo del art. 216 Lec. e igualmente rige el de congruencia que han de guardar las resoluciones judiciales con prohibición de la *reformatio in peius*.

Ahora bien, la jurisprudencia también ha señalado que el objeto del recurso de apelación es el mismo de la primera instancia, o sea la pretensión ejercitada por el demandante y en su caso —en vía reconventional— por el demandado, junto con las excepciones entonces planteadas, hasta el punto de que el contenido de la apelación no solo viene delimitado por las cuestiones suscitadas en el escrito de interposición del recurso, sino también por los de oposición al mismo que incidan en lo alegado en la primera instancia (SSTC 73/2009 y 91/2010).

33 RDCA-XX-2014

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL

S. TSJA 2 de diciembre de 2005

No procede estimar ninguno de los cuatro recursos por infracción procesal interpuestos por la recurrente por cuanto no hay incongruencia cumpliéndose todos los requisitos del art. 218 Lec., ni infracción del art. 24 CE.

4 2007, XIII

S. TSJA 21 de diciembre de 2005

La parte demandada ha interpuesto dos recursos extraordinarios por infracción procesal, frente a la SAP que recurre, y a su vez, recurso de casación, por infracción del art. 119 f Lrem., por interés casacional ya que la norma no lleva 5 años en vigor, y además hay sentencias contradictorias de las Audiencias Provinciales. Admitido que ha sido el recurso en cuanto al fondo por interés casacional, la Sala debe resolver cumpliendo lo dispuesto en la DF 16ª Lec., en primer lugar, recurso extraordinario por infracción procesal, y sólo cuando éste se desestime, se examinará y resolverá el recurso de casación.

6 2007, XIII

A. TS 6 de junio de 2006

Esta Sala se ha pronunciado reiteradamente sobre la competencia del TSJ de Aragón para conocer de los recursos de casación fundados

—exclusivamente o junto con otros motivos— por infracción de normas de Derecho civil aragonés con base en una argumentación jurídica que reproducimos y asumimos en este auto. Lo que ahora se plantea además, es si igualmente tiene competencia el TSJ de Aragón para conocer el recurso extraordinario por infracción procesal, pues aun cuando la competencia para conocer de este curso corresponda a la Sala de lo civil del TS, esta regla ha de considerarse limitada a los casos en los que el recurso se ha interpuesto exclusivamente, pero no cuando se presenta junto con el de casación y la competencia para conocer de éste le viene atribuida al TSJ, en este caso debe también conocer del extraordinario por infracción procesal.

1 2007, XIII

S. TSJA 8 de noviembre de 2006

La Sala, en función de lo dispuesto en la DF 16ª Lec., resolverá siempre, en primer lugar, el recurso extraordinario por infracción procesal; sólo cuando éste se desestime, se examinará y resolverá el recurso de casación. En tal caso, la desestimación del recurso por infracción procesal y la decisión sobre el recurso de casación se contendrán en una sola sentencia.

2 RDCA 2008, XIV

S. TSJA 11 de mayo de 2007

No cabe revisar en casación los hechos probados por la sentencia recurrida cuando ésta estima que la recurrente adquirió por usucapión la servidumbre de paso con una anchura de 70 cm, ya que la notoriedad del uso o la lógica anchura de las mismas no evidencian error palmario, apreciación arbitraria de los hechos, etc. que permita revisar esta cuestión en casación. Alega también el recurrente, errores procesales de la Audiencia, pero en casación sólo se atiende a las cuestiones sustantivas dejando las previstas en el art. 469 Lec. para el procedimiento extraordinario por revisión procesal que acaso debía haber utilizado esta parte. Por otra parte, la imposición de costas queda al margen de la imposibilidad de ser impugnada tanto por vía del recurso de casación como por el de infracción procesal.

6 RDCA 2008, XIV

S. TSJA 26 de septiembre de 2007

La Lec. regula dos recursos extraordinarios contra las sentencias de las AP, el de infracción procesal y el de casación: el primero sirve para denunciar las infracciones de naturaleza procedimental, tanto en materia de jurisdicción, competencia objetiva o funcional, como en tema de garantías del propio proceso, y las infracciones de norma procesales reguladoras de la sentencia —art. 469—; mientras que el recurso de casación permite invocar ante un Tribunal Superior la infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso —art. 477.1 Lec.— atendiendo al ejercicio de la acción como cuestión de fondo. El régimen transitorio en materia de recursos extraordinarios, que regula la DF 16ª de la Lec., en tanto no se confiera a las TSJ la competencia para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal, deberán interponer los dos recursos en un mismo escrito, tramitándose y resolviéndose conforme a las reglas del DF 16ª.

10 RDCA 2008, XIV

• *COSTAS*

A. TSJA 14 de marzo de 2013

La STSJA de 5/2/2013 dictada en el presente procedimiento no recogió pronunciamiento sobre el pago de las costas causadas por el recurso extraordinario por infracción procesal que se formuló conjuntamente con el recurso de casación. Al haber sido desestimadas todas las pretensiones sostenidas en dicho recurso por la parte recurrente, por aplicación del art. 398.1 Lec. procede imponerle el pago de las costas causadas por el recurso por infracción procesal, como aclaración complementaria del fallo de dicha sentencia.

21 RDCA-XIX-2013

A. TSJA 22 de marzo de 2013

Formulado recurso extraordinario por infracción procesal conjuntamente con el de casación, al haber sido desestimadas todas las pretensiones en él sostenidas por la parte recurrente, procede, por aplicación del art. 398.1 Lec., la imposición del pago de las costas

causadas a la parte recurrente. Voto particular: la DF 16ª.1, regla 1ª, Lec. no permite el planteamiento del recurso extraordinario por infracción procesal ante los TTSSJJ, ni separada ni acumuladamente a un recurso de casación, sino sólo la fundamentación de éste en motivos procesales además de los de fondo. Se está ante un solo recurso, de casación, bien que con motivos de una y otra naturaleza, sustantiva y procesal. Por tanto, resulta adecuado un único pronunciamiento sobre costas: el correspondiente al recurso de casación.

14 RDCA-XIX-2013

• **DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO**

S. TSJA 2/2011, 29 de marzo de 2011

Se recuerda la doctrina del levantamiento del velo elaborada por el Tribunal Supremo. La aplicación de esta doctrina y la acreditación del fraude son inseparables. No basta para obtener un levantamiento del velo que quien lo insta haya sufrido un perjuicio o se sienta lesionado en su interés. Tampoco bastaría la consideración de que se está ante una sociedad patrimonial. Hace falta que artificioosamente se haya usado (abusado de) una forma societaria con el fin de defraudar a otro; que se utilice la personalidad jurídica de una sociedad como un medio o instrumento fraudatorio o con un fin fraudulento. La prueba practicada no es arbitraria o ilógica y el fraude no ha quedado demostrado por lo que se deniega el levantamiento del velo. El motivo de infracción procesal no prospera y, en consecuencia, los motivos de casación se desestiman.

4 RDCA-2012-XVIII

• **FALTA DE COMPETENCIA FUNCIONAL**

A. TSJA 4 de julio de 2012

El recurrente tan solo ha presentado recurso extraordinario por infracción procesal (no acompañado de recurso de casación foral) por error patente, arbitrariedad e irracionalidad en la valoración de la prueba, pero con sustento en un precepto sustantivo (art. 82 DFA) que, en realidad, pretendía una valoración de la prueba distinta, sin demostración de que la efectuada

en la sentencia recurrida hubiera sido efectivamente irracional, arbitraria o absurda. La Sala debe abstenerse de conocer del presente recurso, por falta de competencia funcional, al ser competente el TS (art. 56.1º LOPJ). Al haber ya sido interpuesto el recurso procede, conforme al art.2 Lec., abstenerse de conocer disponiendo la parte recurrente del plazo de cinco días para la correcta interposición del recurso.

32 RDCA-2012-XVIII

A. TSJA 12 de julio de 2012

Falta de competencia funcional del TSJA para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal, al no haberse formulado simultáneamente recurso de casación foral, pues conforme a lo dispuesto en la DF 16ª Lec. corresponde al TS, Sala Primera, la competencia para el conocimiento de estos recursos. Y, en atención a esa falta de competencia, no puede este Tribunal decidir sobre la admisibilidad del recurso, pues será cuestión a resolver por el Tribunal competente. Por ello, debe esta Sala abstenerse de conocer el presente recurso (arts. 56.1º LOPJ y 62 Lec.) y, conforme al art. 62 Lec., al haber ya sido interpuesto el recurso, dispone la parte recurrente del plazo de cinco días para la correcta interposición del recurso.

35 RDCA-2012-XVIII

A. TSJA 19 de noviembre de 2012

Esta Sala sólo resultaría competente si se interpusiera simultáneamente recurso de casación para cuyo conocimiento también lo fuera pues, en otro caso, correspondería a la Sala Primera del TS la competencia para el conocimiento del recurso extraordinario por infracción procesal. No siendo competente para conocer de un hipotético recurso de casación pues se aplican en la sentencia recurrida normas de derecho civil estatal y no normas de derecho civil aragonés, es claro que la Sala del TSJA carece de competencia funcional para conocer del presente recurso.

50 RDCA-2012-XVIII

A. TSJA 27 de noviembre de 2012

El recurrente tan solo ha presentado recurso extraordinario por infracción procesal,

razón por la que la Sala de lo Civil del TSJA carece de competencia funcional para conocer del presente recurso al no haberse interpuesto también recurso de casación foral, la competencia corresponde a la Sala de lo Civil del TS (arts. 73.1 y 56.1 LOPJ, en relación con la DF 16ª Lec.), por lo que procede abstenerse de conocer disponiendo la parte recurrente del plazo de cinco días para la correcta interposición del recurso (art. 62 Lec.).

55 RDCA-2012-XVIII

A. TSJA 15 de abril de 2013

El recurrente tan solo ha presentado recurso extraordinario por infracción procesal, no formulando simultáneamente recurso de casación, razón por la que la Sala de lo Civil del TSJA carece de competencia funcional para conocer del presente recurso extraordinario por infracción procesal, así se declara, y al haber ya sido interpuesto el recurso se dicta auto absteniéndose de conocer del mismo, disponiendo la parte recurrente del plazo de cinco días para la correcta interposición del recurso ante el Tribunal Supremo (arts. 3.1 y 56.1 LOPJ, DF 16ª, apartados 1 y 2, y art. 62 Lec.).

23 RDCA-XIX-2013

• FALTA DE MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA

S. TSJA 48/2013, 15 de noviembre de 2013

Se expone extensamente la doctrina legal sobre la motivación de las sentencias con cita de las Ss. TS, Sala 1ª, 12/2/2012, 7/6/2011, 17/3/2011 y 16/12/2010, y la del TC 11/2/1997. Se estima el motivo de infracción procesal por falta de motivación de la sentencia, y como efecto de la apreciación de este motivo, conforme a lo establecido en el DT 16ª Lec., regla 7ª, la Sala dicta nueva sentencia. La legislación procesal no contempla con carácter general, en el régimen transitorio, el reenvío de los autos a las Salas de apelación para que dicten una nueva sentencia sino que sea el propio órgano de casación el que la dicte teniendo en cuenta lo alegado, en su caso, en el recurso de casación. Aunque en ocasiones el TS ha optado por reponer las actuaciones al momento del dictado de la sen-

tencia de apelación, criterio seguido también por la STSJA de 5/11/2013.

55 RDCA-XIX-2013

• INADMISIÓN

A. TSJA 17 de diciembre de 2012

No se admite el recurso por carecer manifiestamente de fundamento al haber alegado que «ambas sentencias, la de instancia y la de apelación, contienen una insuficiente motivación sobre la custodia compartida...». Ante tan genérica impugnación no cabe sino resaltar que en el FD 2º de la sentencia de la Audiencia específica con claridad qué circunstancias ha valorado para excluir en este caso el posible establecimiento de la custodia compartida. Ante la falta de concreción del recurrente sobre qué extremos entiende que debieron ser tratados y no lo han sido, en la motivación de que se trata, debe estarse, en definitiva a entender que sí existe motivación clara y determinante del sentido del fallo.

57 RDCA-2012-XVIII

A. TSJA 21 de diciembre de 2012

El motivo fundamente la infracción procesal en la vulneración del principio de justicia rogada, por haberse acordado una modificación de medidas que no fue solicitada en la demanda. No se admite el motivo, entre otras razones, porque se trata de un pronunciamiento propio de los efectos personales de la ruptura y relacionado con un menor, ámbito en el que el TS entiende que no rige el principio de rogación. El segundo motivo tampoco se admite porque, aunque se denuncia falta de motivación de la sentencia, la parte pretende en realidad combatir la valoración de la prueba.

61 RDCA-2012-XVIII

A. TSJA 6 de marzo de 2013

El Tribunal declara su competencia para conocer del recurso de casación interpuesto y seguidamente examina la admisibilidad del recurso extraordinario por infracción procesal. Respecto del primer motivo, es doctrina constante del TS que la valoración de la prueba, como función so-

berana y exclusiva de los tribunales que conocen en las instancias, no es revisable en el recurso extraordinario por infracción procesal, salvo por la vía del art. 469.2.4º Lec., cuando se conculque el art. 24.1 CE por incurrirse en error de hecho palmario, irracionalidad o arbitrariedad. No puede prosperar en sede de un recurso de naturaleza extraordinaria la pretensión de sustituir la valoración de la prueba efectuada por el tribunal por la de la parte recurrente. Tampoco puede invocarse ausencia de motivación en la desestimación de la acción confesoria de servidumbre. Doctrina del TC sobre la motivación de sus respuestas por los órganos judiciales. Inadmisión del recurso ex art. 473.2º Lec.

17 RDCA-XIX-2013

• **INCONGRUENCIA «EXTRA PETITA»**

S. TSJA 10/2013, 19 de febrero de 2013

La congruencia consiste en el ajuste o adecuación entre la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones y peticiones, de manera tal que no puede la sentencia otorgar más de lo que se hubiera pedido en la demanda, ni menos de lo que hubiera sido admitido por el demandado, ni otorgar otra cosa diferente de lo que hubiera pretendido. La sentencia de la Audiencia confirma la resolución de instancia, que condenó a la demandada a la demolición de lo construido sobre el muro privativo de los actores, pero añade «en tanto no se ejercite por los demandados la facultad reconocida en el art. 578 del Cc.», con ello se introduce en el litigio una cuestión no planteada por la demandada, que es a quien hubiera correspondido hacerlo. Dicha facultad no prescribe ni caduca, y si se ejercita dejará de existir la inmisión, sin que el demandante haya podido defenderse. Hay vulneración del principio de rogación y por ende la incongruencia denunciada.

11 RDCA-XIX-2013

• **VALORACIÓN DE LA PRUEBA PRACTICADA**

S. TSJA 39/2012, 27 de noviembre de 2012

El trámite de recurso extraordinario, tanto de infracción procesal como de casación, no

constituye una tercera instancia, por lo que no puede esta Sala realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas en el proceso, que es función de las instancias. La invocación de error en la valoración de las pruebas, tanto de la pericial como del interrogatorio de parte, no puede entenderse incluida en el ámbito y alcance de este recurso extraordinario (art. 469.1.4º Lec.). Únicamente procede considerar si la valoración de las pruebas practicadas, y especialmente de la pericial, efectuada por el tribunal de segunda instancia, resulta arbitraria, ilógica o contraria a toda razonabilidad, pues en este caso el recurso prosperaría, ya que el ordenamiento jurídico no puede permitir la arbitrariedad de los poderes públicos. La valoración efectuada no puede estimarse que sea arbitraria o contraria a la lógica.

54 RDCA-2012-XVIII

RECURSO GUBERNATIVO

• **COMPETENCIA**

A. Pres. TSJ Cataluña 7 de febrero de 2001

La competencia del Presidente del TSJ de Cataluña, al ser las partes interesadas de vecindad civil aragonesa y tener fincas que radican en esta CCAA, viene determinada en función del lugar en que se halla el Registro de la Propiedad del que emana la calificación que se recurre, aunque ello conlleve el contrasentido de que la resolución que se dicte pueda ser apelada ante la DGRN, pese a tratarse de una materia de Derecho civil propio de una Comunidad autónoma.

6 2000, VI (núm. 2º)

• **PLAZO PARA LA INTERPOSICIÓN**

A. Pres. TSJA 26 de octubre de 1992

Se desestima el recurso de reposición y se confirma el acuerdo de la Presidencia del TSJA por el que se denegaba la admisión a trámite del recurso gubernativo por haber transcurrido con exceso el plazo de cuatro meses para la interposición del mismo (art. 113 Rh). Se trata de un plazo de derecho necesario, que expirado o vencido no puede suspenderse o abrirse de nuevo a capricho del interesado (que, como en

el caso, presenta de nuevo en el Registro el documento ya calificado con nota denegatoria de la inscripción por adolecer de defectos insubsanables), o del órgano al que corresponda admitirlo o resolverlo.

49 1996, II (núm. 1º)

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 2º) 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

VECINDAD CIVIL

S. APT 18 de octubre de 2000

El finado, militar de profesión, ostentaba por nacimiento la vecindad civil aragonesa; luego residió largo período en Cataluña pero la prueba practicada no demuestra que llegara a adquirir la vecindad civil catalana. En la determinación de la residencia habitual del finado son decisivos los arts. 40 Cc. y 68 LEC.

32 2001-2002 (VII-VIII)

• ADQUISICIÓN POR RESIDENCIA DECENAL

S. TS 20 de febrero de 1995

El recurrente sostiene que el mero transcurso de los diez años opera «ipso iure» en punto a la adquisición de la vecindad civil, mientras que la sentencia recurrida cree, con apoyo en el art. 225.2 del RRC, que el cómputo de dicho plazo ha de acontecer durante la mayoría de edad. El TS considera oportuno conceder a la tesis del recurrente una superior consistencia que a la defendida por el Tribunal «a

quo», porque la norma del art. 225.2 RRC está en pugna con la prevenida por el Cc. Pero, no obstante, el TS ratifica la falta de prueba del transcurso de los diez años exigido para la adquisición de la vecindad catalana.

6 1996, II (núm. 1º)

S. TS 21 de septiembre de 2000

El párrafo 2º del art. 225 RRC está en pugna con los dispuesto en el art. 15.3.1º del Cc, que por el transcurso de los diez años confiere *ope legis* la adquisición de la vecindad, salvo declaración en contrario.

2 2000, VI (núm. 2º)

S. APZ Secc. 5ª, 21 de enero de 2008

Adquisición de la vecindad civil aragonesa por residencia de diez años en Zaragoza sin manifestación en contrario (art. 14-5 Cc.), pese a que también se hallaban empadronados en Pamplona y creían tener la vecindad civil navarra. Los datos del empadronamiento tan sólo se pueden tomar como un dato a valorar, pero no demuestran por sí solos una residencia efectiva y real (V., entre otras, STS 15-11-1991), ya que se trata de un dato administrativo cuya correspondencia con la realidad no se comprueba durante toda su vigencia por los encargados de la llevanza de este Registro. Por otra parte, la vecindad no depende de la voluntad o conciencia de los afectados, sino de las normas que la regulan.

37 RDCA-2010-XVI

• CUESTIÓN DE HECHO

S. JP II La Almunia nº 2, 18 de enero de 2010

La determinación de la vecindad civil de una persona en un momento determinado de su vida para la aplicación de un ordenamiento jurídico u otro se equipara, a efectos procesales probatorios, a una cuestión de hecho, objeto como tal de prueba y presunción. En principio, el Juez debe aplicar la «Lex fori», esto es, el Derecho civil aragonés; si la Ley invocada por la parte esta contenida en la *Lex fori*, quien la invoca que quedará relevado de probar su vecindad

civil, debiendo ser la otra parte quien, en su caso, pruebe que su adversario ostenta vecindad civil distinta a la correlativa a la ley que invoca; si la Ley invocada por la parte es extraña a la «Lex fori», quien la invoque deberá probar su vecindad civil —correlativa a la Ley a que se acoge como excepción a la «Lex fori»— como supuesto de hecho para que le sea aplicada la ley que invoca.

70 RDCA 2011, XVII

• CUSTODIA COMPARTIDA

S. TSJA 13 de julio de 2011

La norma aragonesa resulta de aplicación al caso por cuanto se trata de una relación paterno-filial de personas con vecindad civil aragonesa y de un menor de igual condición. Por lo tanto el litigio debe resolverse conforme al Derecho aragonés, al que remite como norma de conflicto el art. 16-1 en relación con el art. 9-1 y 4 Cc.

16 RDCA 2011, XVII

• DE LOS CÓNYUGES

S. AP Lleida 17 de enero de 1995

El esposo era de vecindad civil aragonesa al tiempo de contraer matrimonio, por razón de nacimiento y posterior residencia en Aragón hasta dicho momento, lo que determinó que la esposa siguiera la condición del marido, conforme al art. 14 Cc. en la redacción vigente en la fecha de celebración del matrimonio: 2 de octubre de 1958.

39 1997, III (núm. 1º)

• FRAUDE DE LEY

S. TS 14 de septiembre de 2009

Vecindad civil de la causante en el momento de su fallecimiento, bien la navarra, que habría adquirido en virtud del principio de unidad familiar establecido en el entonces vigente art. 14 Cc. o bien la catalana, por el transcurso de 10 años sin declaración en contrario, sin que a estos efectos sean válidas las declara-

ciones hechas en testamento por la causante de conservar su vecindad navarra: esta manifestación sólo es válida ante el encargado del Registro civil. Desde la entrada en vigor de la CE el art. 14 Cc. fue derogado por inconstitucionalidad sobrevenida, de manera que nada impedía a la causante adquirir por residencia de más 10 años en Cataluña la vecindad civil de este lugar, aun cuando su marido conservase la vecindad civil navarra, por haber hecho esta declaración de forma válida. La ley catalana es la que rige la sucesión de la causante. El fraude de ley entre ordenamientos territoriales españoles puede existir, pero debe ser probada la finalidad de defraudar la norma aplicable.

1 RDCA 2009, XV

• USUFRUCTO VIDUAL

S. AP Valencia 10 de febrero de 1997

En el caso de autos los cónyuges estaban sujetos al derecho común al tiempo de fallecer el marido, pero por ser aragonés éste al tiempo de la celebración del matrimonio (1982) resulta aplicable el art. 16 Cc., de manera que, por el cambio de vecindad civil, no se pierde el derecho al usufructo vidual sobre todos los bienes del que primero fallezca.

31 1998, IV (núms. 1º y 2º)

51: FUENTES

APÉNDICE

S. JP II Huesca nº 2, 28 de marzo de 1996

La sentencia compara el art. 1 de la Compilación con el 1 del Apéndice y resalta sus diferencias. Expone la situación del Derecho aragonés en los momentos de euforia del movimiento codificador. Y concluye: la idea de creación de un absoluto y completo cuerpo de derecho civil aplicable en Aragón, con base en las normas tradicionales y sus fuentes históricas, no era la voluntad y el espíritu de los creadores del Apéndice de 1925. Pero aunque lo fuera, tampoco serviría de base a la idea de sostener la existen-

cia y vigencia de instituciones no recogidas en el mismo, por cuanto no debe olvidarse que en el mismo sólo se recogían las que a juicio de sus elaboradores merecían ser salvadas de la labor unificadora consensuada.

64 1998, IV (núms. 1º y 2º)

CÓDIGO CIVIL

• DERECHO SUPLETORIO

S. APT 23 de junio de 1995

En armonía con lo que previene el art. 149.1.8ª CE y lo que determina con carácter general la regla 3ª de dicho precepto constitucional y el núm. 2º del art. 1º Comp. con carácter especial, el Derecho civil común o general únicamente es de necesaria observancia en Aragón de forma supletoria: en defecto de normas escritas, costumbres y principios generales de Derecho en los que tradicionalmente se inspira su ordenamiento (art. 1.1º Comp.), aplicables al supuesto de hecho.

22 1997, III (núm. 1º)

S. JPII Huesca nº 2, 10 de diciembre de 1997

Hay que entender que pese a que los arts. 57 y 58.2 Comp. se refieren al cónyuge sobreviviente, las facultades en ellos concedidas no excluyen una detracción o adjudicación preferente en el caso de separación, por cuanto el art. 1406 Cc., que regula la división y adjudicación en ámbito del Derecho común, de aplicación supletoria, recoge la posibilidad de atribución preferente de estos bienes.

28 1999, V (núm. 1º)

S. APH 12 de febrero de 1998

La transferencia de 800.000 ptas. que la actora hizo en favor de su hija procedía de una cuenta conjunta del matrimonio, de manera que en este caso se ha de considerar como un acto de liberalidad de los esposos, siendo a cargo de la sociedad conyugal como dispone el art. 1363 Cc.

5 1999, V (núm. 2º)

S. JPII Jaca nº 2, 22 de diciembre de 1998

Los arts. 1261.1 y 1265 Cc. en relación con el art. 1335 Cc. son de aplicación supletoria al régimen matrimonial paccionado en virtud de lo dispuesto en los arts. 1.2 y 25 de la Comp. Igualmente resultan aplicables supletoriamente los arts. 1410 y 1079 Cc. en virtud de los arts. 1.2 Comp. y 55. 3 de la misma, que se remite a las reglas de la partición de la herencia.

25 2000, VI (núm. 1º)

S. JPII Jaca nº 2, 28 de diciembre de 1998

La regulación del Código civil acerca de la servidumbre predial de paso (art. 564 Cc.) resulta aplicable supletoriamente en Aragón: art. 1.2 Comp.

26 2000, VI (núm. 1º)

S. TSJA 26 de febrero de 1999

A la vista del art. 1 Comp., la mención a los arts. 1347 y 1362 del Cc. como principalmente infringidos, puesta en relación con los arts. 36 y 37 de la Compilación, 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.

4 1999, V (núm. 1º)

S. APZ 11 de mayo de 1999

Los recurrentes niegan haber aceptado, ni expresa ni tácitamente, la herencia de su difunto hermano, por lo que no están obligados a los pagos de entierro y funeral. Pero, tal y como se demuestra de la prueba practicada, existió una aceptación tácita, en el sentido que previene el art. 999 Cc., aplicable al caso conforme al art. 1.2 Comp.

31 2000, VI (núm. 2º)

S. APZ 28 de junio de 1999

Para que pueda darse entrada a las normas comunes en el sistema del Derecho civil propio

es menester que éste carezca de recursos para dar solución conflicto, lo que no ocurre en el presente caso, en el que la proporciona la acción coordinada de los arts. 38 y 7 Comp., a tenor de los cuales los bienes inmuebles aportados al matrimonio siguen siendo privativos aun cuando el precio esté aplazado y el inmueble sea la vivienda familiar. Todo ello, sin perjuicio del reintegro de patrimonios, a que haya lugar, y sin que sean aplicables los arts. 1354 y 1357 Cc.

35 2000, VI (núm. 2º)

S. TSJA 6 de octubre de 1999

El art. 1398 Cc es de aplicación en Aragón, pues así lo establece el art. 1.2 Comp. que considera al Derecho civil general del Estado como supletorio en defecto de norma aragonesa directamente aplicable. Dicho precepto del Código civil, regulador de la disolución y liquidación de la comunidad conyugal, se funda en similares principios que los sustentados para dicha materia en el Derecho aragonés.

3 1999, V (núm. 2º)

S. JPII Huesca nº 2, 25 de mayo de 2000

Aun cuando determinados bienes de los que dispuso el causante pertenecieran a la comunidad conyugal, ello no le impide disponer *mortis causa* de bienes concretos de naturaleza consorcial, al quedar subsumido este supuesto en el art. 1380 Cc., precepto que resulta de aplicación en Aragón

56 2001-2002 (VII-VIII)

S. TSJA 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 arts. 37 y 38.

4 2000, VI (núm. 2º)

S. TSJA 23 de junio de 2004

No es correcto mezclar normas de derecho especial de esta Comunidad Autónoma con preceptos del Código Civil, que únicamente

serían de aplicación subsidiaria a falta de norma expresa aragonesa.

5 2003-2004 (IX-X)

S. TSJA 20 de diciembre de 2004

La comunidad postmatrimonial comporta que los cónyuges mantienen la comunidad que ostentaban sobre los bienes consorciales, pero el régimen de dicha comunidad ya no puede ser el del consorcio foral, disuelto por sentencia firme de separación, sino el de nueva comunidad que se inicia, en la que cada comunero ostenta una cuota abstracta sobre el totum consorcial, no una cuota concreta sobre cada uno de los bienes integrantes del mismo, cuya cuota abstracta subsiste hasta que se efectúen las operaciones de liquidación, materializándose en una parte concreta de bienes de los comuneros y mientras la liquidación no se efectúe, los actos dispositivos de bienes concretos o singulares han de hacerse por todos los interesados, siendo de aplicación lo dispuesto en el art. 397 Cc.

1 2005-2006 (XI-XII)

S. APH 18 de enero de 2005

El art. 1062 Cc. es aplicable a la liquidación del régimen económico matrimonial según la remisión genérica a las reglas de la partición y liquidación de la herencia contenida en el art. 1410 Cc., todo ello conforme a la previsión supletoria del art. 1.2 Comp. Asimismo, el art. 88 Lrem., aunque no es aplicable al presente caso en virtud del momento en que se produjo la disolución del régimen económico matrimonial, contiene la misma remisión del citado art. 1410 Cc. Por ello procede la venta de la finca en pública subasta con admisión de licitadores extraños y el reparto del precio entre los contendientes, según lo dispuesto en el art. 1062 Cc. y no la venta directa a una concreta persona por una cantidad determinada y la consiguiente obligación de otorgar escritura pública.

20 2007, XIII

S. TSJA 8 de marzo de 2005

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 contravienen 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 de las instituciones aragonesas.

4 2005-2006 (XI-XII)

S. APH 25 de junio de 2005

En el caso de autos existe un legado de bien consorcial, pues tal era la naturaleza de la vivienda cuando se otorgó el testamento mancomunado, de forma que el art. 1380 Cc. debe ser aplicado directamente y sin recurrir a la analogía. Dicha norma permite que cualquiera de los cónyuges puede disponer *mortis causa* de un bien ganancial pese a que antes de la partición ninguno de los cónyuges tiene el poder exclusivo sobre cualquiera de los bienes que forman el activo. En este caso al testar mancomunadamente cabe añadir que el cónyuge no disponente del legado también concurrió al otorgamiento, por ello la liquidación del patrimonio consorcial de los testadores pasaría por atribuir al padre de los litigantes la totalidad de la vivienda legada. En la actualidad, la misma solución del art. 1380 ofrece el art. 56.2 Lrem.

26 2007, XIII

S. TSJA 6 de julio de 2005

En defecto de norma aplicable el art. 1.º.2 Comp. conduce a la aplicación del Derecho general del Estado, como supletorio, si bien su aplicación habrá de hacerse de acuerdo con los principios que informan a las normas aragonesas. En este caso entra en aplicación el art. 591 Cc y también el Decreto 2661/1967 de 19 de octubre por el que se aprueban las ordenanzas a las que han de someterse las plantaciones forestales en cuanto a la distancia que ha de respetar las fincas colindantes, ya que con ellas no se contradice los principios informadores del Derecho aragonés.

10 2005-2006 (XI-XII)

S. TSJA 27 de febrero de 2006

La aplicación de los arts. del Código civil que se citan, en especial de los arts. 1354 y 1357, no resulta posible en este caso, al existir norma aragonesa reguladora de la cuestión, no haber laguna en el ordenamiento propio de la comunidad autónoma y no ser preciso, por tanto, acudir al derecho común como supletorio.

8 2007, XIII

S. TSJA 8 de noviembre de 2006

La sucesión de la causante, de vecindad civil aragonesa, se rige por la Lsuc. (DT 1ª) y en ella se contienen normas propias sobre la interpretación de los testamentos: arts. 90 y 101; normas que son directamente aplicables sin necesidad de acudir al Código civil, que constituye aquí Derecho supletorio (art. 1.2 Comp.). Del sentido de estas normas se deriva que la voluntad del testador es la ley de la sucesión y por ello es oportuno buscar la voluntad de la testadora en este punto. Ahora bien, la interpretación de los testamentos es facultad de los Tribunales de instancia y sólo puede ser revisada en casación cuando la interpretación llevada a cabo sea absurda o irracional.

2 RDCA 2008, XIV

S. TSJA 15 de marzo de 2007

Existiendo Derecho propio aragonés regulador de la materia, en concreto, de los mandatos entre cónyuges y de la gestión de bienes privativos de uno de ellos por el otro (art. 61. 2 Lrem.), resulta improcedente aplicar al caso las normas correlativas del Código civil sobre el régimen económico de la sociedad de gananciales. En consecuencia el primer motivo del recurso ha de ser estimado, por infracción del art. 1.2 Comp.

12 2007, XIII

S. TSJA 26 de febrero de 2009

La Ley 1/1999, de 24 de febrero, sólo regula determinadas cuestiones en materia de legados, siendo aplicable en lo demás el Código civil como Derecho supletorio. Por ello, resulta de aplicación el art. 797 Cc., ya que la Ley aragonesa no regula el legado «subodo», en cambio al

tratar de la interpretación del legado no resulta aplicable el art. 675 Cc. sino el art. 101-1 Lsuc., puesto que habiendo norma propia aragonesa no es aplicable el Derecho supletorio: art. 1-2 Comp. aragonesa. No obstante, en este caso no varía la solución aplicando una u otra norma.

8 RDCA 2009, XV

• DERECHOS REALES

S. TSJA 9 de noviembre de 1991

Carta fundacional de la casa completada con pacto de institución de heredero contenido en escritura de compraventa y documento privado. Irrevocabilidad unilateral del pacto de institución. Derecho de los hijos no instituidos a permanecer y poseer o coposeer los bienes de la casa: posesión continuada durante más de año y día, de manera pacífica y no interrumpida eficazmente; posesión que no puede ser destruida por el juego de las presunciones legales (arts. 448, 449 y 464 Cc.).

4 1995, I (núm. 1º)

S. TSJA 13 de febrero de 1992

Nulidad de la venta de un bien copropiedad del patrimonio común y el privativo del esposo por haber sido realizada sin el consentimiento del otro comunero (la esposa). Se requiere unanimidad de los copartícipes ex art. 397 Cc.

5 1995, I (núm. 1º)

S. APT 10 de enero de 1994

Servidumbre de paso: a tenor del Cc. la servidumbre de paso, por ser discontinua, sólo puede adquirirse mediante título o negocio jurídico, y ello sin perjuicio de la posibilidad de invocar la prescripción inmemorial anterior a la publicación del Cc.; en el Derecho aragonés, estas reglas no se aplican, pudiendo adquirirse este tipo de servidumbre por prescripción sin necesidad de título ni de buena fe.

19 1996, II (núm. 1º)

S. JP II Caspe 2 de marzo de 1994

Aplicación supletoria del art. 532 del Cc. en cuanto define las servidumbres aparentes y no

aparentes. Según la doctrina el signo exterior de servidumbre debe tener una relación objetiva con el uso y aprovechamiento que revele la existencia de la servidumbre, ser permanente y susceptible de reconocimiento por todos.

6 1996, II (núm. 2º)

S. JPI Zaragoza nº 13, 9 de marzo de 1994

Aplicación del art. 541 Cc. Por remisión expresa del art. 145 Comp. al 541 del Cc., también en Aragón se puede producir la adquisición de servidumbre por la presunción prevista en el Código (adquisición por destino del dueño), siempre y cuando se den los requisitos para ello exigidos en el citado artículo del Cc. Pero para definir qué pueda entenderse por signo aparente de servidumbre de luces y vistas entre dos fincas de un mismo dueño hay que estar al propio Derecho aragonés (art. 145 en relación al 144).

7 1996, II (núm. 2º)

S. APT 8 de abril de 1994

Servidumbre de paso: a tenor del Cc. la servidumbre de paso, por ser discontinua, sólo puede adquirirse mediante título o negocio jurídico, y ello sin perjuicio de la posibilidad de invocar la prescripción inmemorial anterior a la publicación del Cc.; en el Derecho aragonés, estas reglas no se aplican, pudiendo adquirirse este tipo de servidumbre por prescripción sin necesidad de título ni de buena fe.

21 1996, II (núm. 1º)

S. JP II Ejea nº 2, 9 de mayo de 1994

Medianería: La sentencia aplica el art. 572 del Cc. Respecto del art. 573.1º Cc dice que carece de aplicación por estar permitida en la Compilación la apertura de huecos en pared medianera.

12 1996, II (núm. 2º)

S. APZ 9 de julio de 1994

Servidumbre de luces y vistas por destino del padre de familia: se ha de considerar aplicable a Aragón el art. 541 Cc., si bien integrado en

las peculiaridades del Derecho aragonés; son signos aparentes de servidumbre, a los efectos del art. 541 Cc., los que reconoce como tales la Compilación en el art. 148. No ha lugar a este tipo de servidumbre pues al enajenarse un único dominio en dos titularidades distintas no había signo alguno de servidumbre de luces y vistas según lo que por éstos se entiende en la Compilación.

35 1996, II (núm. 1º)

S. APT 23 de junio de 1995

Usucapión de servidumbres: en Aragón no tiene virtualidad alguna la distinción que hace el Cc. entre servidumbres continuas y discontinuas, positivas y negativas, especialmente a los efectos de su adquisición y constitución. El art. 539 Cc. que impide adquirir por usucapión las servidumbres continuas y no aparentes y las discontinuas, sean o no aparentes, carece de aplicación en nuestro territorio foral.

22 1997, III (núm. 1º)

S. APH 10 de julio de 1995

Como ya quedó dicho en la S. TS. de 12 de julio de 1984, la Compilación de Aragón establece en su art. 147, que las servidumbres aparentes pueden ser adquiridas por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de título ni buena fe, debiendo entenderse —por aplicación como supletorio del Cc., a tenor del art. 1.2 Comp.— que son servidumbres aparentes las que se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores que revelan su aprovechamiento, y no aparentes las que no revelan signo alguno de sus existencia (arts. 532 C.c.).

17 1997, III (núm. 1º)

S. APT 16 de octubre de 1995

Habida cuenta de la regulación que contienen los arts. 143 y 144 sobre relaciones de vecindad y 145 a 148 sobre servidumbres, son de aplicación supletoria, de acuerdo con el art. 1.2 Comp., los arts. 564 y ss. del Cc. sobre la servidumbre de paso.

23 1997, III (núm. 1º)

S. APT 23 de noviembre de 1995

Al carecer la Compilación de regulación expresa en esta concreta materia, son de aplicación supletoria (art. 1.2 Comp.) el art. 552 (servidumbre natural de aguas pluviales) y los arts. 586 a 588 Cc. que, al regular el desagüe de los edificios, imponen al propietario la obligación de recoger las aguas pluviales o residuales de modo que no causen perjuicio a las fincas contiguas y, sólo cuando no sea posible darles salida por su propia casa, puede exigir la constitución de una servidumbre de desagüe previa la indemnización correspondiente.

27 1997, III (núm. 1º)

S. APT 5 de diciembre de 1995

Servidumbres en general: por definición la servidumbre es un derecho real en o sobre cosa ajena (art. 530 Cc.) y hace imposible su constitución sobre cosa propia en todo o en parte (STS 12 julio 1984) por cuanto de darse tal coincidencia —titularidad dominical de la servidumbre— la extinguiría por consolidación (art. 546, 1º Cc.).

29 1997, III (núm. 1º)

S. APH 27 de marzo de 1996

Servidumbres: diversos artículos del Código civil en materia de servidumbres son aplicables como derecho supletorio en Aragón, a tenor de lo dispuesto en el art. 1.2 Comp.

6 1997, III (núm. 2º)

S. APZ 15 de julio de 1996

Aplicación del art. 541 Cc. Sólo son signos aparentes de servidumbre de luces y vistas, a los efectos del art. 541 Cc., los considerados en el art. 145 Comp. Se aplica el art. 144 Comp. aun respecto de huecos abiertos antes de 1967 (Disp. trans. 9ª Comp.). Se declara la existencia de servidumbre voluntaria de desagüe de acuerdo con el art. 541 Cc.

26 1997, III (núm. 2º)

S. APH 25 de julio de 1996

Aplicación del art. 532 Cc. en cuanto define las servidumbres aparentes y no aparentes. Se aprecia existencia de signo externo de servidumbre (puerta en el corral de la finca de los actores que se abre sobre el terreno de los demandados), por lo que la servidumbre sería aparente (art. 532 Cc.) y, por tanto, podría adquirirse por usucapión de diez años (art. 147 Comp.); pero no se ha probado el transcurso de este plazo de diez años.

9 1997, III (núm. 2º)

S. APH 4 de septiembre de 1996

Aplicación supletoria del art. 532 Cc. en cuanto define las servidumbres aparentes y no aparentes.

10 1997, III (núm. 2º)

S. APZ 30 de enero de 1997

La falta de reja de hierro y red de alambre en una ventana que recae sobre fundo ajeno no es un signo aparente de servidumbre, pero sí lo es la existencia de un balcón sobre ella. Y esta afirmación sobre signo aparente de la servidumbre no queda desvirtuada por lo dispuesto en el art. 541 Cc.

34 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APZ 21 de abril de 1997

El art. 144.3 Comp. autoriza a construir sobre el propio fundo sin sujeción a distancia alguna, pero no a inmiscuirse en pared medianera tapando los huecos que en ella pudieran existir abiertos, más aún cuando esto no reporta al actor utilidad alguna, además de que en la medianería ninguna de las partes puede hacer las obras que estime oportunas sin contar con el consentimiento de la otra parte como expresa el art. 575 Cc.

41 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APH 15 de mayo de 1997

El art. 532 Cc es de aplicación supletoria en Aragón de acuerdo con el art. 1.2 Comp.

8 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APT 28 de mayo de 1997

La adquisición de una servidumbre de paso por usucapión, aun cuando no requiere ni justo título ni buena fe, exige un determinado tiempo de posesión (10 o 20 años) y además, por aplicación del Código civil, ex art. 1.2 Comp., que esa posesión o disfrute lo sea en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida, no aprovechando a ella los actos de carácter posesorio ejecutados en virtud de licencia o por mera tolerancia del dueño, como se desprende de los arts. 1.941 y 1.942 Cc.

22 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. JPH Tarazona 6 de junio de 1997

El art. 539 Cc. no resulta aplicable en Aragón dado el contenido de los art. 147 y 148 Comp.

17 1999, V (núm. 1º)

S. APH 16 de junio de 1997

Los arts. 537 y 539 Cc., en lo que hace a la usucapión de servidumbres, no son aplicables en Aragón, al contener la Compilación del Derecho civil de Aragón su propio régimen jurídico en el art. 147. No obstante, a tenor del art. 1.2 de dicha Compilación, sí es aplicable el art. 532 Cc., como derecho supletorio, para establecer lo que son servidumbres aparentes y no aparentes.

11 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APT 21 de julio de 1997

No alegándose por el demandado la titularidad de servidumbre alguna de luces y vistas o de salida de humos con las que pudieran estar gravadas las fincas de la actora, nos encontramos ante simples relaciones de vecindad ex arts. 144 y 145 Comp., así como los correlativos preceptos del Cc. en cuanto puedan ser de aplicación expresa o por analogía, habida cuenta de lo prevenido en el art. Cc., y lo dispuesto en el art. 590 del mismo cuerpo legal.

26 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APT 27 de julio de 1997

En el Derecho aragonés no hay una regulación especial de la mal llamada servidumbre de medianería, por lo que en armonía con lo dispuesto en el art. 1.2 Comp., nos hemos de remitir a la legislación general —arts. 571 y ss. Cc.— si bien con la particularidad que contiene el art. 144 Comp., e interpretar todas estas normas en función del art. 3.1 Cc.

27 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APT 27 de octubre de 1997

Invoca el recurrente el art. 564 Cc., pero no con la finalidad de solicitar su constitución mediante este pleito, sino dándola por ya existente. En este sentido, la servidumbre de paso legal, como discontinua, sólo puede adquirirse en virtud de título, por escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente, por sentencia firme o por destino del padre de familia.

28 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APT 7 de noviembre de 1997

De cualquier manera, y aun habiendo adquirido el actor la servidumbre de paso ex art. 147 Comp., tendría derecho a la misma conforme al art. 564 Cc. Por lo que respecta a la anchura de la servidumbre se acoge el recurso interpuesto por ser de aplicación el art. 566 Cc.

29 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APZ 17 de junio de 1998

El art. 541 se aplica en Aragón, pero respetando su peculiar derecho en la regulación de los signos aparentes de luces y vistas, o el art. 1.2 de la Compilación sobre fuentes jurídicas en nuestro peculiar ordenamiento.

42 1999, V (núm. 2º)

S. APT 20 de julio de 1998

Las servidumbres se extinguen por su no uso durante 20 años (art. 546.2 Cc.).

25 1999, V (núm. 2º)

S. APH 19 de noviembre de 1998

Inaplicación de los arts. 537 y 539 Cc. a la usucapación de la servidumbre de paso. Aplicación supletoria del art. 532 Cc.

23 1999, V (núm. 2º)

S. APT 27 de diciembre de 1998

El contenido propio de la servidumbre de saca de aguas y paso para hacerla efectiva es el que resulta de lo dispuesto en el art. 1.2 en relación con los arts. 145 a 148 Comp. y los 530, 542 y ss. y 556 Cc.

28 1999, V (núm. 2º)

S. JP II Jaca nº 2, 28 de diciembre de 1998

La regulación del Código civil acerca de la servidumbre predial de paso (art. 564 Cc.) resulta aplicable supletoriamente en Aragón: art. 1.2 Comp.

26 2000, VI (núm. 1º)

S. APT 22 de marzo de 1999

A tenor del art. 147 Comp., las servidumbres aparentes pueden ser adquiridas por usucapación de 10 años entre presentes y 20 entre ausentes, sin necesidad de justo título ni de buena fe, debiendo entenderse aplicable como supletorio el Cc. (art. 1.2 Comp.) para determinar cuándo una servidumbre es aparente. En el caso de autos no se ha acreditado la apariencia de la servidumbre controvertida por lo que no es posible declarar su existencia.

20 2000, VI (núm. 2º)

S. APT 6 de noviembre de 1999

Al usufructo viudal aragonés le son aplicables supletoriamente, ex art. 1.2 y 75.1 Comp., las normas del Código civil relativas al usufructo.

24 2000, VI (núm. 2º)

• **DISPOSICIONES TRANSITORIAS**

S. TSJA 29 de mayo de 1991

Aplicación al testamento mancomunado otorgado bajo el Apéndice de los arts. 95 y 108

de la Compilación (pacto al más viviente), al haberse producido el fallecimiento de ambos esposos vigente la Compilación (disp. trans. 12ª Comp. y disp. trans. preliminar, 1ª y 2ª Cc.).

3 1995, I (núm. 1º)

• **FAMILIA Y SUCESIONES**

S. TSJA 25 de marzo de 1992

INAPLICACIÓN DE LOS ARTS. 1344, 1375 Y 1377 Cc.

6 1995, I (núm. 1º)

A. PRES. TSJA 29 de octubre de 1992

Es precisa la autorización judicial para la enajenación de bienes raíces por el tutor de un mayor de edad declarado incapaz, de vecindad foral aragonesa, debiendo aplicarse el art. 271.2 del Cc., sin que pueda sustituirse tal autorización judicial por la de la Junta de Parientes, tal como establece para el menor de edad el art. 13 de la Compilación, refiriéndose con carácter general al administrador de sus bienes. Se trata de un caso concreto no regulado en la Compilación, al que se aplica el Cc. como Derecho supletorio al no existir tampoco costumbre ni principio general tradicional aragonés que le sea de aplicación.

50 1996, II (núm. 1º)

A. Pres. TSJA 17 de marzo de 1993

Tanto del Derecho histórico como del vigente se desprende la necesidad de la autorización judicial para la disposición de bienes muebles del pupilo mayor de edad por el tutor; exigencia que coincide con la norma del art. 271.2º del Cc. En cambio la exigencia del art. 2.015 Lec. de que la enajenación se lleve a cabo en subasta pública resulta hoy legalmente innecesaria e improcedente. El luto contiene consideraciones de tipo general sobre la regulación aragonesa de la tutela, en Derecho histórico y vigente, y la aplicación del Derecho supletorio.

52 1996, II (núm. 1º)

S. TSJA 23 de marzo de 1993

El art. 1318 Cc. no es contradictorio con la normativa aragonesa, pero su contenido esencial coincide con el del art. 46 Comp. El art. 1394 Cc., que fija la fecha de disolución de la sociedad conyugal, es de aplicación plena en Aragón. Los arts. 1396, 1397 y 1398 Cc. son aplicables como complemento de las normas de la Compilación (art. 55): por su mayor pormenorización y por la regulación más actual de algunos extremos; incluso como complemento necesario de la remisión del art. 52.2 Comp.

10 1995, I (núm. 1º)

S. APH 27 de febrero de 1995

De acuerdo con la Compilación, y a falta de regulación específica en la misma del plazo de prescripción extintiva de la acción de los legítimos preteritos para pedir los que les corresponda en la herencia —que en el art. 33 del Apéndice se establecía en cinco años— regirá el Código civil, art. 1.2 Comp.

11 1997, III (núm. 1º)

S. JPI Zaragoza nº 6, 12 de junio de 1995

APLICACIÓN EN ARAGÓN DE LOS ARTS. 95, 1394, 1396 Y 1397 Cc.

55 1997, III (núm. 1º)

S. APT 23 de junio de 1995

En Aragón carece de aplicación la institución de la «patria potestad» del Derecho castellano y hoy general, por cuanto en Aragón de *consuetudine regni non habemus patriam potestatem*.

22 1997, III (núm. 1º)

S. APH 28 de junio de 1996

Los hermanos del causante heredan los bienes troncales con preferencia al cónyuge viudo. La reforma del Código civil que antepone al viudo respecto de los hermanos del causante se aplica en Aragón, pero no respecto de

los bienes troncales. Sentido de la Disp. final Comp. (1985) y las remisiones al Cc.

8 1997, III (núm. 2º)

S. APT 8 de abril de 1997

Las clases de parentesco que contempla y admite nuestra legislación civil son las previstas en el Código civil al que se remite nuestra Compilación ex art. 1.2. De manera que no es cierto que nuestra legislación sólo contemple el parentesco por consanguinidad y por adopción, por cuanto existe un tercer grado de parentesco legal que es el de afinidad, género admitido en Aragón por la remisión hecha al Código civil.

20 1998, IV (núms. 1º y 2º)

A. APZ 12 de mayo de 1997

La aplicación de las consecuencias del art. 1373 exigen como prius ineludible el que la deuda sea propia del esposo demandado. No procediendo su aplicación cuando la deuda es ganancial. En el presente caso no puede admitirse la presunción de privacidad de la deuda, pero la presunción contraria tampoco puede impedir a la a la esposa del demandado que acredite la privacidad de la misma.

42 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APZ 21 de mayo de 1997

Los gastos de entierro y funeral se deben pagar con el dinero de la herencia, de conformidad con lo prevenido en el art. 903 Cc.

44 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APT 2 de julio de 1997

La Compilación, en materia de sucesión testada, sólo regula determinadas formas típicas de testar, pero no la institución de la desheredación, pues aun cuando hace referencia a la misma en los arts. 122 y 123, en verdad se regulan los efectos de la preterición respecto del cónyuge, igual vacío legal se produce en los arts. 72 y ss Comp., por lo cual, y según el art. 1.2 Comp., debemos acudir a la regulación del Cc.: arts. 848 y ss.

25 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APH 18 de septiembre de 1997

La disolución de la sociedad matrimonial se produce con la separación del matrimonio en aplicación de los arts. 95 y 1392.2 Cc. a petición de uno de los cónyuges por concurrir alguna de las causas previstas en el art. 1.393 C.c., al que se remite el art. 52.2 Comp.

14 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APH 12 de febrero de 1998

La transferencia de 800.000 ptas. que la actora hizo en favor de su hija procedía de una cuenta conjunta del matrimonio, de manera que en este caso se ha de considerar como un acto de liberalidad de los esposos, siendo a cargo de la sociedad conyugal como dispone el art. 1363 Cc.

5 1999, V (núm. 2º)

S. APH 27 de octubre de 1998

A la rescisión por lesión de las capitulaciones matrimoniales de liquidación y división es de aplicación, a falta de disposiciones legales concretas sobre esta materia en la Compilación, el Código civil por remisión del art. 1.2 Comp.

21 1999, V (núm. 2º)

S. JPII Jaca nº 2, 22 de diciembre de 1998

Los arts. 1261.1 y 1265 Cc. en relación con el art. 1335 Cc. son de aplicación supletoria al régimen matrimonial paccionado en virtud de lo dispuesto en los arts. 1.2 y 25 de la Comp. Igualmente resultan aplicables supletoriamente los arts. 1410 y 1079 Cc. en virtud de los arts. 1.2 Comp. y 55. 3 de la misma, que se remite a las reglas de la partición de la herencia.

25 2000, VI (núm. 1º)

S. APZ 11 de mayo de 1999

Los recurrentes niegan haber aceptado, ni expresa ni tácitamente, la herencia de su difunto hermano, por lo que no están obligados a los pagos de entierro y funeral. Pero, tal y como se demuestra de la prueba practicada, existió una aceptación tácita, en el sentido que previene el

art. 999 Cc., aplicable al caso conforme al art. 1.2 Comp.

31 2000, VI (núm. 2º)

S. TSJA 6 de octubre de 2000

No son aplicables supletoriamente en Aragón los arts. 1354 y 1357 Cc., pues que el Derecho aragonés no presenta laguna en esta materia.

4 2000, VI (núm. 2º)

• **OBLIGACIONES Y CONTRATOS**

S. TSJA 22 de enero de 1990

La aplicación de los llamados «gastos legítimos» que señala el art. 1518 Cc. al retracto de abolorio nunca ha sido cuestionada.

1 1995, I (núm. 1º)

S. TSJA 18 de diciembre de 1990

El principio «standum est chartae» está limitado por el art. 633 Cc. que impone la forma pública en las donaciones de inmuebles, en concordancia con la tradición jurídica aragonesa.

2 1995, I (núm. 1º)

S. TSJA 9 de noviembre de 1991

Posibilidad de los instituyentes de revocar el pacto de institución de heredero por incumplimiento grave de cargas: abandono de la casa por el heredero instituido. Intransmisibilidad de la acción del art. 647 Cc. a los herederos del donante o disponente.

4 1995, I (núm. 1º)

S. JP II Huesca nº 2, 21 de febrero de 1994

Para fundamentar el principio de irrevocabilidad unilateral de un pacto sucesorio otorgado en 1903 puede servir de ayuda el Derecho supletorio (art. 13 Cc.): arts. 1256 y 1331 (antes 1319) Cc.

4 1996, II (núm. 2º)

S. APT 14 de junio de 1997

Tratándose de dinero, la donación se perfecciona por mero consentimiento y entrega del mismo, conforme resulta de lo dispuesto en el art. 1.2 de la Comp., en relación con los arts. 67.2. y 100 de la misma y 632 Cc., estimándose que en el presente caso el demandado actuó como mandatario de su madre.

24 1998, IV (núms. 1º y 2º)

• **PARTE GENERAL**

S. TSJA 10 de abril de 1995

Mala fe: no puede deducirse que los esposos firmantes del contrato de opción hayan tenido mala fe por no hacerse expresa mención del estado civil de los mismos. Abuso de Derecho: en cuanto a la actuación de las esposas que han invocado la nulidad del contrato de opción de compra, tal circunstancia no puede apreciarse por no darse los requisitos que configuran el abuso de derecho. Fraude de ley: la impugnabilidad del contrato por parte de las esposas no disponentes no supone el ejercicio de un derecho prohibido por el ordenamiento.

2 1996, II (núm. 1º)

S. APZ 8 de julio de 1996

Mala fe y abuso de Derecho. El derecho concedido por el art. 144 Comp. sólo ampara el levantar verdaderas edificaciones o construcciones que tengan una real utilidad para él, y no ampara el levantamiento de tabiques, o simples paredes, que sin ninguna utilidad para el que los levante, sólo persigan la finalidad, abusiva y contraria al art. 7º Cc., de privar de luces y vistas a quien abrió huecos en pared propia o medianera.

25 1997, III (núm. 2º)

S. APH 24 de abril de 1997

El abuso de derecho que prescribe el art. 7.2 Cc. sólo concurre cuando lo que se hace es con la intención de dañar (acto de emulación) o utilizando el derecho de un modo anormal o plenamente contrario a la convivencia ordenada, por lo que viene determinado por la cir-

cunstancia subjetiva de ausencia de finalidad seria y legítima, y la objetiva de exceso en el ejercicio de un derecho.

6 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APT 13 de junio de 1997

Debe rechazarse la alegación de que los actores en el ejercicio de esta acción, actúen con abuso de derecho, ex art. 7 Cc., pues no puede considerarse que abusa de su derecho quien ejercita acciones legítimas en defensa de su propiedad.

23 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. TS 20 de febrero de 1998

Aunque la asignación a los herederos fiduciarios de un determinado bien arrendado, así como la renuncia al usufructo viudal sobredicho bien, son actos en sí mismos lícitos, con ello se evidencia la existencia de un fraude a la ley; al crear con tales actos una titularidad dominical posibilitadora de la denegación de prórroga al inquilino.

1 1997, IV (núms. 1º y 2º)

• REMISIÓN ESTÁTICA

S. TSJA 4 de febrero de 2004

En Aragón, para la adquisición de servidumbres por destino del padre de familia, a los efectos del art. 145 Cc., son signos aparentes de la misma los que determina el Código civil, y no los que lo sean conforme a la Compilación. Y ello, porque la aplicación del art. 541 Cc. en Aragón no es como Derecho supletorio, sino como remisión estática.

3 2003-2004 (IX-X)

S. TSJA 23 de febrero de 2005

También ha de afirmarse que el art. 582 Cc. es de aplicación, en el caso de relaciones de vecindad, sólo por la remisión que al mismo hace el precepto de la Compilación, es decir, en cuanto a la determinación de las distancias que requieren la protección expresada en el precepto aragonés.

3 2005-2006 (XI-XII)

COMPILACIÓN

• APLICACIÓN PREFERENTE

S. JPII Tarazona 5 de diciembre de 1997

La deuda contraída por el marido de la actora es privativa de éste. No obstante, al ser una deuda de gestión debe incluirse en el supuesto de hecho del art. 42 Comp., de manera que responderán frente a terceros los bienes privativos del cónyuge deudor, y también directamente y con carácter principal los bienes comunes, pero no los privativos del cónyuge no deudor, al ser de preferente aplicación en este territorio el art. 42 Comp. frente al Código de comercio.

25 1999, V (núm. 1º)

• FIDUCIA

A. Pres. TSJA 19 de noviembre de 1997

De acuerdo con el art. 1.1 Comp. el sistema de fuentes aplicables a la fiducia es el siguiente: las disposiciones de la Compilación como normas de Derecho positivo que vinculan al intérprete; integradas, en su caso, por la costumbre (arts. 2 y 107 Comp.); por los principios informadores de la fiducia y, por último, los principios generales inspiradores del ordenamiento jurídico aragonés. Sistema de fuentes que se halla enmarcado dentro del predominante principio normativo del «standum est chartae» (art. 3 Comp.), sin otras limitaciones que las que sanciona la norma que consagra ese tradicional principio (arg. arts. 25.1, 89, 99 y 110 y ss. Comp.)

1 1997, III (núm. 2º)

COSTUMBRE

S. APH 31 de marzo de 2001

El demandado ostenta un derecho nacido o adquirido con arreglo a la legislación derogada, por lo que no tiene la obligación de proteger las ventanas con reja y red, (salvo en el caso de la ventana de reciente construcción), puesto

que bajo el régimen de los fueros no era obligatoria protección alguna en huecos abiertos en pared común divisoria. La única excepción a ello era la costumbre del lugar, pero la misma hubiera correspondido probarla a la actora. En el presente caso, además, no consta que en Yebra de Basa rija la costumbre de cerrar con reja y red las ventanas y demás huecos de edificios que colinden con finca ajena.

13 2003-2004 (IX-X)

S. APT 1 de febrero de 2005

Aunque a partir de la Ley 15/2002, de 27 de junio, nuestra Comunidad liberó el régimen de aprovechamiento de pastos, no es menos cierto que el sistema de fuentes en Aragón se integra, según el art. 1 Comp. por sus disposiciones, integradas por la costumbre, los principios generales en los que tradicionalmente se inspira dicho ordenamiento y el Código civil en lo que no estuviese previsto en la normas autóctonas. Consecuentemente, ha quedado acreditada una costumbre consistente en pastar en unas mismas parcelas todos los años los mismos ganaderos, salvo oposición del dueño de las mismas.

14 2007, XIII

• *JUNTA DE PARIENTES*

S. TSJA 13 de junio de 1995

Es correcta la composición de la Junta de parientes al dar entrada a representantes de las distintas casas de la misma rama familiar, siguiéndose de este modo la costumbre establecida en el Valle de Gistain, criterio que también es acogido en el art. 115.2 Comp.

3 1996, II (núm. 1º)

• *LEGÍTIMA FORMAL*

S. TSJA 30 de septiembre de 1993

Las normas que establecen la «legítima formal» no necesitan ser integradas con la costumbre.

12 1995, I (núm. 1º)

S. TSJA 11 de noviembre de 1998

Voto particular: No existe costumbre que obligue a dejar algo al legitimario excluido de la herencia. Elementos de la costumbre. La realidad jurídica aragonesa es que cumplida la legítima formal, aunque no exista atribución de legítima material individual, se mantiene la idea de protección a la familia, principio fundamental del Derecho de familia y sucesorio de Aragón.

2 1999, V (núm. 1º)

• *PROPIEDAD SOBRE RIBAZOS O TALUDES*

S. JP II Barbastro 29 de diciembre de 2006

Careciendo nuestro Derecho propio de una norma específica que solucione la problemática cuestión de la atribución dominical de los taludes o ribazos, no cabe acudir a regulaciones foráneas (como el Derecho catalán, gallego o navarro); el recurso a la analogía mediante el uso de normas foráneas resulta disfuncional y carece de sentido al basarse en una norma extraña al propio sistema de fuentes. En materia de prueba y justificación del dominio sobre ribazos o taludes se aplica en Aragón su sistema de fuentes autónomo (ley, costumbre y principios generales que le son propios) integrado en todo lo no regulado o contenido en él, únicamente por el derecho común. A falta de norma aragonesa (no se ha probado la existencia de costumbre peculiar de la zona), incumbe al reivindicante, según las normas generales, la carga de acreditar su título sobre la porción de terreno objeto de controversia, debiendo estarse al resultado de las pruebas.

70 RDCA-2008-XIV

• *PRUEBA*

S. APZ (Secc. 5) 17 de diciembre de 2003

Los demandados alegan como título habilitante del paso a la costumbre del lugar (Munébrega). Y es cierto, que varios testigos (incluso del actor) aluden a esa especie de pacto tácito entre los agricultores de dicha localidad. Sin

embargo, no considera este tribunal que esa manifestaciones por sí solas acrediten tal costumbre con valor de norma jurídica. Y, por otra parte, algunos testigos que la sostienen, matizan sus afirmaciones, en el sentido de que así es, siempre que se acepte o tolere por el dueño del predio dominante.

38 2005-2006 (XI-XII)

S. JP II Barbastro 29 de diciembre de 2006

El art. 2 Comp. aun cuando faculta al tribunal para efectuar sus propias averiguaciones conforme es tradicional en el ordenamiento foral, lo que choca en buena medida con las limitaciones procesales a la hora de proponer prueba de oficio, mantiene en esencia el régimen de acreditación de parte que está vigente en el Cc., pudiendo valerse para ello el que lo alega de cualesquiera pruebas admitidas en derecho. La prueba de testigos, a pesar de que el Derecho histórico sea reticente, también es admisible en abstracto, pero para que sea suficiente deberá tratarse de una declaración tan contundente y clarificadora que no deje lugar a dudas acerca de la concurrencia tanto del elemento externo de la costumbre como del subjetivo o interno.

70 RDCA-2008-XIV

JURISPRUDENCIA

S. TSJA 11 de noviembre de 1998

Voto particular: La competencia casacional que les atribuye el art. 73.1 a) LOPJ en relación a los EE.AA de las Comunidades Autónomas con derecho civil propio, permite entender, aplicando la ley conforme a la realidad social existente, que también las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia, cuando resuelven recursos de casación en el ámbito del derecho propio de la Comunidad en que están residenciadas, pueden establecer doctrina jurisprudencial, invocable en casación conforme al art. 1692-4º Lec.

2 1999, V (núm. 1º)

RDCA-2017-XXIII

• FIJACIÓN DE JURISPRUDENCIA

S. TSJA 31/2012, 5 de octubre de 2012

La fijación de jurisprudencia tiene lugar, conforme a lo ordenado por el art. 1.6 Cc., por la doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo (Tribunal Superior en nuestro caso) al interpretar y aplicar la ley. Por tanto, carecen las partes de legitimación para interesar la fijación de jurisprudencia, y no está habilitado el Tribunal para establecerla en una sola sentencia, como si dictara una norma general y no una resolución judicial llamada constitucional y legalmente a resolver el caso concreto.

44 RDCA-2012-XVIII

• NO ES FUENTE DEL DERECHO

A. TSJA 15 de febrero de 2013

La jurisprudencia tiene una función de complemento del ordenamiento jurídico, según expresa el art. 1.6 Cc., pero no es fuente del Derecho, ni tiene efecto vinculante. El precedente carece en nuestro sistema de fuerza vinculante, aunque tiene una singular autoridad jurídica. El propio TS afirma que no se encuentra vinculado indefectiblemente a su propia jurisprudencia (ARS 13/10/1998).

9 RDCA-XIX-2013

LA EQUIDAD

• ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

S. TSJA 21/2014, 6 de junio de 2014

En interpretación del art. 3.2 Cc. la jurisprudencia ha señalado que la equidad a que se refiere la norma no constituye sino un criterio general de interpretación y dulcificación del derecho que no puede fundamentar por sí sola una resolución, a no ser que la propia ley se remita expresamente a ella (SSTS 16/10/1990, 29/12/1998, 23/12/2002), y es precisamente ello lo que se solicita de esta Sala de casación (que, por no ser de aplicación el art. 81 CDFA, la contienda sobre la atribución del uso de la

vivienda familiar cuando los hijos son mayores de edad se decida de acuerdo con criterios de equidad) en contra de lo dispuesto en la norma del art. 3.2 Cc. y en la jurisprudencia que la interpreta y aplica, por lo que tal pretensión se halla destinada al fracaso.

16 RDCA-XX-2014

PRINCIPIOS

S. TSJA 11 de noviembre de 1998

Voto particular: La idea de protección a la familia es un principio fundamental del Derecho familiar y sucesorio de Aragón; el principio de equidad es uno de los principios en que se inspira el Derecho aragonés.

2 1999, V (núm. 1º)

«STANDUM EST CHARTAE»

S. APZ 26 de julio de 1999

Los actores no tienen derecho alguno a la herencia de su abuelo por cuanto su madre en documento privado de fecha 21.9.1940 se dio por satisfecha y pagada con el dinero recibido por su padre por todo aquello que en la herencia del mismo y de la madre de aquélla le pudiera corresponder. Dicho documento tiene plena eficacia jurídica, enmarcándose en el ámbito del principio «standum est chartae», que rige el Derecho aragonés ex art. 3 Comp. Por lo tanto, desde 1940 se han de entender extinguidos los Derechos de la madre de los actores en la herencia del padre y madre de aquélla y abuelos de éstos.

39 2000, VI (núm. 2º)

S. TSJA 13 de septiembre de 1999

Como ya tiene declarado esta Sala, este principio constituye un mandato del legislador al Juez para resolver los litigios, debiéndose estar a la voluntad de los otorgantes de la «carta» o documento en que se recoge o expresa dicha voluntad. Consagra así el legislador aragonés el principio de libertad civil, que permite a los ciudadanos aragoneses establecer sus relaciones en

la forma y con el contenido que tengan por conveniente, tanto en materia de obligaciones y contratos como en otros ámbitos del Derecho civil.

2 1999, V (núm. 2º)

S. APT 14 de julio de 2001

La constitución de una comunidad germánica de bienes entre las partes es válida conforme al principio «Standum est Chartae», y en consecuencia todos los bienes que integran la comunidad pertenecen a la totalidad de los comuneros, no hay cuotas, no son susceptibles de transmisión, y no cabe pedir la división material y sólo cuando se extinga la comunidad puede procederse a su disolución. Por ello cualquier comunero está legitimado en defensa de la comunidad, pues es propietario de todos los bienes que la constituyen.

25 2003-2004 (IX-X)

S. TSJA 25 de junio de 2007

El principio «Standum est chartae» no encierra una limitación de las posibilidades hermenéuticas del documento, prevaleciendo, en su caso, sobre el sentido literal de las palabras la verdadera voluntad del declarante o declarantes.

9 RDCA 2008, XIV

• APLICACIÓN DE OFICIO

S. TSJA 5 de octubre de 1998

Los principios «iura novit curia» y «da mihi factum, dabo tibi ius» exigen a los tribunales que conocen de un litigio que ha de ser resuelto conforme al Derecho civil de Aragón que apliquen el art. 3º de la Compilación, sin necesaria invocación de parte, por tratarse de un precepto general sobre la aplicación de las normas del Derecho civil de Aragón.

1 1999, V (núm. 1º)

• ARRENDAMIENTOS

S. JP II Teruel nº 1, 9 de febrero de 1995

El art. 3º de la Compilación del Derecho Civil Foral de Aragón consagra el tradicional

principio «Standum est chartae», expresión aragonesa del principio de libertad de pacto que establece el art. 1255 del Cc. En virtud de este principio, los otorgantes del contrato de arrendamiento pactaron en el mismo cláusula de estabilización (el precio del arrendamiento se revisaría a la baja o al alza cada cinco años, con arreglo al Índice del Coste de la Vida publicado por el I.N.E) desde todo punto de vista ajustada a la legalidad.

43 1997, III (núm. 1º)

• **CLÁUSULA PENAL**

S. JPII Teruel nº 1, 18 de mayo de 1995

Con arreglo al principio «standum est chartae», tradicional del Derecho aragonés, hay que estar, en juicio y fuera de él, a la voluntad de los otorgantes expresada en pactos o disposiciones que no resulten de imposible cumplimiento o sean contrarios a norma imperativa (art. 3 Comp.), lo que en el presente caso no ocurre, ya que la citada cláusula penal resulta legítima y expresamente prevista en la Legislación sustantiva.

54 1997, III (núm. 1º)

• **CONTRATO DE OBRA**

S. APT 13 de diciembre de 1999

Conforme al principio «standum est chartae» se estará, en juicio y fuera de él, a la voluntad de los otorgantes, expresada en pactos y disposiciones (art. 3º de la Compilación aragonesa), y siendo claros los términos del documento que nos ocupa (art. 1281 Cc) deberá estarse al sentido literal de sus cláusulas.

25 2000, VI (núm. 2º)

• **CONVENIO CONCILIATORIO**

S. APT 14 de mayo de 2009

Lo convenido entre las partes en acto de conciliación tiene el valor y eficacia de un convenio consignado en documento público y solemne, y aun cuando no tiene las garantías de

las resoluciones judiciales ni de las transacciones u otros contratos autorizados por Notaría, sí debe ser considerado un acuerdo entre los interesados y debe estarse a lo convenido.

38 RDCA 2011, XVII

• **CONVENIO REGULADOR**

S. JPII Alcañiz nº 2, 23 de septiembre de 2008

En cuanto a la eficacia del convenio regulador firmado por los cónyuges pero no ratificado judicialmente, debe señalarse que el mismo tiene plenos efectos entre las partes, de conformidad con el principio «standum est chartae», del art. 3 de la Comp. y del art. 1091 Cc. sobre obligaciones y contratos en aquellas materias que no sean indisponibles para los interesados, no teniendo tal carácter el conjunto de bienes que deben formar parte del inventario previo a la liquidación del régimen económico matrimonial.

60 RDCA 2010, XVI

• **INTERPRETACIÓN DE «CARTAS»**

S. JPII Huesca nº 2, 21 de febrero de 1994

Cláusula, en capitulaciones de 1922, de sustitución de las hijas habidas en el primer matrimonio en favor de hijo habido del segundo, contradiciendo capitulaciones anteriores (de 1903): se insta su nulidad; interpretación de modo que no contradigan el pacto sucesorio anterior.

4 1996, II (núm. 2º)

S. JPII Ejea nº 2, 28 de junio de 1994

Conforme al art. 3 de la Compilación, ha de estarse a lo dispuesto en el pacto sucesorio, sin que el favorecido por una estipulación pueda exigir su cumplimiento si no cumple él a su vez los requisitos previstos en la misma como corespectivos. Lo dispuesto en pacto sucesorio prevalece ante el art. 109 Comp.

16 1996, II (núm. 2º)

S. TSJA 5 de octubre de 1998

La necesidad de estar a la carta no excluye la interpretación del contenido del documento, precisamente para alcanzar la real voluntad de los que lo otorgaron (STSJA 29 septiembre 1992).

1 1999, V (núm. 1º)

S. APZ (Secc. 2ª) 19 de mayo de 2003

La calificación que deban tener los bienes debe someterse al régimen económico matrimonial acordado en capítulos matrimoniales. En razón de lo pactado y en aplicación del principio *standum est chartae*, ha de estarse en juicio y fuera de él a lo pactado. De lo que en este caso se deduce: i) que dada la existencia de separación de bienes entre los cónyuges juega a favor de cada uno de ellos presunción de propiedad exclusiva de los mismos sobre los que demuestren cumplidamente su titularidad; ii) la inaplicación del régimen de separación de bienes del Código civil, puesto que los cónyuges sometieron su régimen a la ley aragonesa, sin remisión alguna a aquel derecho foráneo, de manera que en aplicación del art. 23.2 Comp., para completar los pactos, en tanto lo permita su naturaleza, se aplicará el régimen legal aragonés.

32 2005-2006 (XI-XII)

• **INTERPRETACIÓN DEL PRINCIPIO**

S. TSJA 7 de noviembre de 1901

La interpretación histórica de que los fueros no reciben interpretación extensiva (Observancia «De equo vulnerato») en modo alguno puede hoy sustentarse como una consecuencia derivada de lo establecido en el art. 3 de la Compilación. Las normas del Derecho civil aragonés son susceptibles de interpretación también extensiva, e incluso de aplicación analógica a supuestos en los que exista identidad de razón.

5 2001-2002 (VII-VIII)

S. TSJA 28 de marzo de 1903

Origen histórico, fuentes e interpretación de los foristas como principio de autonomía de

la voluntad y como regla que veda la interpretación extensiva del documento. Congreso de Jurisconsultos y Jurisprudencia reiterada hasta la actualidad declaran que la necesidad de estar a la carta no excluye la interpretación del contenido del documento, precisamente para alcanzar la voluntad real de los que la otorgaron. El principio «*standum est chartae*» no encierra una limitación de las posibilidades hermenéuticas del documento.

13 2001-2002 (VII-VIII)

S. TSJA 29 de septiembre de 1992

La sentencia recurrida ha cumplido con la función que al juzgador atribuye el principio «*standum est chartae*» de estar y juzgar según la única carta existente a los fines del litigio.

8 1995, I (núm. 1º)

S. TSJA 13 de junio de 1995

En materia de fiducia sucesoria la doctrina y la jurisprudencia han venido entendiendo que «estar a la carta» posibilita una interpretación razonablemente rigurosa de las disposiciones que autorizan al cónyuge y a los parientes o a éstos solos para nombrar heredero único de la Casa. No debe olvidarse que el principio *standum est chartae* está dirigido al Juez a quien le impone la obligación de estar a lo pactado por las partes y, en ocasiones, debe complementarse con la costumbre aragonesa, que con las disposiciones de la Compilación y los principios generales en los que se inspira el ordenamiento jurídico aragonés, integran el Derecho civil de Aragón.

3 1996, II (núm. 1º)

S. TSJA 5 de octubre de 1998

El principio «*standum est chartae*» constituye un mandato del legislador al juez para resolver los litigios estando a la voluntad de los otorgantes de la «carta», o documento en el que se recoge y expresa dicha voluntad; permite a los ciudadanos establecer sus relaciones en la forma y con el contenido que tengan por conveniente, tanto en materia de obligaciones y contratos como en otros ámbitos del derecho

civil, con las únicas limitaciones previstas en el art. 3º Comp.

1 1999, V (núm. 1º)

S. TSJA 29 de mayo de 2000

Resumen de la doctrina del TSJA sobre el principio «standum est chartae». La S. advierte en términos de generalidad que no es suficiente la mera invocación del aludido principio cuando exista un pacto por escrito: es acreditada la opinión doctrinal de que, en materia de obligaciones, donde la presencia de peculiaridades forales es, además, mínima, apenas se pretende aplicaciones del principio citado. El plus de seguridad exigible atañe a cuestión de Derecho aragonés. El «standum est chartae» cede ante otro principio que impide su aplicación, cual es el «rebus sic stantibus».

1 2000, VI (núm. 2º)

S. TSJA 26 de febrero de 2009

Este principio actualmente tiene un único sentido: es expresión de la libertad de pacto o disposición, careciendo de función interpretativa, es sólo la expresión del principio de autonomía de la voluntad.

8 RDCA 2009, XV

S. TSJA 1/2011 26 de enero de 2011

El principio «standum est chartae» tiene actualmente, siguiendo la pauta marcada por Joaquín Costa, un único sentido: es expresión de la libertad de pacto o disposición, careciendo de función interpretativa (véanse las sentencias de esta Sala de 28 de marzo de 2003, 25 de junio de 2007 y 26 de febrero de 2009, entre otras), por lo que no procede su invocación con fines hermenéuticos.

2 RDCA-2012-XVIII

• JUNTA DE PARIENTES

S. JPII Huesca nº 1, 3 de marzo de 2000

La composición de la Junta de parientes acordada en capítulos llamando a intervenir al Cura Párroco, es válida y eficaz a pesar de que tanto la Compilación como el Apéndice

sólo hagan referencia a los parientes y no a los extraños. La validez de dicho llamamiento se funda en el principio *Standum est chartae*, pues la normativa aludida no es imperativa. Además, si los fiduciarios siempre tuvieran que ser parientes, se sustraería la posibilidad de fiducia a los aragoneses que carecieran de parentela.

53 2001-2002 (VII-VIII)

• LÍMITES

S. TSJA 18 de diciembre de 1990

El principio «standum est chartae» está limitado por el art. 633 Cc. que impone la forma pública en las donaciones de inmuebles, en concordancia con la tradición jurídica aragonesa.

2 1995, I (núm. 1º)

S. TSJA 5 de julio de 1995

Los litigantes —un matrimonio y el tío de uno de los cónyuges— efectivamente se asociaron poniendo en común sus propios bienes semovientes y su actividad para la explotación ganadera. Junto a ello, se pactó también que una de las partes contratantes —el tío de los cónyuges— pasaría a vivir con la familia de su sobrino —su esposa e hijos— quienes le cuidarían y asistirían. Este pacto, aunque no constituye una Institución consuetudinaria del art. 33 Comp., es posible, en cuanto contrato atípico, al amparo de la libertad de pacto, siempre que lo convenido no vaya en contra de las normas imperativas aplicables en Aragón o resulte de imposible cumplimiento; como así se desprende del art. 3 Comp.

4 1996, II (núm. 1º)

S. JPII Teruel nº 1, 15 de noviembre de 1995

En el caso de autos la prueba practicada no permite concluir que el contrato suscrito por los demandados se hubiera obtenido con dolo, aun cuando la captación de los mismos tuvo lugar mediante una publicidad engañosa, pero ello no implica que en el momento de otorgarse el contrato los demandados actuaran con plena conciencia y libertad, debiendo prevalecer en tal supuesto el principio «standum est

Chartae», conforme al que se ha de estar a la carta, salvo que lo pactado resulte de imposible cumplimiento o sea contrario a norma imperativa en Aragón.

62 1997, III (núm. 1º)

S APT 19 de junio de 2001

La división material que se pretende resultaría contraria al art. 21.2 de la Ley 5/1999, de 25 de marzo Urbanística de Aragón, tal como destaca el informe emitido por el ayuntamiento de Cella, pues aun cuando el principio *standum est chartae* contenido en el art. 3 consagra el principio de libertad de pacto, el mismo está supeditado a que no sean contrarios a las normas imperativas del Derecho aragonés.

24 2003-2004 (IX-X)

• **PACTO DE INDIVISIÓN**

S. APH 28 de enero de 1999

El pacto de indivisión acordado en los estatutos de una comunidad de bienes, que reúne las características de un monte vecinal en mano común, no puede considerarse contrario a norma imperativa aplicable en Aragón, a los efectos del art. 3 de la Compilación.

7 2000, VI (núm. 2º)

• **RENTA PACTADA EN VIVIENDA DE PROTECCIÓN OFICIAL**

S. JP II Teruel nº 2, 31 de diciembre de 1994

Es doctrina común que si las partes fijan libremente para una vivienda de protección oficial un precio de renta superior al establecido por la Administración, podrán derivarse, tras su denuncia, las sanciones administrativas establecidas, pero nunca conllevará ello la nulidad de la cláusula de pago estipulada, puesto que el precio pactado fue decisivo para la formalización del contrato de arrendamiento. La libertad y soberanía de la voluntad (art. 3 Comp. y 1255 Cc.) comprende la de fijar en el arrendamiento un precio superior al que autoriza la legislación especial administrativa.

27 1996, II (núm. 2º)

TRADICIÓN JURÍDICA

S. TSJA 18 de diciembre de 1990

La tradición jurídica aragonesa, recogida en los arts. 1 y 2 Comp., exige forma «ad substantiam» para la validez y eficacia de las donaciones de bienes inmuebles.

2 1995, I (núm. 1º)

**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 CDFA 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 partiendo 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 cobrará 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).

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 consolidada.

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 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.

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 necesitada de protección. En el caso enjuiciado los cónyuges tienen una situación equilibrada en lo económico, por lo que la atribución, aún cuando sea temporal, del domicilio conyugal 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, si quiera temporal, de la vivienda conyugal,

de biendo 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 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

62: EDAD: INCAPACIDAD E INCAPACITACIÓN

CAPACIDAD DEL MENOR QUE NO HA CUMPLIDO CATORCE AÑOS

• *CAPACIDAD PARA SER PARTE Y CAPACIDAD PROCESAL*

S. TSJA 32/2014, 3 de octubre de 2014

Los hijos, aun siendo menores, tienen plena capacidad jurídica y, por tanto, confor-

me al art. 6 Lec., capacidad para ser parte. Ahora bien, siendo menores (de 14 años), carecen de capacidad de obrar en el ámbito sustantivo, lo que en el reflejo propio del proceso comporta su falta de capacidad para comparecer en el procedimiento. En consecuencia con la situación de los menores, su capacidad de obrar y correlativa capacidad procesal deberá ser suplida (hasta los 14 años) o complementada (desde los 14 años), según los casos, por quienes sean sus representantes (o deban asistirles) mientras sean menores de edad, conforme al art. 7 Lec. En definitiva, es el menor quien debe ser considerado como parte procesal legítima, al ser titular de la relación jurídica, y haber comparecido en juicio con la debida representación. Por tanto, en aquellos casos en que sean menores (de 14 años) quienes ostenten el derecho reclamado, la comprobación sobre el título de quien los represente no debe alcanzarse a si está o no legitimado, sino a si ostenta o no la representación que le corresponde. Fallecida la madre, sobrevive el padre, a él le corresponde la representación de los hijos menores de 14 años.

28 RDCA-XX-2014

• *CONFLICTO DE INTERESES*

A. Presiden. TSJA 25 de abril de 2002

Para dar respuesta al conflicto de intereses entre la hija menor de 14 años y su madre, único progenitor vivo, no es necesario acudir al Derecho supletorio y nombrar un defensor judicial (art. 163). El Derecho aragonés es autosuficiente y la laguna existente puede llenarse con una interpretación integradora de las normas forales. Según el auto, por aplicación analógica del art. 5.2 Comp., a la menor la representa su madre y la intervención de la Junta de Parientes autorizando la constitución de la hipoteca (art. 13.2 Comp.) salva la contraposición de intereses.

7 2001-2002 (VII-VIII)

DEL MAYOR DE CATORCE AÑOS*S. APZ 30 de diciembre de 2010*

A la edad de 14 años los menores de edad en Aragón carecen de representante legal, correspondiéndoles a ellos, y no a sus padres, efectuar los actos de disposición sobre sus propios bienes con la debida asistencia. Los padres, al no ser representantes legales de los hijos menores de edad y mayores de 14 años carecen de facultades para realizar actos de disposición sobre los bienes de los hijos, art. 13-2 Comp.

89 RDCA-2012-XVIII*S. TSJA 15 de junio de 2011*

A la edad de 14 años los menores de edad en Aragón carecen de representante legal, correspondiéndoles a ellos, y no a sus padres, efectuar los actos de disposición sobre sus propios bienes con la debida asistencia. Los padres, al no ser representantes legales de los hijos menores de edad y mayores de 14 años carecen de facultades para realizar actos de disposición sobre los bienes de los hijos, art. 13-2 Comp.

14 RDCA 2011, XVII• **CAPACIDAD (CIVIL Y PROCESAL)***S. APZ 12 de diciembre de 2000*

La capacidad para ser parte se identifica con la personalidad jurídica, y la capacidad procesal se identifica con el pleno ejercicio de los derechos civiles, que el art. 322 Cc. reserva a los mayores de edad, sin perjuicio de la mención de los emancipados en el art. 323. En Aragón, el mayor de 14 años puede comparecer en juicio con la debida asistencia (art. 5) y, desde luego, será el menor titular de los derechos, obligaciones y carga derivados del proceso, incluyéndose la condena en costas.

48 2001-2002 (VII-VIII)*A. APZ (Secc. 2ª) 16 de abril de 2003*

Se reconoce la capacidad al menor de 17 años, asistido por la Junta de parientes (sus dos hermanos mayores de edad, arts. 20.5 y 2

Comp.), para reclamar el pago de las pensiones alimenticias que debe su padre, tras haber fallecido su madre, tomando como título ejecutivo la sentencia de divorcio en la que se reconocía la pensión de alimentos a favor del hijo y que debía de percibir su madre.

Sólo cuando el menor alcance la mayor edad deberá, en caso de impago de la pensión alimenticia por parte de su padre, incoar procedimiento de alimentos entre parientes.

30 2005-2006 (XI-XII)*S. TS 30 de enero de 2008*

La comparecencia en juicio se reserva a quienes se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, art. 7.1 Lec., lo que no cabe predicar de los menores de edad no emancipados, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 315 y 322 del Cc., en relación con el art. 12 CE, regla, que ciertamente, encuentra su excepción fuera del Derecho común, en el art. 5 Comp. del Derecho civil de Aragón —de aplicación indiscutida al caso, dada la vecindad civil de la menor—, que extiende la capacidad del menor, mayor de catorce años, para realizar válidamente cualquier acto o contrato con la asistencia de cualquiera de sus padres, tutores o de la Junta de Parientes. Por lo tanto, es en la menor, mayor de catorce años, en la que reside tanto la capacidad para ser parte como la capacidad procesal, ya que la menor está debidamente representada al otorgar poderes en favor de procurador y notario debidamente asistida por su madre.

1 RDCA 2008, XIV• **REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA***S. APH 29 de julio de 1998*

Por la compradora o donataria (donación encubierta) de 17 años interviene su padre, como su mandatario verbal, completándole la capacidad a efectos de lo establecido en el art. 5 Comp.

16 1999, V (núm. 2º)

EMANCIPACIÓN POR CONCESIÓN

• REQUISITOS

S. JPII Ejea nº 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 negando 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

INCAPACIDAD

• INTROMISIÓN EN LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

A. JPI Huesca nº 2, 29 de enero de 2009

El paciente no tiene capacidad actual para poder decidir (aceptar o rechazar) el tratamiento propuesto (amputación de la extremidad inferior), por lo que resultan de aplicación los arts. 9.3.b de la Ley reguladora de la autonomía del paciente y el 14.1.a de la Ley de Salud de Aragón, que disponen que se otorgará el consentimiento por representación cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, facultad que corresponde a los familiares más allegados, y habiendo manifestado el paciente que carece de ascen-

dientes, descendientes y de cónyuge, así como de otros parientes, procede en el presente caso una decisión judicial, y la decisión judicial debe autorizar la intervención solicitada, dado que es la decisión más ajustada a la preservación de la vida del paciente (art. 15 CE).

92 RDCA-2012-XVIII

• INVALIDEZ DE LOS ACTOS

A. JPI Huesca nº 2, 22 de abril de 2009

El auto declara la nulidad del Documento de Voluntades Anticipadas de una persona de 81 años, de nacionalidad francesa y testigo de Jehová, en el que entre otros extremos rechaza recibir transfusiones de sangre. Dicho documento se declara nulo por defecto de consentimiento, como acto de una persona no incapacitada, pero que en el momento de su celebración carecía de suficiente aptitud para entenderlo y quererlo (art. 34 LDp.) y por nombrar en funciones tutelares a una persona inhábil para ello (art. 111 LDp.).

63 RDCA 2011, XVII

INCAPACITACIÓN

S. JPII Alcañiz nº 2, 6 de marzo de 2008

Para que tenga lugar la incapacitación de una persona conforme al art. 35 LDp. es necesario que las enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico que presente el sujeto impidan a la persona gobernarse por sí sola, esto es, no es suficiente con constatar la existencia de dichas deficiencias, han de ser la causa directa y decisiva que impidan a la persona su propio autogobierno.

56 RDCA 2010, XVI

• CAUSAS

S. JPII Ejea nº 1, 21 de marzo de 2011

La incapacidad para gobernar sus bienes, según la Forense, tiene su origen en un trastor-

no en el control de sus impulsos. Ello, según el referido dictamen, le hace gastar inadecuadamente su dinero, poniendo en peligro su patrimonio. La descripción se acerca mucho a la realidad de la prodigalidad. En la actualidad nadie puede ser declarado pródigo. Lo cual, por otra parte, tampoco podría hacerse en el presente procedimiento, ya que nadie lo ha solicitado. Debe, por lo tanto, determinarse si el demandado Sr. L es un pródigo, en cuyo caso debería desestimarse la demanda o si, por el contrario, padece alguna enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que le impidan gobernar su patrimonio, que es lo que exige art. 38.2.3 CDFA para incapacitar a una persona. Es decir, según lo dispuesto en la citada ley, la prodigalidad sólo tiene efectos jurídicos si puede ser causa de incapacitación. En este caso el Sr. L padece una patología persistente que le impide gobernar su patrimonio por sí mismo, por lo que procede su incapacitación.

82 RDCA-XIX-2013

S. JPII Ejea nº 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 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 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

• CURATELA

S. JPII Ejea nº 1, 13 de abril de 2009

El demandado necesita asistencia para controlar la toma de medicación, así como para realizar actuaciones patrimoniales de determinada entidad. Por ello, dado que el grado de afectación de la capacidad del demandado para gobernar su persona y bienes no es plena, debe declararse su incapacitación parcial, debiendo quedar sometido a curatela (arts. 35 y 134.b LDp.).

61 RDCA 2011, XVII

• LEY APLICABLE

S. JPII Ejea nº 1, 22 de noviembre de 2011

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 9-1 y 16 Cc., tanto la capacidad como la tutela e instituciones similares se regirán por la ley personal del incapaz. Por otra parte, la vecindad civil viene dada, en principio, por la vecindad civil de los padres. Se desconoce la vecindad de los progenitores de la Sra., aunque consta en su parte de nacimiento que eran naturales de Ejea. En el primer escrito presentado por la representación procesal del Sr. se indica que, tras casarse, la Sra. se fue a vivir a San Sebastián, y que volvió a Zaragoza en 2002, residiendo desde entonces en Aragón. Lo cierto es que, más allá de alegaciones, no está acreditado el tiempo continuado que la Sra. ha vivido fuera de Aragón, ni que efectuase alguna de las declaraciones a las que se refiere el artículo 14.5 del Código Civil. Por ello, ante la duda, por aplicación del artículo 14.6 del Código Civil, se considera que la Sra. tiene la vecindad que corresponde a su lugar de nacimiento, Ejea de los Caballeros, por lo que se aplicará la ley aragonesa.

83 RDCA-XIX-2013

• TUTELA

S. JPII Ejea nº 1, 13 de marzo de 2009

El demandado necesita asistencia para las tareas de la vida ordinaria, y carece de capaci-

dad para regir su persona y sus bienes de forma total, salvo para realizar pequeñas transacciones de la vida cotidiana. Por ello se declara la incapacidad total del demandado, tanto en el aspecto personal como en el patrimonial, y se le somete al régimen de tutela. Se nombra tutora a la hermana del demandado. Se declara también su incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio.

59 RDCA 2011, XVII

INTERNAMIENTO

A. APZ Secc. 2ª, 6 de febrero de 2008

La falta de manifestación en contra a la que se refiere el art. 33 LDp. por persona que no está en condiciones de realizarla por sumitación cognoscitiva, no puede considerarse que equivalga a un consentimiento en el internamiento, por lo que no puede decirse que exista una discordancia entre este precepto y el de la legislación común (art. 763 Lec.). Todo internamiento no voluntario requiere autorización judicial, debiéndose considerar que la imposibilidad de oposición por deterioro cognoscitivo es una oposición al mismo.

40 RDCA-2010-XVI

A. APZ Secc. 2ª, 12 de marzo de 2008

Se reitera lo dicho en el Auto de esta Sección de la APZ de 6-2-2008.

41 RDCA-2010-XVI

• *EN UN CENTRO RESIDENCIAL*

S. JPI Zaragoza nº 13, 30 de septiembre de 2013

La autorización para ingresar en un centro residencial escapa del ámbito del internamiento con base en el art 763.1 Lec. Por ello debe encuadrarse dentro del ámbito de las medidas cautelares previas al proceso de incapacitación del demandado en atención a lo que se deduce de la información médico-psiquiátrica y el informe social aportados al amparo de lo dispuesto en los arts 762.1 y 757.3 de la LECiv y 36

CDFA. Este órgano es competente territorialmente para resolver sobre dicha autorización por residir la persona afectada en este partido judicial y por ser el competente objetivamente para conocer de las medidas cautelares previas a un proceso de incapacitación. Debe acordarse como medida cautelar previa a la incapacitación la autorización para que DON M, permanezca ingresado, aun en contra de su voluntad, medida que subsistirá si en el plazo de 30 días hábiles desde la notificación de la presente resolución se interpone la correspondiente demanda de incapacitación (art 730.2 LECiv), bien por los familiares legitimados para ello, bien por el MF a quien se notificará la presente a los efectos legales oportunos.

59 RDCA-XX-2014

• *IMPROCEDENCIA*

A. JPI Zaragoza nº 13, 13 de noviembre de 2013

Obviamente, si una enfermedad requiere o no para su curación el internamiento es una cuestión médica a resolver por los propios facultativos, si bien, como garantía de un derecho tan fundamental como es el de la libertad personal, la ley dispone que no sea cualquier facultativo el encargado de dictaminar, sino el designado libremente por el Juez, (art. 763 Lec.). Se contempla el internamiento forzoso e involuntario como una medida excepcional, necesaria y limitada en el tiempo, debiendo quedar sin efecto nada más desaparezcan las excepcionales causas que lo motiven. Son sujetos del internamiento tanto los presuntos incapaces como los ya declarados judicialmente, para que resulte procedente la medida, habrá de evidenciarse tanto la necesidad o conveniencia para el propio afectado, desde el punto de vista terapéutico, como la peligrosidad del mismo para sí o para otros. El Juez, garante de los derechos y libertades de las personas, valorará todas dichas circunstancias y en este caso no se ajusta a lo previsto en el art. 36 CDFA ya que el facultativo designado por el juzgado estima que no procede el internamiento.

61 RDCA-XX-2014

PRESUNCIÓN DE CAPACIDAD

S. APT 12 de mayo de 2011

Cuando un contrato, en este caso el convenio regulador, es ratificado ante el Juez en un procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo, y es aceptada esa ratificación por éste sin observar en la persona que lo ratifica ninguna alteración de su capacidad de comprender el alcance del documento debe presumirse que la persona que lo otorga, tiene capacidad mental para hacerlo, presunción que tiene recogida en el artículo 34 del CDFA: «La capacidad de la persona que ha cumplido los catorce años y no ha sido incapacitada se presume siempre», siendo una presunción «iuris tantum» que puede ser destruida, pero, para su destrucción, se precisa de una prueba concluyente de que en el preciso momento de la suscripción del documento y de su ratificación la persona que lo otorgó se hallaba en una situación psíquica en la que no le era posible entender y querer el acto jurídico que realiza

65 RDCA-XIX-2013

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 ss. del CDFA. 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 constancia de que esta limitación afecte a cuestiones patrimoniales.

72 RDCA-XXI-XXII-2015-2016**64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES****ALIMENTOS LEGALES A LOS HIJOS MAYORES DE EDAD**

S. APZ 11 de octubre de 2010

Las circunstancias concurrentes, la edad de la actora y su inserción en el mercado laboral desde hace cuatro años, impiden la fijación de alimentos con cargo al padre (divorciado de la madre), de conformidad con lo previsto en el art. 66 LDp. (art. 69 CDFA), y ello pese a que su salario no le permita una vida absolutamente independiente, por cuanto tiene en su mano su progreso laboral tendente al logro de la independencia buscada y el sustrato de necesidad que caracteriza a los alimentos no concurre en este supuesto, al constar que ha trabajado anteriormente a jornada completa con un salario razonable que le permitiría su independencia.

86 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 10/2012, 21 de marzo de 2012

Cuando se produce el divorcio de los cónyuges, y surge una nueva familia monoparental en la que uno de los progenitores queda el domicilio antes familiar conviviendo con los hijos, puede el Juez fijar los alimentos que sean debidos para los mayores de edad (art. 93.2 Cc.). Aunque en la fecha del divorcio el hijo sea todavía menor, al mantenerse la situación de convivencia con posterioridad y el uso del domicilio, la norma habilita para decidir, en el propio proceso de divorcio (modificación de medidas), la citada pensión alimenticia. Ese derecho de alimentos del hijo se extingue en los términos prevenidos en el art. 152 Cc. A partir de ese momento, si surge *ex novo* una situación de necesidad que da derecho a la prestación alimenticia, el propio hijo podrá reclamarla conforme a los arts. 142 y ss. del Cc.

23 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 10/2012, 21 de marzo de 2012

Voto particular: En Aragón, en los casos previstos en el art. 69 CDFA, las obligaciones de contribución a los gastos de crianza y educación derivadas de la autoridad familiar se mantienen plenamente vigentes aunque el hijo alcance la mayoría de edad o esté emancipado, sin necesidad de acudir al régimen general de prestación de alimentos, y sin que cambie tal régimen en el supuesto regulado en el art. 82, de que exista ruptura de la convivencia de los padres. En consecuencia, cualquier progenitor está directa y legalmente legitimado, para reclamar del otro los gastos propios de sostenimiento de los hijos, en su condición de titular de la autoridad familiar mantenida. Y sólo cuando esta prórroga no exista, no proceda, o se extinga, y, por tanto, ya al margen de la relación de autoridad familiar, es cuando deberá acudirse al derecho general de alimentos regulado en el Cc., y sólo al hijo correspondiente de la legitimación para la reclamación de alimentos legales, no siendo de aplicación el art. 93.2 Cc. No existe norma de contenido semejante al art. 69 CDFA en el Cc.

23 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 16/2012, 16 de abril de 2012

El demandante invocó en su demanda tan sola la regulación de los arts. 142 y ss. del Cc., sin referencia alguna al art. 69 CDFA, mientras que la Audiencia valoró que la norma aplicable a la reclamación de alimentos era el art. 69 CDFA. El Tribunal, conforme al principio *iura novit curia*, debe observar el derecho que crea realmente de aplicación, con ello no se modifica la causa de pedir, porque una y otra norma atienden a igual fundamento de atención de las necesidades alimenticias por parte de familiares, de modo que, aunque se trate de regulaciones distintas, pueden fácilmente solaparse en su aplicación en casos como el presente en que la relación que genera la posible obligación de alimentación es la paterno filial. Pero la aplicación al caso del art. 69 CDFA es incorrecta porque no se dan sus presupuestos.

27 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 23/2012, 4 de julio de 2012

La hija menor, de 21 años al tiempo de interposición de la demanda, había obtenido en 2009 una titulación de grado medio y en 2010 accedió al mercado laboral. En el curso 2011-12 se ha matriculado en otro módulo de grado medio complementario del ya realizado. La hija mayor contaba con 25 años de edad al interponerse la demanda y había obtenido una formación académica que la capacita para ejercer una profesión o encontrar trabajo, pero se ha matriculado en la carrera de ciencias empresariales. Completada su formación la obligación de los padres de costear sus gastos de crianza y educación se extingue (art. 96 CDFA). Las circunstancias personales (síndrome depresivo, trabajo precario) no determinan que renazca el derecho a la pensión como medida derivada del proceso de separación de sus padres. Si surge ex novo una situación de necesidad que da derecho a la prestación alimenticia, la hija podrá reclamarla ex arts. 142 y ss. Cc.

31 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 24/2013, 17 de junio de 2013

Distinción entre gastos de crianza y educación, por un lado, y alimentos en sentido estricto, por otro (STC 57/2005, de 14 de marzo, STS 30 marzo 2012, STSJA 12 mayo 2010). El art. 82 se refiere a los gastos debidos en cumplimiento del deber de crianza y educación (art. 65.1. b y c CDFA) a los hijos a cargo en caso de ruptura, no a los alimentos legales para hijos mayores. Normalmente los meros alimentos entre parientes son de un monto menor. Sin embargo, en el seno de un procedimiento matrimonial al amparo el art. 93.2 Cc. no es habitual en la pequeña jurisprudencia hacer distinguos. La obligación del art. 69 CDFA es una prolongación del deber de sufragar los gastos de crianza y educación, una continuación; no es la de abono de alimentos en sentido estricto, sino que es análoga a la relativa a los hijos menores.

29 RDCA-XIX-2013

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 ali-

mentos 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

• **APLICABILIDAD DEL ART. 93.2 Cc.**

S. TSJA 24/2013, 17 de junio de 2013

No siendo de aplicación el art. 69 CDFA, la reclamación de alimentos entre parientes no necesariamente ha de hacerse en un proceso ad hoc interpuesto por el hijo, pues cabe también, si se dan los presupuestos para ello (convivencia en el domicilio familiar y carencia de ingresos propios), que los alimentos se fijen en el propio proceso de divorcio o de modificación de medidas al amparo de lo dispuesto en el art. 93.2 Cc. y así lo entendió esta Sala en su sentencia de 21/3/2012. Sin que sea un obstáculo para ello la referencia que se contiene en el inciso final del art. 69 CDFA al derecho del hijo a reclamar alimento. En caso de ruptura de sus progenitores, él y sólo él estará legitimado para el ejercicio de la acción en reclamación de alimentos, si no convive en el hogar familiar. Pero, si no teniendo independencia económica permanece aún en el domicilio de uno de aquéllos, resulta de aplicación el art. 93.2 Cc.

29 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 24/2013, 17 de junio de 2013

Si el hijo mayor de edad no tiene independencia económica y permanece aún en el domicilio de uno de sus padres, de modo que su sos-

tenimiento, aunque ya no entre dentro de los términos del art. 69 CDFA, constituye una carga, ese progenitor puede, porque así lo posibilita el art. 93.2 Cc., pedir y obtener en un proceso matrimonial frente al otro progenitor, la contribución que como alimentos para ese hijo dependiente proceda establecer. No hay ninguna razón para excluir, para los aragoneses, la aplicabilidad de tal posibilidad procesal que evita litigios posteriores. Lo procedente en estos casos es mantener (en todo o en parte) la pensión cuando, solicitándolo la parte demandada, y continuando la referida situación de convivencia concurren las circunstancias que así lo justifican. De lo contrario debería declararse su extinción.

29 RDCA-XIX-2013

S. JPII Ejea nº 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 93Cc. 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

• **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

ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA SEC. 3ª

• *FALTA DE CONVIVENCIA PREVIA ENTRE LOS PADRES*

S. TSJA 18/2013, 25 de marzo de 2013

La referencia literal a la «ruptura de la convivencia de los padres» en los arts. 75 y ss. CDFA permitiría sostener que quedan fuera del ámbito de aplicación de dichos preceptos las situaciones de falta de convivencia previa de los progenitores. Ahora bien, si no parece dudoso que ello vale para determinadas reglas, como las del art. 83 (asignación compensatoria) no se aprecia fundamento para excluir, *a priori*, la aplicabilidad de otras que atienden al derecho de los hijos a relacionarse con los padres y el de éstos a la igualdad en sus relaciones con sus hijos. En estas otras normas, no hay razón que abone la consideración de la previa convivencia como presupuesto necesario. Ello no significa que esa ausencia de convivencia entre los padres y de éstos conjuntamente con sus

hijos, no pueda tenerse en cuenta a la hora de determinar qué es lo más conveniente al interés del menor.

22 RDCA-XIX-2013

ASIGNACIÓN COMPENSATORIA

S. APZ 4 de junio de 2010

El presupuesto esencial para su aplicación estriba en la desigualdad que resulta de la contraprestación entre las condiciones económicas de cada uno antes y después de la ruptura. No hay que probar la existencia de necesidad pero ha de probarse que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que se disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfrutaba el otro cónyuge. Para que pueda ser admitida la pensión temporal es necesario que sea un mecanismo adecuado para cumplir con certidumbre la función reequilibradora que constituye la finalidad de la misma y no cabe desconocer que en muchos casos la única forma posible de compensar el desequilibrio económico que produce la separación o el divorcio es la pensión vitalicia. Como hay desequilibrio y no puede preverse si puede o no ser superado no procede limitarla en el tiempo como así se ha hecho en la instancia.

81 RDCA-2012-XVIII

S. APH 26 de junio de 2012

Para fijar la asignación compensatoria, según se denomina en el art. 83 CDFA, hay que atender los criterios que enumera, entre los que cabe destacar, los recursos económicos, la edad del solicitante, sus perspectivas económicas y las posibilidades de acceso al mercado de trabajo, las funciones familiares desempeñadas por los padres y la duración de la convivencia. De contenido similar, el art. 97 Cc. incide, entre otros aspectos, en la edad y el estado de salud, la cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo, la dedicación a la familia y la colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge, así como en la duración del matrimonio y de la convivencia conyugal y el

caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge. El matrimonio que ahora se disuelve ha tenido una duración de poco más de dos años, la cónyuge demandante es joven (nació en 1987) y tiene cualificación profesional, por lo que no procede la pensión que solicita, desestimando con ello el recurso de apelación y confirmando la sentencia de instancia.

64 RDCA-XIX-2013

• *CARÁCTER TEMPORAL O INDEFINIDO*

S. APZ (SECC. 2ª) 29 de noviembre de 2011

Para que pueda ser admitida la pensión temporal es preciso que constituya un mecanismo adecuado para cumplir con certidumbre la función reequilibradora que constituye la finalidad de la misma, pues no cabe desconocer que, en muchos casos, la única forma posible de compensar el desequilibrio económico que la separación o el divorcio produce en uno de los cónyuges es la pensión vitalicia. Igualmente se hace necesario que conste una situación de idoneidad, o aptitud para superar el desequilibrio económico que haga desaconsejable la prolongación de la pensión, se trata de apreciar la posibilidad de desenvolverse automáticamente y se requiere que sea posible la previsión «ex ante» de las circunstancias o condiciones que delimita la temporalidad, estando en todo caso el plazo en consonancia con la previsión de superación de desequilibrio, por lo que habrá de actuarse con prudencia y ponderación. En el presente supuesto existe un desequilibrio en el momento de la ruptura, debiendo fijar una pensión temporal dada la edad de la demandada (36 años) y los ingresos no muy elevados del actor.

72 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 15/2011, 30 de diciembre de 2011

El art. 83.2 CDFA contrapone la naturaleza temporal de la asignación a la indefinida (en el art. 97 Cc. la compensación puede consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única), pero indefinido no

es igual a vitalicio. El carácter indefinido es el que establece la ley para las pensiones o asignaciones que no tienen un límite temporal concreto, pero que puede serles fijado en un momento determinado, puesto que cabe la revisión o extinción por la alteración sustancial de los criterios económicos en función de los cuales se determinó, lo cual se compagina mal con el carácter vitalicio, que admitiría con más dificultad la revisión o extinción.

15 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 1/2012, 11 de enero de 2012

Recuerda la Sala 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 (STSJA 15/2011, de 30 de diciembre). Para señalarla con carácter temporal o indefinido el art. 83 CDFA provee al juez de unos criterios similares a los indicados en el Cc., y la invitación a la «ponderación equitativa» de los mismos no añade un modo de aplicar la norma distinto del que debe seguirse para el art. 97 Cc. En la jurisprudencia del TS se afirma que para el señalamiento del plazo de la pensión compensatoria, que estará en consonancia con la previsión de superación del desequilibrio, «habrá de actuarse con prudencia y ponderación —como en realidad en todas las operaciones a realizar», lo que es equivalente a la ponderación equitativa de la norma aragonesa. Es perfectamente asumible la doctrina del TS.

17 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 35/2014, 5 de noviembre de 2014

El legislador aragonés no ha establecido en su regulación de la asignación compensatoria un plazo de duración, a diferencia de lo hecho para el uso de la vivienda familiar en el art. 81.3 CDFA. En consecuencia los criterios para establecer la temporalidad vienen fijados jurisprudencialmente en repetidas sentencias del Tribunal Supremo. Es doctrina del TS sobre la pensión compensatoria y su temporalidad que «el establecimiento de un límite temporal para su percepción, además de ser tan solo una posibilidad para el órgano judicial, depende de que

con ello no se resienta la función de restablecer el equilibrio que le es consustancial, siendo ésta una exigencia o condición que obliga a tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso, particularmente, aquellas de entre las comprendidas entre los factores que enumera el art. 97 Cc. (...), que permiten valorar la idoneidad o aptitud de la beneficiaria para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, y, alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio, juicio prospectivo para el cual el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre» (STS 369/2014, de 3/7).

30 RDCA-XX-2014

S. TSJA 18/2016, 27 de junio de 2016

La aplicación al caso concreto de los criterios del art. 83.2 para determinar la cuantía y naturaleza temporal o indefinida de la asignación compensatoria forma parte de las facultades discrecionales de los tribunales de instancia, de modo que las decisiones por ellos tomadas no son revisables en casación, sino en aquellos casos en que suponen infracción del precepto legal por aparecer como absolutamente ilógicas, irracionales o asentadas en parámetros distintos de los legales o establecidos por la jurisprudencia (SSTSJA 6/2013 o 1/2012). En las SSTSJA 35/2014 y 35/2015 se ha destacado que el establecimiento de un plazo de duración es tan solo una posibilidad cuyo uso dependerá de que con él no se resienta la función de restablecer el equilibrio que cumple. En el caso el tiempo indefinido de la asignación por el que se ha inclinado la sentencia no responde a una adecuada valoración de las circunstancias concurrentes de acuerdo a las pautas que resultan de la jurisprudencia de esta Sala para situaciones semejantes. El plazo de 10 años de la sentencia de primera instancia parece más razonable. Un elemento que incide en la temporalidad es la atribución de bienes a la esposa en la liquidación del haber conyugal.

15 RDCA-XXIII-2017

RDCA-2017-XXIII

• **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), 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

• **DOCTRINA JURISPRUDENCIAL**

S. TSJA 27/2013, 1 de julio de 2013

La naturaleza y finalidad de la asignación compensatoria del art. 83 CDFA no es diferente a la señalada por el art. 97 Cc. 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. Se reitera la doctrina del TS en cuanto a la posibilidad de revisar en casación las conclusiones alcanzadas en la 2ª instancia: habrán de ser respetadas en casación siempre que sean consecuencia de la libre y ponderada valoración de los factores legales que han de servir tanto para valorar la proce-

dencia de la pensión como para justificar su temporalidad, siendo posible la revisión casacional sólo cuando el juicio sobre la probabilidad de superar el inicial desequilibrio en función de los factores concurrentes se muestra ilógico o irracional, o se asienta en parámetros distintos fijados por la jurisprudencia.

32 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 35/2014, 5 de noviembre de 2014

Es doctrina del TS que para que proceda la pensión compensatoria debe resultar acreditado un desequilibrio económico para uno de los cónyuges en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio (STS741/2013, de 20/11). Para determinar si concurre el desequilibrio se deben tener en cuenta: 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 e incluso, su situación anterior al matrimonio para determinar si este ha producido un desequilibrio que genere compensación. El Juez, a la vista del art. 97.2 Cc., ha de decidir tres cuestiones: a) Si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria; b) Cuál es la cuantía de la pensión una vez determinada su existencia; c) Si la pensión debe ser definitiva o temporal (STS 864/2010, de Pleno, de 19 enero).

30 RDCA-XX-2014

S. TSJA 35/2014, 5 de noviembre de 2014

La STS 104/2014, de 20/2, fija como doctrina jurisprudencial «que en orden a la concesión de la pensión compensatoria no basta mera consideración del desequilibrio patrimonial, en sí mismo considerado, sino que debe valorarse la perspectiva causal que lo sustente ya en relación con la situación de derechos y obligaciones resultante tras el divorcio, como, en su caso, con la mayor dedicación a la familia o a la actividad profesional o empresarial del otro cónyuge anterior a la ruptura matrimonial». A su vez, la STS 06/2014, de 18/3, ha establecido: «Se declara como doctrina jurisprudencial que

el desequilibrio que da lugar a la pensión compensatoria debe existir en el momento de la separación o del divorcio y los sucesos posteriores no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no se acredita cuando ocurre la crisis matrimonial».

30 RDCA-XX-2014

• EXTINCIÓN

S. APT 18 de noviembre de 2013

Procede estimar en este punto la demanda, y extinguir la pensión compensatoria por haber quedado acreditado la convivencia marital estable del preceptor.

45 RDCA-XX-2014

S. TSJA 42/2014, 22 de diciembre de 2014

La sustancial merma de ingresos del actor (de 1100 euros por salario a 604 por subsidio) no fue relevante para disminuir la pensión de alimentos a las hijas en atención al interés más necesitado de protección, que es el de las hijas, que quedarían en la indigencia cuando vivieran con su madre, pero ahora, a tiempo de fijar la asignación compensatoria esta razón ya no existe, puesto que ninguno de los cónyuges es a priori legalmente considerado como merecedor de trato especial, por lo que sí debe ser tenida en cuenta la minoración de los ingresos del pagador (art. 83.4 CDFA). En segundo lugar, se da la voluntaria pérdida de ingresos por la recurrida, que renunció a poder percibir, por un trabajo adecuado, la suma de 400 o 500 euros, que habría eliminado el desequilibrio económico. Hay, así, dos motivos de extinción de la asignación de los previstos en el art. 83 CDFA, cuya conjugación debe dar lugar a supresión de la asignación compensatoria.

37 RDCA-XX-2014

• FINALIDAD

S. APZ (Secc. 2ª), 29 de noviembre de 2011

Tiene una finalidad reequilibradora. Responde a un presupuesto básico: el efectivo des-

equilibrio económico, producido con motivo de la separación o el divorcio en uno de los cónyuges que implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio. Como afirma la doctrina el presupuesto esencial estriba en la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno antes y después de la ruptura. No hay que probar la existencia de necesidad, el cónyuge más desfavorecido en la ruptura puede ser acreedor de la pensión aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo, pero sí ha de probarse que ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfrutaba el otro cónyuge. Pero tampoco significa paridad o igualdad de patrimonios

72 RDCA-XIX-2013

S. APT 11 de octubre de 2013

La pensión no es un mecanismo indemnizatorio ni constituye un mecanismo equilibrador de patrimonios de los cónyuges sino que la misma es pues, una prestación económica a favor de un esposo y a cargo del otro tras la separación o divorcio del matrimonio, cuyo reconocimiento exige básicamente la existencia de una situación de desequilibrio o desigualdad económica entre los cónyuges o ex cónyuges, —que ha de ser apreciado al tiempo en que acontezca la ruptura de la convivencia conyugal y que debe traer causa de la misma—, y el empeoramiento del que queda con menos recursos respecto de la situación económica disfrutada durante el matrimonio. No se trata por tanto de perseguir la igualdad entre la capacidad económica de ambos cónyuges, sino de evitar el desequilibrio patrimonial que a alguno de ellos produzca la ruptura de la convivencia.

44 RDCA-XX-2014

• INAPLICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

S. TSJA 14/2012, 11 de abril de 2012

Existiendo norma aragonesa reguladora de la asignación compensatoria (art. 83 CDFA), no son de aplicación los preceptos del Código civil que la parte recurrente cita como infringidos

(97, 100, 101 y concordantes). Pedida la extinción de la pensión compensatoria, la norma atinente al caso es el art. 83.5 CDFA

25 RDCA-2012-XVIII

• NATURALEZA

S. TSJA 15/2011, 30 de diciembre de 2011

La asignación compensatoria prevista en el 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, salvo que esta última viene encuadrada entre los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio del matrimonio, en tanto que la asignación compensatoria aragonesa se aplicará, si se dan los requisitos para ello, en los casos de ruptura de cualquier tipo de convivencia de los padres. La norma aragonesa no es diferente de la del art. 97 Cc. pues trata de compensar la desigualdad por razón de la ruptura de la convivencia en relación, fundamentalmente, con la situación en la misma, de la misma forma que en el Código civil al referirse al empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio. No es correcto interpretar que exige un empeoramiento respecto a la situación anterior a la convivencia.

15 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 14/2012, 11 de abril de 2012

Es de notar que, aunque la asignación compensatoria al cónyuge y la pensión alimenticia a la hija parapléjica de 33 años de edad con instituciones jurídicas de naturaleza y finalidad diferentes, en este caso están íntimamente relacionadas, pues se pretende la extinción de aquélla con fundamento en la alteración sustancial de las circunstancias económicas de la perceptora, para lo que las instancias han considerado no sólo los ingresos de ésta, sino también sus gastos. Es evidente la disminución de ingresos del actor, pero también el empeoramiento de la situación económica de la madre y la hija, porque las consecuencias de la minusvalía de ésta se han agravado y con ello los gastos precisos para su asistencia, precisando de ayuda de

terceras personas, atención que le presta precisamente su madre con la que convive.

25 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 26/2012, 13 de julio de 2012

Se reitera la interpretación del art. 83 CDFA dada en la STSJA 15/2011, de 30 de diciembre. En resumen: trata de compensar la desigualdad por razón de la ruptura de la convivencia en relación, fundamentalmente, con la situación en la misma, de la misma forma que en el art. 97 Cc. al referirse al empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio.

36 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 1/2013, 4 de enero de 2013

Se reitera la interpretación del art. 83.1 CDFA, en particular de su inciso «empeoramiento en su situación anterior a la convivencia», y su naturaleza similar la pensión compensatoria del art. 97 Cc., ya dada en Ss. de 13/7/2012 y 30/12/2011 cuyo texto se transcribe.

2 RDCA-XIX-2013

S. APT 11 de octubre de 2013

La pensión no es un mecanismo indemnizatorio ni constituye un mecanismo equilibrador de patrimonios de los cónyuges sino que la misma es pues, una prestación económica a favor de un esposo y a cargo del otro tras la separación o divorcio del matrimonio, cuyo reconocimiento exige básicamente la existencia de una situación de desequilibrio o desigualdad económica entre los cónyuges o ex cónyuges, —que ha de ser apreciado al tiempo en que acontezca la ruptura de la convivencia conyugal y que debe traer causa de la misma—, y el empeoramiento del que queda con menos recursos respecto de la situación económica disfrutada durante el matrimonio. No se trata por tanto de perseguir la igualdad entre la capacidad económica de ambos cónyuges, sino de evitar el desequilibrio patrimonial que a alguno de ellos produzca la ruptura de la convivencia.

44 RDCA-XX-2014

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. 7 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).

33 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• **NO HABIENDO HIJOS A CARGO SE APLICA EL Cc.**

S. TSJA 35/2014, 5 de noviembre de 2014

La regulación de la asignación compensatoria del art. 83 CDFA está incluida en la Sección dedicada a los «Efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo». En el caso de autos al tiempo de interponerse la demanda existía una hija menor de edad, con lo que se da el supuesto normativo para la pretensión de tal asignación a favor de la actora. Cuando no existan hijos a cargo podrá establecerse la pensión compensatoria tal como viene regulada en el art. 97 del Código civil. En todo caso, esta Sala ha declarado —STSJA 26/2013, de 25 de junio y las en ella citadas— la unidad conceptual de ambas instituciones.

30 RDCA-XX-2014

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

• **NO PRORROGABLE**

S. TSJA 24/2014, 25 de junio de 2014

Las prórrogas de una asignación por desequilibrio temporal no responden a su naturaleza y finalidad. La situación de desequilibrio y su modo de corrección no es prorrogable sino que, como establece la ley, está sometida en su caso a revisión o extinción conforme a los cambios de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de la ruptura. Si se señala una asignación compensatoria con posibles prórrogas en función de la situación (de desempleo) en que se encuentre su acreedor dos años después, ya no se estáendiendo a una concreta situación de desequilibrio fijada dos años antes, y se está equiparando a una pensión alimenticia en razón de la necesidad.

20 RDCA-XX-2014

• **PAREJAS ESTABLES NO CASADAS**

S. TSJA 16/2016, 10 de junio de 2016

La parte actora había solicitado en su demanda una compensación económica con fundamento expreso en el art. 310.1.b CDFA; la sentencia del Juzgado, examina los requisitos de dicho precepto y, negando la concurrencia de los mismos en la Sra. Navarro, desestima su

petición. En el recurso de apelación se rebate la valoración de la prueba de la sentencia del Juzgado, sin embargo la sentencia de la Audiencia, sin citar precepto alguno, acuerda la fijación de una asignación compensatoria (sic) en base al tiempo de convivencia, trabajos e ingresos de uno y otro y dedicación de ella a la familia, concluyendo que «es claro el descenso económico provocado por la ruptura en la Sra. Navarro». Los parámetros que indica y la propia denominación que utiliza denotan que se concede una asignación compensatoria del art. 83 CDFA. No se articuló motivo de infracción procesal sobre el desajuste entre lo pedido y lo resuelto. En esta situación, sólo cabe decir que no siendo aplicable el art. 310, no cabe alegar su infracción. Existiendo hijos a cargo, resulta también aplicable a las parejas no casadas la posible asignación compensatoria del art. 83, por lo que éste es el precepto aplicable y no el art. 310.

13 RDCA-XXIII-2017

• **PONDERACIÓN DE FACTORES: DOCTRINA DEL TS**

S. TSJA 26/2013, 25 de junio de 2013

En la ponderación de los parámetros a tener en cuenta en la fijación de su importe y señalar, en su caso, la limitación temporal, cabe tener en cuenta la reiterada doctrina del TS: las conclusiones del tribunal de apelación deben ser respetadas en casación siempre que aquellas sean consecuencia de la libre y ponderada valoración de los factores a los que se refiere de manera no exhaustiva el art. 97 Cc. y que han de servir tanto para valorar la procedencia de la pensión como para justificar su temporalidad, siendo posible la revisión casacional únicamente cuando el juicio prospectivo sobre la posibilidad de superar el inicial desequilibrio en función de los factores concurrentes se muestra como ilógico o irracional, o cuando se asienta en parámetros distintos de los apuntados por la jurisprudencia. Demostración que no se ha producido en este caso.

31 RDCA-XIX-2013

• **PONDERACIÓN EQUITATIVA DE LOS
CRITERIOS DEL ART. 83.2**

S. TSJA 1/2012, 11 de enero de 2012

La fijación de la pensión o asignación compensatoria de forma indefinida o temporal, así como su cuantía, depende de las específicas circunstancias de cada caso cuya valoración corresponde a los tribunales de instancia y apelación que no puede ser revisada en esta vía casacional salvo cuando el juicio prospectivo sobre la posibilidad de superar el inicial desequilibrio en función de los factores concurrentes se muestra como ilógico o irracional, o cuando se asienta en parámetros distintos de los apuntados por la jurisprudencia.

17 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 27/2013, 1 de julio de 2013

El juicio de ponderación que se hace a partir de las circunstancias concurrentes no se considera ilógico, y la cuestión controvertida por las partes es la referente a la necesidad de incentivar la búsqueda de empleo, en atención a las perspectivas económicas y las posibilidades de acceso al mercado de trabajo de la esposa (art. 83.2 CDFA), que es lo que fundamentalmente ha servido para considerar la conveniencia de duplicar el plazo disminuyendo a la mitad el importe de la asignación; el marido discute que pueda establecerse una asignación de 1.500 euros durante 12 años con la previsión de que la misma no quedará extinguida cuando la esposa consiga trabajo: lo que debe interpretarse en el marco de las circunstancias de edad y falta de cualificación profesional de la esposa, que hace previsible la posibilidad de acceso a puestos de trabajo de limitada retribución, que no supondrán una variación sustancial de la situación económica de la perceptora.

32 RDCA-XIX-2013

• **REQUISITOS**

S. APZ (Secc. 2ª), 29 de noviembre de 2011

Que para determinar si existe derecho a la pensión compensatoria debe analizarse si la si-

tuación del cónyuge solicitante ha empeorado en relación con la que ostentaba constante matrimonio y si la misma es peor que la del otro.

Que ha de atenderse al momento de la ruptura.

Que no se trata de obtener una igualdad milimétrica de patrimonios o ingresos.

Que no es incompatible la pensión con la existencia de medios propios económicos por parte del solicitante.

Que las causas enumeradas en el Artº. 97 del Código Civil son los determinantes para decidir no sólo la fijación de su cuantía sino la procedencia de su concesión.

72 RDCA-XIX-2013

• **VALORACIÓN DE LA PRUEBA PRACTICADA**

S. TSJA 33/2014, 21 de octubre de 2014

La Sentencia, tras descartar que la sentencia recurrida incurra en incongruencia o en falta de motivación, afirma que lo que hay es una disconformidad del recurrente con la valoración de la prueba que solo es susceptible de revisión casacional por la vía del art. 69.1.4º Lec. cuando se demuestre que la valoración probatoria efectuada en la sentencia sea arbitraria, ilógica o absurda en forma suficiente para vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, que no se aprecia en este supuesto.

29 RDCA-XX-2014

• **VALORACIÓN DEL CARÁCTER TEMPORAL O INDEFINIDO**

S. TSJA 35/2014, 5 de noviembre de 2014

El tribunal de instancia ha de «valorar la idoneidad o aptitud de la beneficiaria para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto» (STS 369/2014, de 3/7), criterio tenido en cuenta en el caso de autos para optar por la asignación indefinida, dado que no aprecia esa posibilidad de reequilibrio en un tiempo determinado o determinable. Este juicio prospectivo es función del tribunal de instancia, no

siendo revisable en casación salvo que la decisión adoptada se aparte de los criterios exegéticos establecidos jurisprudencialmente o se realice mediante una valoración de los hechos alejada de la lógica.

30 RDCA-XX-2014

ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

S. APH 25 de marzo de 2010

A falta de una norma específica que regule el uso de la vivienda familiar, en este caso vivienda habitual de la familia y de la pareja hasta el cese de la convivencia y extinción de la pareja, son de aplicación las normas sobre el uso de la vivienda familiar en los casos de nulidad, separación o divorcio previstos en el Código civil. En este caso la vivienda era propiedad común de los litigantes y su uso quedó atribuido a la hija y al cóyuge (sic) en cuya compañía quedó de acuerdo con el art. 96 Cc.

61 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 45/2013, 14 de octubre de 2013

Dado que en la sentencia de primera instancia, que resulta confirmada en casación, se pone fin a la atribución del uso de la vivienda familiar a la hija y la madre al desaparecer la causa en que se fundamentaba (la custodia individual a su favor), y se concedía un periodo razonable para que la madre buscara nuevo domicilio, procede establecer como límite de la atribución hasta el próximo 15 de enero de 2014, fecha a partir de la cual la madre deberá abandonar la vivienda, que pasará a ser ocupada por su propietario, el padre.

51 RDCA-XIX-2013

• **CUSTODIA INDIVIDUAL**

S. TSJA 22/2014, 11 de junio de 2014

El art. 81 CDFA establece una serie de reglas para la determinación del progenitor que queda en uso de la vivienda familiar, de las

que la primera y principal es la de mantener su posesión a favor de aquel de los padres al que corresponda la custodia individual de los hijos. Este principio general, primero y fundamental a atender, es acorde con la regulación contenida en el art. 82 sobre la obligación de contribución de los progenitores a la asistencia de los hijos en los casos de ruptura de convivencia, independiente de su edad, y con los arts. 65.a y 69, sobre obligaciones generales derivadas del deber de crianza, sean los descendientes mayores o menores de edad. El juez no ha considerado necesario para unas adecuadas relaciones familiares, además de fijar un límite temporal, proceder a la venta de la vivienda, puesto que el Juzgado estimó que la situación de la esposa e hijos mayores sigue requiriendo el mismo respaldo que se les dio en su día con la atribución del uso de la vivienda. La decisión no es arbitraria, irracional o fruto de grave error ni infringe el art. 81 CDFA.

17 RDCA-XX-2014

S. TSJA 27/2014, 18 de julio de 2014

En la sentencia de divorcio de 2008 se atribuyó el uso del domicilio conyugal, propiedad privativa del esposo, a la esposa en cuya compañía estaba el hijo menor Carlos (17 años) y Eugenio (29 años), mayor de edad pero afectado por síndrome de Down, aunque entonces no incapacitado legalmente. Un tercer hijo (23 años), sin independencia económica, va a vivir con el padre. El padre solicita modificación de medidas en 2012, entre ellas la supresión de la atribución del uso de la vivienda a favor de la esposa y el hijo Eugenio. En 2013 el hijo Carlos también vive con el padre (se suprime la pensión) y Eugenio es incapacitado con rehabilitación de la autoridad familiar de ambos padres, y custodia individual a favor de la madre. Dice el TSJA que el único régimen de custodia a tener en cuenta para la atribución del uso de la vivienda familiar es el del hijo Eugenio, a cargo de la madre, siendo de aplicación al art. 81.2 CDFA que atribuye el uso a quien tiene la custodia del hijo. La convivencia de los otros hijos con el padre, aunque no tengan independencia económica, no asimila su situación a la de persona sujeta a guarda y custodia.

22 RDCA-XX-2014

- **CUSTODIA REPARTIDA**

S. TSJA 27/2013, 1 de julio de 2013

La atribución del uso de la vivienda en los supuestos de custodia repartida —o partida— que excepcionan la regla general de no separación de hermanos prevista en el art. 80.4 CDFA, debe ser resuelta, por identidad de razón, conforme a las reglas de atribución que establece el art. 81.1 CDFA para la custodia compartida, atendiendo en todo caso al beneficio e interés de los menores —art. 76.3DFA— tal y como ha hecho el Tribunal de instancia.

32 RDCA-XIX-2013

- **EL MENOR NO TIENE DERECHO A SER OÍDO**

S. TSJA 6/2013 7 de febrero de 2013

La atribución del uso de la vivienda familiar y su limitación temporal afecta a los menores de modo indirecto, como les puede afectar la cuantía de la pensión alimenticia, pero no resulta indispensable oírles sobre tales extremos. No cabe duda de que cualquier decisión respecto de la vivienda afectará al modo de vida de los menores pero ello no significa que todo cambio en tal sentido haya de resultarles perjudicial, teniendo en cuenta todas las circunstancias familiares, ni que afecte de forma esencial a sus derechos ni al deber de audiencia pues no se trata, propiamente, de una decisión respecto a su persona o bienes como exige el art. 6 CDFA.

7 RDCA-XIX-2013

- **EXTINCIÓN DEL DERECHO DE USO**

S. TSJA 33/2014, 21 de octubre de 2014

Una vez extinguido el derecho de uso de la vivienda (por el transcurso del plazo señalado), los copropietarios decidirán el destino de la vivienda en la forma que mejor convenga a sus intereses (en parecidos términos STSJA 13/7/2012), resultando innecesario cualquier pronunciamiento sobre la alegada infracción del art. 81.4 CDFA.

29 RDCA-XX-2014

- **FALTA DE LEGITIMACIÓN PARA RECURRIR**

A. TSJA 27 de enero de 2014

El recurrente en casación fue parte en el previo proceso matrimonial en el que se estableció el uso de la vivienda por parte de la que fue su consorte. La sentencia de la Audiencia afirma que la vivienda que fue familiar fue adjudicada en subasta pública a un tercero, que es el actual propietario de la misma, por lo que declara acreditado que el inmueble de referencia no es de la titularidad del recurrente, ni éste ostenta ningún derecho sobre él. En esta situación se aprecia por el TSJA falta de legitimación del recurrente para interponer el recurso de casación, por no afectarle desfavorablemente la resolución que se recurre. La prolongación o no del derecho de uso de la que fue vivienda familiar por parte de la que fue su consorte no le afecta a él dado que, como hemos dicho, la extinción de dicho derecho no supondría una facultad de uso, derecho posesorio o de otra clase, a favor del demandante y ahora recurrente.

4 RDCA-XX-2014

- **LIMITACIÓN TEMPORAL**

S. TSJA 26/2012, 13 de julio de 2012

El legislador aragonés no ha querido dejar en la indeterminación la necesaria liquidación de los intereses económicos o patrimoniales de los progenitores, ya que no en todos los casos existen razones atendibles para un uso de larga duración, y menos para acordar un uso ilimitado, pues la subsistencia de vínculos de tal naturaleza constituye de ordinario fuente de conflictos, además de que puede lesionar el interés del otro si es propietario o copropietario de la vivienda. El art. 81.3 deja a la discrecionalidad del Juez la fijación del límite temporal, y es fijación entre de lleno en el espacio de los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad, que constituyen materia reservada a la soberanía del Tribunal de instancia y, por consiguiente, no pueden ser objeto de revisión en casación.

36 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 38/2012, 22 de noviembre de 2012

Adecuada atribución del uso de la vivienda familiar a la madre titular de la guarda y custodia individual en aplicación del art. 81.2. El tiempo de uso queda limitado a un periodo inferior (de 8 años pasa a 6 años), por entender la Audiencia que la anterior limitación temporal daba un tiempo de uso excesivo, contrario a la naturaleza esencialmente temporal de este derecho. Ello resulta adecuado a las facultades que concede el art. 81.3 a los tribunales para ajustar esa duración a las circunstancias concretas de cada familia.

53 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 1/2013, 4 de enero de 2013

La determinación del lapso temporal concreto incumbe al juzgador de instancia, que lo fijará discrecionalmente. No tiene ningún fundamento afirmar que todo lo que exceda de 5 años constituye un fraude de ley, ya que la ley no pone límite máximo, y el fijado no parece irracional o arbitrario. El juez ha de fijar un límite para la atribución del uso, o lo que es lo mismo, señalará un plazo. De ese modo se atiende a la necesidad de certeza al respecto, que conviene a ambas partes. La sentencia recurrida deja en la indefinición el límite temporal con ese añadido tan innecesario como perturbador que, por ello, debe suprimirse (transcurrido el plazo cualquiera de las partes podrá instar demanda de modificación de medidas definitivas para evaluar, teniendo en cuenta las circunstancias familiares concurrentes, la posibilidad de su prórroga, cambio o destino a dar a la misma).

2 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 6/2013, 7 de febrero de 2013

La valoración de las circunstancias concretas de la familia para determinar la limitación de la atribución del uso de la vivienda familiar (propiedad del padre) a la madre y los hijos menores, es función exclusiva de los tribunales de instancia, no revisable en casación salvo que se revele como absolutamente infundada o arbitraria, lo que no sucede en el caso de autos.

7 RDCA-XIX-2013

S. APZ (Secc. 2ª), 15 de febrero de 2013

La regla que consagra el artº. 81.2 es la atribución del uso de la vivienda al progenitor a quien corresponda de forma individual la custodia de los hijos. Pero el legislador no ha querido dejar en la indeterminación la necesaria liquidación de los intereses económicos o patrimoniales de los progenitores, ya que no en todos los casos existen razones atendibles para un uso de larga duración, y menos para acordar un uso ilimitado, (...) que puede lesionar el interés del otro si es propietario o copropietario de la vivienda. Por ello, en el art. 81.3 se ordena que tal uso debe tener una limitación temporal que, a falta de acuerdo, fijará el Juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia. En este caso para atribuir el uso del domicilio familiar debe tenerse en cuenta la edad del menor (11 años) el carácter privativo del domicilio familiar del recurrente, así como las posibilidades económicas de ambos progenitores por tales circunstancias procede limitar el uso atribuido a la recurrida en 5 años a partir de la sentencia dictada en 1ª Instancia estimándose parcialmente el recurso y la demanda.

46 RDCA-XX-2014

S. APT 18 de noviembre de 2013

Permaneciendo en el hogar del matrimonio el hijo mayor persona dependiente en grado III y nivel 1, obliga a considerar que el núcleo materno es el más necesitado de protección a pesar de que los demás hijos ya no convivan en este hogar. La carga que representa familiarmente la asistencia de tal tipo de personas justifica además que con carácter excepcional, no pueda determinarse una limitación temporal al uso, mientras el núcleo en el que conviva el menor no disponga de una mejor fortuna que permita prodigar al hijo un mayor bienestar del que dispone, por razones de elemental humanidad; razón por la cual se sigue afirmando que no se han modificado sustancialmente las circunstancias para justificar la extinción de la atribución pretendida; y que se justifica en este caso con carácter excepcional el no señalamiento de un límite a tal atribución, pues es elemental que no existe perspectiva alguna de

que el hijo mayor vaya a ser capaz en plazo determinado de llevar una vida independiente.

45 RDCA-XX-2014

S. TSJA 21/2014, 6 de junio de 2014

En la sentencia de divorcio se decidió la cuestión de la atribución del uso de la vivienda familiar a favor del cónyuge a quien fue confiada la custodia de los entonces tres hijos menores (el padre), de acuerdo con lo dispuesto en el art. 81.2 CDFA, y se estableció en ella el siguiente límite temporal: «hasta el momento en que los hijos dejen de vivir con el padre o cuando adquieran suficiente independencia económica de sus padres como para poder procurarse un domicilio propio»; criterio que fue consentido por ambas partes, por lo que ha alcanzado fuerza de cosa juzgada. Ahora los tres hijos son mayores de edad, el chico tiene vida independiente, y las dos chicas cursan estudios en Valencia donde vive su madre. Entiende la Audiencia de Teruel que la atribución del uso de la vivienda familiar al padre, conforme a lo establecido en la sentencia de divorcio, no cesa por el cambio temporal de residencia por motivos de estudio. Fuera de ese período formativo, las hijas viven en compañía de su padre.

16 RDCA-XX-2014

S. TSJA 27/2014, 18 de julio de 2014

La dicción literal del art. 81.3 no deja lugar a dudas de que la atribución del uso de la vivienda a uno de los progenitores debe tener una limitación temporal, sin excepción. El plazo podrá ser más o menos dilatado a juicio del tribunal de instancia en función de las circunstancias concretas de cada familia, pero debe ser establecido. Por la sistemática del art. 81 se deduce que el apartado 3 es de aplicación tanto a los supuestos de custodia compartida como a los de custodia individual. Y es en estos casos de custodia individual cuando la limitación temporal viene exigida con más habitualidad para, entre otras razones citadas en la STSJA 13/7/2012, no lesionar el interés del otro padre propietario de la vivienda. Otros supuestos de limitación temporal en casos de custodia individual recogen las SSTJA de 22/11/2012, 7/2/2013, 11/2/2013 y 30/4/2013, en todos los cuales se destaca el ca-

rácter discrecional de la decisión al respecto y, al mismo tiempo, la necesidad legalmente impuesta de fijar la limitación del uso atendiendo a las circunstancias concretas de cada familia. La necesidad de vivienda del hijo incapacitado no ha de ser vinculada de forma indefinida a uno de los padres.

22 RDCA-XX-2014

S. TSJA 33/2014, 21 de octubre de 2014

La Ley aragonesa 2/2010 introdujo en esta materia una novedad relevante respecto a la norma aquí vigente en ese momento, que era el art. 96 del Código civil. En caso de atribución del uso a uno de los progenitores el art. 81.3 CDFA impone una limitación temporal que se fijará mediante acuerdo, o por el juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia. En 2005, en el convenio regulador de la separación, las partes limitaron el uso de la vivienda por la madre hasta la independencia económica de las hijas o su emancipación de la residencia materna, que habrían de ser apreciadas judicialmente. En ese momento la limitación temporal del uso, habiendo hijos, sólo era posible mediante acuerdo. La justificación del legislador aragonés para imponer una limitación temporal al uso de la vivienda la explican la STSJA 26/2012, de 13/7 (el uso de larga duración o el ilimitado es fuente de conflictos y puede lesionar el interés del otro si es propietario o copropietario de la vivienda), la STSJA de 4/1/2013 (el señalamiento de un plazo concreto proporciona certeza a ambas partes) y la STSJA de 7/2/2013 (interdependencia entre los aspectos personales y los patrimoniales).

29 RDCA-XX-2014

A. TSJA 3 de julio de 2015

El art. 81 CDFA ni fue citado en la sentencia recurrida (que resuelve el recurso de 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 conte-

nía, 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. 483.2° 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 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.

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, 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 se pactó el convenio, no contenía disposición limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda. La nueva regulación contenida en el art. 81.3 CDFA es norma introducida con posterioridad a la sentencia de divorcio, de plena aplicación en razón 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, sí existe un cambio de circunstancias que permite modificar el convenio inicialmente aprobado.

8 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• MODIFICACIÓN DEL PLAZO DE USO

S. TSJA 33/2014, 21 de octubre de 2014

La importante variación de los ingresos de la madre titular del derecho de uso, junto a la mayoría de edad alcanzada por las hijas la subsistencia del resto de cargas económicas para el padre, debe llevar a la limitación del plazo de uso de la vivienda familiar (dos años), porque se han producido las circunstancias relevantes que exige el art. 79.5 CDFA, que no pudieron ser tenidas en cuenta el convenio de separación. Esta variación de las circunstancias inicialmente pactadas obliga a que sea tenida en cuenta, no solo en la modificación de la pensión alimenticia, sino en la contribución a los gastos que representa proveer a los hijos de habitación, pues no resultaría proporcional a los ingresos de los progenitores si se ignorara el aumento relevante de los de la madre, que permite aliviar en igual medida la carga del padre en cuanto podrá así en un tiempo determinado disponer de su copropiedad en la vivienda familiar.

29 RDCA-XX-2014

• **NATURALEZA DEL DERECHO DE USO**

S. TSJA 33/2014, 21 de octubre de 2014

Tanto si se encuentra presente el interés del menor —con las limitaciones que ello impone—, como si los hijos son mayores de edad aunque dependientes económicamente de los padres, el TS engloba la atribución del uso de la vivienda en la prestación de alimentos a favor de los hijos (STS 304/2012, de 21/5). Entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 Cc.). En el Derecho catalán el componente económico es más evidente (arts. 233-20-1 y 233-21). No existe en el Código aragonés una previsión tan específica como en el catalán, pero dentro de los gastos de asistencia a los hijos, a los que han de contribuir los padres de forma proporcional a sus recursos económicos (art. 82.1 y 82.2 CDFA), se encuentra la habitación (art. 65.1.b CDFA). También la atribución del uso de la vivienda se ha de valorar para señalar la cuantía y la naturaleza temporal o indefinida de la asignación compensatoria (art. 83.2.d CDFA). Y el art. 81.3, para la fijación del límite temporal de atribución del uso de la vivienda, indica al juez que tenga en cuenta las circunstancias concretas de cada familia, entre ellas evidentemente las de contenido económico.

29 RDCA-XX-2014

• **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 au-

toridad 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

• **OBLIGACIÓN DE FIJAR UN LÍMITE TEMPORAL CIERTO**

S. TSJA 25/2016, 14 de octubre de 2016

Se rechaza el recurso por infracción procesal al entender que no hay incongruencia interna en la sentencia recurrida (SSTS 14/9/2011 y 15/2/2005). El art. 81.3 CDFA establece la obligación de fijar un límite temporal cierto (STSJA de 4/1/2013). En el presente caso la ampliación del uso de la vivienda hasta su efectiva venta (en aplicación del art. 394 Cc.), desnaturaliza la exigencia legal de fijación de un límite temporal cierto a la atribución del uso de la vivienda familiar, puesto que dicho uso quedará a expensas de la voluntad de una de las partes —la propia interesada—, que deberá prestar su consentimiento y su colaboración para que el inmueble sea vendido. En todo caso, aun cuando la conducta de la interesada fuera activa a favor de la venta, seguiría desvirtuándose la exigencia de fijación de un límite temporal cierto, puesto que el momento de la efectiva venta estará sujeto a numerosas vicisitudes que no dependen, exclusivamente, de la voluntad de los vendedores.

22 RDCA-XXIII-2017

• **PREVISIÓN JUDICIAL DE VENTA**

S. TSJA 26/2012 13 de julio de 2012

Podría plantearse la infracción no del 81.4 sino del 81.2 si el juzgador de instancia hubiera

acordado la venta de la vivienda sin más. Pero acordar que se venda después de rebasado el límite temporal del uso no infringe el 81.2. Aunque la sentencia se hubiera limitado a fijar un plazo al derecho de uso, nada impediría al esposo, transcurrido ese lapso, solicitar la liquidación o —en su caso— ejercitar su derecho a la división con base en los arts. 400 y ss. del Cc. Cuestión diferente será el precio, el procedimiento para la venta, y las demás cuestiones atinentes a la medida acordada, que la sentencia (como la norma) no concreta.

36 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 1/2013, 4 de enero de 2013

La previsión del art. 81.4 opera fundamentalmente en el caso de que se acuerde la custodia compartida. Y sólo en ese caso es posible acordar la venta de la vivienda inmediatamente o en fecha muy próxima a la sentencia. Entenderlo de otro modo conduciría a la inaplicación del art. 81.2, que ordena la atribución del uso (temporalmente, art. 81.3) al que tenga la custodia individual. En cualquier caso, lo que dispone la norma es que la venta se ordenará si el juez considera que es necesaria para unas adecuadas relaciones familiares. Pero la apreciación de esta necesidad entra dentro de los pronunciamientos discrecionales o de equidad, ámbito que corresponde al tribunal de instancia, de manera que no puede prosperar un recurso de casación basado en la alegación de que, en el caso, las circunstancias concurrentes hacen la venta necesaria para unas adecuadas relaciones familiares.

2 RDCA-XIX-2013

• PRONUNCIAMIENTOS DISCRECIONALES

S. TSJA 32/2013, 11 de julio de 2013

La valoración de la necesidad de venta de la vivienda familiar para unas adecuadas relaciones familiares (art. 81.4 CDFA), así como la determinación del lapso temporal concreto de la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores (art. 81.3 CDFA), son cuestiones que incumben al juzgador de instancia, que las fijará discrecionalmente al tratarse de pronunciamientos facultativos o de equidad,

que constituyen materia reservada a la soberanía del Tribunal de instancia y, por consiguiente, no pueden ser objeto de revisión en casación, salvo cuando los pronunciamientos sean irracionales, contrarios a las reglas de la lógica o a las máximas de experiencia (SSTSJA 13 julio 2012, 4 enero 2013 y 7 febrero 2013), lo que no sucede en el caso de autos.

38 RDCA-XIX-2013

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

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

• *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 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.

40 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

AUTORIDAD FAMILIAR

S. APT 23 de junio de 1995

En Aragón carece de aplicación la institución de la «patria potestad» del Derecho castellano y hoy general, por cuanto en Aragón de *consuetudine regni non habemus patriam potestatem*.

22 1997,III (núm. 1º)

S. JP II Ejea nº 2, 3 de septiembre de 1999

El contenido de las relaciones personales entre padres e hijos y el de la autoridad familiar en el Derecho aragonés viene determinado en el Código civil para la patria potestad en el ámbito de las relaciones personales. Así pues configurarían el contenido de la autoridad familiar los siguientes arts. del Cc.: arts. 154, pá-

rrafos 2, 3, 5 y 6, en cuanto configura el contenido de la patria potestad de los padres, excepto la inclusión en la misma de los deberes y facultades de «representarlos y administrar sus bienes»; art. 155, números 1 y 2, con ciertas especialidades en la Comp.; y los arts. 158 y 161 en su integridad. Estos deberes se ejercen en relación con los hijos menores de edad no emancipados.

67 2001-2002 (VII-VIII)

S. APT 25 de octubre de 2000

Distinción entre titularidad y ejercicio de la patria potestad (autoridad familiar según el Derecho aragonés) de conformidad con los arts. 156, 154 y 170 del Código civil, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

33 2001-2002 (VII-VIII)

• *CONCEPTO*

S. TSJA 19 de marzo de 2009

La autoridad familiar es una función atribuida a los padres como instrumento necesario para cumplir de forma adecuada el deber que les corresponde de crianza y educación, y tal función debe ejercerse siempre en interés del hijo.

10 RDCA 2009, XV

• *DEBER-DERECHO DE CORREGIR A LOS HIJOS*

A. APZ (Secc. 2ª), 25 de noviembre de 2008

Producida la conducta reprochable del menor con bastante anterioridad al viaje de estudios a Italia, lo lógico, aun perdiendo parte de lo depositado, en uso de un ejercicio moderado y correcto del derecho de corrección de los hijos (art. 62-1-d LDp.), es la suspensión del viaje.

50 RDCA-2010-XVI

• *EDUCACIÓN RELIGIOSA*

A. APZ 5 de octubre de 2010

El auto recurrido otorga al cónyuge custodio la facultad de decidir si las menores han de

recibir o no el sacramento de la comunión a través del dogma católico; fallo que es recurrido por la cónyuge no custodia. Dentro del contenido de la autoridad familiar se atribuye a los padres la decisión sobre la formación religiosa de los hijos hasta que estos alcancen 14 años, y ello debe ser consensuado por ambos progenitores, debiendo resolver el juez en caso de discrepancia art. 7.1 LDp. Los padres contrajeron matrimonio católico, las hijas están bautizadas y van a catequesis, y habiendo expresado libremente las menores su opinión en la exploración judicial, el interés de las mismas está mejor protegido con la postura mantenida por el progenitor custodio. En estos casos, no parece que judicialmente deba ser impuesta de forma coercitiva y de forma judicial lo que deban hacer las menores.

85 RDCA-2012-XVIII

A. APZ (Secc. 2ª) 16 de julio de 2013

La cuestión debe resolverse atendiendo únicamente a la protección del interés más favorable para el menor, partiendo de la respetabilidad de las opiniones y posturas de cada progenitor en este caso. (Ley Orgánica de protección del Menor, St. TC. de 17/10/12, entre otras). La madre no participa de la Religión Católica, opción que sí ha adoptado el padre. La asignatura de Ética no excluye la práctica religiosa de los educandos. El recurrente, en este caso ha asumido la formación y práctica religiosa del hijo, a la que no muestra oposición la madre. En estas condiciones, y como correctamente razona el Juzgador de instancia, debe mantenerse la elección adoptada por la madre que no vulnera la escogida por el padre, ni tampoco el interés prioritario del hijo menor, como en casos similares ya resolvió precedentemente esta Sala (Auto nº 573/2010, de 5 de octubre y Auto 391/11 de 5 de Julio). El recurso debe ser desestimado.

49 RDCA-XX-2014

• *EJERCICIO*

S. APT 27 de febrero de 1995

Es un axioma que en Aragón nunca ha existido la institución de la «patria potestad» y sí la denominada «autoridad familiar», la cual ha

tenido y tiene, según se deduce de los arts. 9 y ss. Comp., un contenido, alcance y extensión diferentes a la clásica «patria potestad» del Cc. No obstante, ambas regulaciones tienen, en la actualidad, como común denominador el principio del «favor filii», de manera que cualquier medida que se deba adoptar habrá de tener como fundamento y finalidad el bien e interés del menor afectado.

20 1997, III (núm. 1º)

A. APZ (Secc. 2ª) 4 de noviembre de 2008

La elección entre la asignatura de religión católica o la de ética de los menores de catorce años es una cuestión que entra dentro de las funciones propias de la autoridad familiar y no es contenido propio de la guarda y custodia concedida en exclusiva a uno de los padres. La decisión corresponde a ambos progenitores (arts. 62 y 68 LDp.). En caso de discrepancia, el art. 71-1 LDp. se remite al Juez. Ambas opciones son muy respetables, pero el juez está obligado a dar una respuesta a la controversia caso por caso, atendiendo a los usos sociales o familiares. Parece más lógico que puesto que así lo habían decidido los padres constante matrimonio, continúe estudiando religión católica.

48 RDCA-2010-XVI

S. TSJA 19 de marzo de 2009

La regulación de la autoridad familiar no es coincidente con la patria potestad del Código Civil. En éste, para el caso de que los padres vivan separados, es regla la privación del ejercicio y es excepción la atribución de tal facultad por el Juez al no conviviente para que la ejerza conjuntamente, o la distribución de funciones entre ambos progenitores. En cambio, en el Derecho aragonés, la regla es que el padre que no convive con el hijo no se encuentra privado del ejercicio, salvo que —conforme al inciso final del artículo 69— así se haya resuelto judicialmente. Es decir, el progenitor separado que tiene en su compañía al hijo, aunque usualmente ejerza la autoridad familiar (art. 68 LDp.) no tiene ese ejercicio en exclusiva. Únicamente si a la falta de convivencia se añaden otras circuns-

tancias que desaconsejen que las cosas sean así, puede el Juez atribuir la autoridad familiar en exclusiva al progenitor que convive con el hijo. Esta situación es siempre revisable: art. 71 LDp., cuando cambien las circunstancias y sea en interés del menor.

10 RDCA 2009, XV

S. JPI Zaragoza n° 6, 1 de abril de 2009

En sentencia de divorcio en la que ambos padres comparten el ejercicio de la autoridad familiar sobre los hijos comunes, al hilo de lo dicho en los arts. 68 y 71 LDp. y a título sólo ejemplificativo, se acuerda que es necesaria la intervención de ambos padres para las decisiones relativas a salida al extranjero de los hijos menores, al cambio de centro escolar o de modelo educativo o de domicilio, y para cualquier tipo de intervención quirúrgica o tratamiento médico no banal, salvo supuestos de urgencia; también en las celebraciones religiosas. Ambos progenitores tienen derecho a ser informados por terceros de todos los aspectos que afecten a sus hijos, incluida la información académica y médica.

60 RDCA 2011, XVII

• **EXCEPCIÓN A LA PRÓRROGA O REHABILITACIÓN**

S. JP II Ejea n° 1, 6 de marzo de 2012

El art. 42 CDFA establece la posibilidad de rehabilitar la autoridad familiar de los progenitores respecto del hijo soltero mayor de edad cuando éste sea incapacitado y conviva con aquéllos. En el caso que nos ocupa es preferible acordar la constitución de tutela. El grado de autonomía personal del demandado hace que no sea conveniente la rehabilitación de la autoridad familiar, para evitar aplicar con carácter supletorio las normas que rigen la misma y no es suficiente el establecimiento de curatela, que supone la mera necesidad de asistencia. En el aspecto personal, no se establece ningún acto para el que el demandado requiera autorización o asistencia, si bien se fija como contenido de la tutela en este aspecto el deber de los tutores de preparar al demandado su medicación. En el aspecto patrimo-

nial, se declara la capacidad del demandado para realizar por sí mismo actos que supongan una prestación por su parte no superior a 100 euros. En lo demás, corresponde a los tutores la administración y disposición del patrimonio del demandado en los términos previstos el CDFA para el menor de catorce años

84 RDCA-XIX-2013

• **GUARDA Y CUSTODIA INDIVIDUAL**

A. APZ 3 de marzo de 2009

El cambio de colegio de las hijas bajo la guarda y custodia de la madre es una decisión que, por no ser de las ordinarias, corrientes o de la vida diaria, no se enmarcan en el ámbito propio de la guarda y custodia, sino en el de la autoridad familiar, a adoptarse de consuno por ambos padres, previendo en los casos de divergencia el art. 71 LDp. una resolución «de plano» —se sobreentiende que un expediente de jurisdicción voluntaria en la que se decida lo más favorable al interés del hijo o hijos. A diferencia de lo previsto en el art. 156.2 Cc., lo que el Juez debe decidir no es a qué padre atribuye la facultad de decidir en el desacuerdo surgido, sino que decide «de plano» «lo más favorable al interés del menor». Las medidas cautelares urgentes van por la vía del art. 7 LDp.

42 RDCA 2011, XVII

• **INEXISTENCIA DE PATRIA POTESTAD**

A. TSJA 2 de julio de 2013

Olvida la parte recurrente que, tratándose de un menor hijo de ciudadanos ecuatorianos, probablemente no será de aplicación la norma cuya infracción denuncia, el art. 90 CDFA; y si lo fuera, conforme al art. 9.4 Cc., el art. 90 CDFA no regula la pérdida de la patria potestad, que no existe respecto de los aragoneses, sino de la autoridad familiar.

35 RDCA-XIX-2013

• **PRIVACIÓN**

S. APZ 21 de abril de 2001

La patria potestad es en el Derecho moderno, y concretamente en nuestro Derecho positi-

vo, una función al servicio de los hijos que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres, encaminados a prestar asistencia de todo tipo, de manera que todas las medidas que se acuerden, incluida la privación de la patria potestad, en Aragón Autoridad familiar, deben adoptarse teniendo en cuenta el interés superior del niño. Con la privación de la patria potestad o autoridad familiar no se pretende sancionar una conducta en cuanto al incumplimiento de deberes de los padres, sino que se trata de defender los intereses del menor.

37 2003-2004 (IX-X)

S. APH 23 de julio de 2010

El incumplimiento grave y reiterado de los deberes inherentes a la autoridad familiar, como son velar por el hijo menor, visitarlo, relacionarse con él, aunque vivan separados, como disponen los arts. 56 y 77 LDp. (59 y 90 CDFA) conlleva la privación total de la autoridad familiar. En este caso, el padre no ha tenido ningún tipo de contacto con sus hijos menores en los últimos cinco años, en visitarlos, llamarlos por teléfono, ni con ocasión de sus cumpleaños, ni siquiera el demandado ha pagado la pensión de alimentos de forma voluntaria sino merced al embargo trabado en su nómina.

66 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 5 de abril de 2011

En los procedimientos dirigidos a la privación de la autoridad familiar ha de tenerse en cuenta que se permite a los tribunales, «en interés del hijo, acordar la recuperación de la autoridad familiar cuando hubiera cesado la causa que motivó su privación» (art. 77-2 LDp.), pues incluso estas situaciones declaradas judicialmente no son irreversibles permitiéndose su revisión en virtud del cambio de circunstancias que deben ser valoradas por los tribunales. En este caso, la denegación de prueba solicitada por la actora no resulta justificada habiéndose producido la infracción del art. 283 Lec.

11 RDCA 2011, XVII

RDCA-2017-XXIII

S. JPII Ejea 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

• **REGULACIÓN: INAPLICACIÓN ART. 156 Cc.**

S. TSJA 19 de marzo de 2009

No hay infracción de lo dispuesto en el artículo 156 del Código Civil, pues ese precepto no es de aplicación directa ni supletoria. La LDp. contiene una regulación propia y completa de la autoridad familiar, de manera que no resulta necesario acudir a normas supletorias, recurso solo admisible en defecto de normas aragonesas y de acuerdo con los principios generales que las informan (artículo 2.2 de la Compilación).

10 RDCA 2009, XV

• **REPRESENTACIÓN LEGAL DEL MENOR DE 14 AÑOS**

S. JPI Zaragoza n° 17, 10 de abril de 2003

El art. 14 Comp. preceptúa que la representación de los hijos menores de 14 años incumbe a los padres cuando ostenten la autoridad familiar, que aparece regulada en el art. 9 Comp. Esta última norma ha dado pie para considerar que no existe patria potestad en Aragón, pero ello es más aparente que real ya que cuando no exista pacto o uso familiar o social al respecto, ante determinadas actuaciones habrá que acudir al Cc., conforme al sistema de fuentes del art. 1 Comp. y en concreto al art. 156 Cc.

49 2005-2006 (XI-XII)

• **RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES**

S. APZ 8 de abril de 1995

La minoría de edad del conductor, Vicente, de 17 años de edad, responsable del accidente de circulación ocurrido, determina la responsabilidad solidaria de su madre (arts. 1902 y 1903 Cc.), única titular de la patria potestad, bajo cuya guarda y custodia se halla y que no ignoraba la conducción del motocultor por su hijo, careciendo de responsabilidad el cónyuge de la madre, que no ostenta sobre el menor autoridad familiar alguna, al no darse la circunstancia prevista en el art. 9.3 Comp. Procede estimar la falta de legitimación pasiva del cónyuge de la madre del menor, que es la única que ostenta autoridad familiar sobre el mismo.

33 1997, III (núm. 1º)

AUTORIDAD FAMILIAR DE OTRAS PERSONAS

A. JPI Zaragoza nº 14, 18 de mayo de 1998

A petición propia, se atribuye a la abuela la autoridad familiar sobre su nieto, hijo de su hija ya fallecida y de padre desconocido.

7 2000, VI (núm. 1º)

A. APZ 19 de febrero de 2001

A efectos de constitución de la tutela, ningún impedimento supone el mecanismo de la autoridad familiar previsto en el art. 9 y 10 Comp., pues la autoridad familiar de otras personas de las que habla este último precepto es de carácter facultativo, y ningún interesado ha promovido la designación de quien deba ejercerla ni provocado la constitución de la Junta (art. 20 Comp.), y es común la afirmación de que el término «podrá» que emplea el art. 10 implica que dicho mecanismo en modo alguno excluye la constitución de la tutela cuando el cuidado y atención del menor lo haga más aconsejable.

32 2003-2004 (IX-X)

• **ABUELOS**

S. APZ (Secc. 2ª), 29 de octubre de 2013

Es evidente que careciendo el menor de contacto habitual con su madre y viendo a su padre en las fechas señaladas en el régimen de visitas establecido por la sentencia, su autoridad familiar debe ser otorgada a los abuelos maternos bajo cuya custodia queda al asumir estos su crianza y educación, conforme prevé el art. 86 CDFA y dado que es una función inexcusable que se ejerce personalmente por los que ejercen los deberes anteriormente mencionados (arts. 63 y ss. CDFA).

51 RDCA-XX-2014

S. JPII Ejea nº 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

• **PRIVACIÓN DE PATRIA POTESTAD**

S. JPII Ejea nº 1, 3 de junio de 1994

A instancia de la abuela materna, se priva (del ejercicio) de la «patria potestad» a la madre, en paradero desconocido, y se confiere la autoridad familiar a los abuelos maternos,

sobre el nieto que ya estaba a su cuidado en régimen de acogimiento.

14 1996, II (núm. 2º)

• **RÉGIMEN: GESTIÓN DE LOS BIENES**

S. JPII Ejea nº 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

**AUTORIDAD FAMILIAR
REHABILITADA**

A. JPI Zaragoza nº 13, 5 de junio de 1998

En Aragón el contenido de la «patria potestad» rehabilitada, al concurrir las circunstancias de los arts. 171 en relación con el 234c., deberá entenderse integrado, en primer lugar, por referencia a la regulación que bajo epígrafe de «autoridad familiar» se recoge en la Compilación (arts. 9 y ss.), con las diferencias que respecto del Cc. presenta. Y luego, en aquello en que sea preciso, y con carácter supletorio, por las normas del Código civil. Se trata de la prolongación de las mismas atribuciones que los padres tenían cuando su hija era menor de edad.

10 2000, VI (núm. 1º)

A. JPI Zaragoza nº 13, 1 de julio de 1998

Solicitado por el M. Fiscal, en procedimiento de tutela, rehabilitación de la patria potestad sobre el declarado incapaz, el Juez acuerda rehabilitar la autoridad familiar de los padres

15 2000, VI (núm. 1º)

• **EJERCICIO**

S. JPII Alcañiz nº 2, 6 de marzo de 2008

En aplicación del art. 39 LDp. procede la rehabilitación de la autoridad familiar de los progenitores de la demandada por cuanto esta es mayor de edad, soltera, vive en compañía de sus padres y no hay previsiones sobre autotutela.

En aplicación del art. 41 LDp. la autoridad familiar la ejercerán los padres de conformidad con lo previsto en los arts. 53 a 86 LDp., extinguiéndose la misma cuando concurren alguna de las circunstancias previstas en el art. 42 LDp.

56 RDCA 2010, XVI

DERECHOS Y PRINCIPIOS

• **DERECHO DE LOS PADRES A LA IGUALDAD**

S. TSJA 27/2012, 24 de julio de 2012

El art. 76.2.b CDFA traslada al Derecho aragonés de la persona el principio general de derecho a la igualdad constitucionalmente reconocido (art. 14 CE). Pero una aplicación literal del derecho a la igualdad respecto a los hijos menores implicaría la imposibilidad de establecer un sistema de custodia para uno solo de los progenitores, con o sin régimen de visitas para el otro. Lo que pretende el art. 14 CE (STC 125/2003, de 19 de junio) es impedir un trato desigual ante situaciones idénticas, que no sea razonable ni esté razonado, y que resulte contrario a los intereses preferentes. Teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias y considerando el preferente interés de los hijos, la custodia individual es una de las posibilidades legales existentes, que en este caso ha sido contemplada como la que sirve para propiciar el desarrollo y formación de los menores, conforme al art. 5.1 CDFA, y que responde a la voluntad de la hija mayor.

37 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 38/2012, 22 de noviembre de 2012

El derecho de los hijos menores al contacto directo con sus padres (76.3.a) y la igualdad de

éstos en las relaciones con sus hijos (76.3.b) no se quiebran por la atribución de un régimen de custodia individual, pues ello impediría la elección de la custodia individual cuando sea lo más conveniente conforme a los parámetros establecidos en el art. 80.2 y sintetizados por la doctrina de esta Sala. Tales derechos quedan a salvo, en los supuestos de custodia individual, mediante el establecimiento del más adecuado régimen de comunicación y visitas con el progenitor no custodio quien, además, ostenta las facultades inherentes a la autoridad familiar de la que sigue siendo cotitular.

53 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 8/2013, 12 de febrero de 2013

Los padres, respecto de sus hijos menores de edad, tienen derecho a la igualdad en sus relaciones familiares (art. 76.3.b CDFA), derecho que a la madre se reconoce en este caso (de custodia individual para el padre), pues esa igualdad reconocida jurídicamente no es obstáculo a la posibilidad de custodia individual, también recogida en la norma aragonesa como una modalidad de ejercicio de la autoridad familiar.

8 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 42/2013, 3 de octubre de 2013

Es inaceptable la pretensión de que se produzca desigualdad por haber dado cumplimiento la sentencia impugnada a las normas de establecimiento de la custodia que sea más conveniente al interés de la menor (en el caso se mantiene la custodia individual a favor de la madre).

48 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 11/2014, 17 de febrero de 2014

El trato igual de los progenitores, recogido como premisa fundamental de la legislación aragonesa en el art. 75.2 CDFA, no permite concluir que sólo la custodia compartida garantiza su cumplimiento, ya que la concreción del principio de igualdad se coordina para cada supuesto concreto con el juego de otros fundamentos legales básicos, entre los que se encuentra el

esencial de estar al interés del menor al tiempo de fijar el régimen de custodia aplicable, y el art. 80, dentro del pleno respeto al principio de igualdad del art. 76.3.b, prevé también la posibilidad de que se fije un régimen de custodia individual.

5 RDCA-XX-2014

S. TSJA 12/2014, 4 de marzo de 2014

El punto del que parte el legislador aragonés es, ciertamente, el de igualdad de los cónyuges en las relaciones parentales; pero en ese propio régimen de igualdad se permite la custodia individual, a cargo de uno de los progenitores, el padre o la madre, cuando ello convenga a satisfacer el superior interés del menor. Lo que el art. 14 CE impide es un trato legislativo desigual, que carezca de razón justificada. La ley aragonesa no establece una desigualdad entre cónyuges, sino la posibilidad de que solo uno de ellos sea el titular de la guarda y custodia de los hijos menores, cuando ello resulte más conveniente para dicho interés superior. No se vulnera principio de igualdad, constitucionalmente, cuando se da un trato diferenciado por razones fundadas, derivado de las distintas circunstancias concurrentes en cada una de las personas (STC, Pleno, 27/5/1993).

7 RDCA-XX-2014

S. TSJA 37/2014, 19 de noviembre de 2014

El art. 75, al fijar el objeto y finalidad de la regulación, y el art. 76 al señalar los derechos y principios de la misma, establecen de modo general el derecho a la igualdad de ambos progenitores en sus relaciones familiares respecto a los menores de edad. Pero dicha igualdad no impide que, en casos determinados, puedan establecerse medidas respecto de los menores que supongan un trato diferente para cada progenitor y respecto de cada uno de los hijos, en función de las circunstancias concurrentes y razonándolo debidamente. Una diferencia de trato es discriminatoria si se realiza con base en prejuicios discriminatorios (STS 71/1998, de 30/3) o si parece de justificación razonable y objetiva (art. 14 Convenio europeo para la pro-

tección de los derechos humanos y las libertades fundamentales).

32 RDCA-XX-2014

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 DFA.

17 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

S. TSJA 23/2015, 2 de octubre de 2015

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 TSJA 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

• DERECHO DEL MENOR A SER OÍDO

S. TSJA 34/2013, 16 de julio de 2013

El derecho de los menores a expresar su opinión figura reconocido, entre otros precep-

tos, en los arts. 6, 76.4 y 80.2.c del CDFA, así como en el art. 9 de la LO 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.

40 RDCA-XIX-2013

• DERECHO DEL MENOR AL CONTACTO DIRECTO CON LOS PADRES

S. TSJA 8/2013, 12 de febrero de 2013

La sentencia recurrida (que otorga la custodia individual al padre) respeta el derecho del menor al contacto directo y regular con la madre (art. 76.3.a CDFA), y esta tiene participación en la toma de decisiones que afecten a sus intereses como consecuencia del ejercicio de la autoridad familiar, en la medida que el amplio régimen de visitas lo permite.

8 RDCA-XIX-2013

• INVOCACIÓN EN CASACIÓN

S. TSJA 45/2013, 14 de octubre de 2013

Dos de los preceptos alegados para fundar su recurso de casación, los arts. 75.2 y 76.3.b CDFA, constituyen principios de carácter general que informan la legislación y cuya invocación debe ir acompañada de otro precepto específico y homogéneo que permita concretarlos, porque tales fines y derechos se pueden satisfacer no solo con la adopción de la custodia compartida solicitada por el recurrente, sino también con la individual a cargo de uno u otro progenitor, siempre que esta última «sea más conveniente» en interés de los hijos menores —art. 80.2 CDFA—.

51 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 39/2014, 15 de diciembre de 2014

El art. 76 CDFA establece principios y derechos de contenido esencialmente programático, a tener en cuenta en las relaciones paternofiliales que surgen como consecuencia de la ruptura de la convivencia de los padres, y de carácter informador en la interpretación de las normas que regulan tales relaciones en las citadas circunstancias. Por ello debe exigirse, como requiere el art. 477.1 Lec., que en el recurso de casación se concrete la norma aplicable que se considere infringida y el fundamento de tal infracción.

34 RDCA-XX-2014

• PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

S. APH 25 de marzo de 2010

Es preciso destacar que no son los intereses de los padres, sino el interés superior de la menor, el que siempre prevalece en esta materia, de manera que las medidas judiciales que se adopten deben atender a ese interés, estando facultados los jueces para actuar de oficio en la adopción de medidas necesarias para salvar los derechos de los menores habida cuenta del carácter público del bien tutelado.

61 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 43/2012, 21 de diciembre de 2012

El principio del interés superior del menor o *favor filii* informa todo el ordenamiento, no sólo el aragonés, opera como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a ponderar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de la guarda y custodia del menor (STC 176/2008, de 22/12 y STC 185/2012 de 17/10). Se citan los preceptos de Derecho internacional, nacional y aragonés que lo recogen. En definitiva, se trata de un principio general que tiene carácter de orden público (por todas, STS 12/5/2012) y que debe guiar la adopción de cualquier medida en una situación de ruptura de la convivencia de los progenitores, con inde-

pendencia del derecho personal que resulte de aplicación conforme a las normas de conflicto.

60 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 8/2013 12 de febrero de 2013

Los arts. 76.2 CDFA y 11.2, apartados a) y b), de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de marzo, de Protección Jurídica del menor, en cuanto establecen principios rectores de la actuación de los poderes públicos respecto de los menores, siempre en interés y beneficio de éstos, han sido tenidos en cuenta en la sentencia recurrida, y precisamente en su aplicación ha mantenido el sistema de custodia individual a favor del padre, que sociológicamente y estadísticamente resulta poco frecuente, pero que en el caso de autos se justifica por las alteraciones de conducta de la madre (por trastorno alimentario y por síndromes depresivos).

8 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 27/2013, 1 de julio de 2013

En ningún caso cabría considerar incongruente un pronunciamiento de familia, que afecta a menores, y que se sustenta en el principio del *favor filii* o interés superior del menor, al que aluden, entre otros, los arts. 76, 77 y 80 del CDFA, así como el art. 39 de la constitución, y sobre el que cita las SSTC 176/2008, de 22 de diciembre y la del Pleno de 17 de octubre de 2012.

32 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 46/2013, 30 de octubre de 2013

La prevalencia del interés del menor o *favor filii* opera en nuestro ordenamiento jurídico como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a ponderar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de la guarda y custodia del menor. Esta prevalencia, a la que se hace expresa referencia en el preámbulo del Código aragonés, es consecuencia de la adhesión de España a la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, por venir recogida en su art. 3.1, así como de lo dispuesto en el art. 11.2 de

la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección del Menor.

53 RDCA-XIX-2013

EFFECTOS DE LA FILIACIÓN

• *DEBERES DE PADRES E HIJOS*

S. APH 25 de octubre de 2007

El deber de asistencia del 55.2 Ldp. comprende la obligación de prestar alimentos de acuerdo con las posibilidades, lo que sirve para fundamentar la modificación de medidas matrimoniales definitivas en lo atinente al pago de la pensión alimenticia a los hijos.

36 RDCA 2009, XV

S. TSJA 14/2013, 28 de febrero de 2013

La argumentación de la madre no custodia de que no le fue exigido el cumplimiento de sus obligaciones carece de cualquier apoyo legal o jurisprudencial, pues los deberes derivados de la filiación —arts. 58 y 59, y 63 y ss. del CDFA— deben ser cumplidos de forma espontánea y no precisan ser exigidos por terceros.

16 RDCA-XIX-2013

• *PADRES CON HIJOS MENORES*

S. TSJA 12 de mayo de 2008

Los deberes previstos en el art. 56 de la Ldp., en concreto la prestación de alimentos a los hijos en los casos de nulidad, separación o divorcio matrimonial, no se extingue porque el progenitor custodio forme pareja estable o contraiga nuevo matrimonio con otro, en razón de que el art. 5.3 de la Ley de parejas estables no casadas y el art. 36.1.a Lrem, consideran que el deber de educación y crianza de los hijos es carga del patrimonio común, en caso de matrimonio o gasto común en caso de pareja estable.

18 RDCA 2008, XIV

S. APZ (Secc. 2ª), 29 de octubre de 2013

Por lo que respecta a la pensión alimenticia a cargo del padre no cabe su eliminación en

atención a los deberes que incumben a todo progenitor (arts. 58 y 59 CDFA)

51 RDCA-XX-2014

• *RELACIÓN PERSONAL DEL HIJO MENOR: ABUELOS*

S. APT 26 de febrero de 2013

El derecho de comunicación que concierne a los abuelos respecto de sus nietos, al que se refiere el art. 60 CDFA no es equiparable al que corresponde en caso de separación al progenitor ejerciente de la autoridad familiar que no posee la guarda, pues tiene diferente naturaleza el derecho de los abuelos y otros parientes a relacionarse con los menores, derivado de la filiación art. 60 CDFA, el derecho de tener en su compañía a los hijos derivado de la autoridad familiar, instituciones que tienen objetivos distintos. Por ello, el régimen de visitas a favor de los abuelos no puede tener una extensión similar a la que correspondería al progenitor no custodio; pero es que, en el caso que nos ocupa la juzgadora de instancia ha tenido en cuenta dicha doctrina y el régimen acordado a favor de los abuelos no es equiparable al que correspondería al progenitor no custodio, coincidente, con el propuesto por el MF y acorde con la distancia que separa las localidades en las que residen los actores y el demandado con las niñas.

41 RDCA-XX-2014

GASTOS DE ASISTENCIA A LOS HIJOS

• *CONTRIBUCIÓN PROPORCIONAL*

S. APH 26 de marzo de 2010

La contribución del padre para satisfacer los alimentos ha de adaptarse a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento, art. 93 Cc. La cuantía de los alimentos debe ser proporcionada no sólo al caudal del alimentante, sino también a las necesidades del alimentista, como indica el art. 146 Cc., y la cantidad con la que el cónyuge no custodio deba contribuir a esos gastos dependerá del caso concreto. Cuando se adoptaron de mutuo acuerdo las medidas la cantidad era adecuada (la menor tenía 1 año), pasado el tiempo se ha producido un cambio sustancial de cir-

cunstancias (art. 775 Lec.) lo que permite modificar la pensión alimenticia estimar el recurso interpuesto por el padre fijando la pensión en 300 euros mensuales actualizables conforme al PIC.

62 RDCA-2012-XVIII

S. APZ 27 de mayo de 2010

La contribución del padre al sostenimiento y educación de los hijos de los que queda apartado debe fijarse en consideración conjunta de sus ingresos, recursos y disponibilidades y de las efectivas necesidades de aquellos según los usos y las circunstancias de la familia o, como dice el art. 146 Cc., proporcionalmente al caudal y los medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe.

79 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 2/2012, 11 de enero de 2012

La proporcionalidad en la contribución a los gastos de asistencia a los hijos, atendidas las necesidades de éstos y los recursos económicos disponibles por los progenitores, exige una disminución de la contribución del padre que ha visto alteradas sustancialmente sus circunstancias económicas (art. 775 Lec.); sin que proceda extinguir su obligación, ya que el deber de contribuir a satisfacer las necesidades de los hijos no desaparece por la peor fortuna del progenitor.

18 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 19/2012, 8 de mayo de 2012

El art. 82.1 CDFA ordena que, sin excepción, los padres deberán contribuir a satisfacer los gastos de asistencia de los hijos, y establece igualmente, con carácter general, que esta contribución será proporcional a los recursos económicos de ambos progenitores. Esta proporcionalidad es luego concretada en el apartado segundo de igual artículo [...]. Por tanto, lejos de un posible automatismo, en cada caso deberá ponderarse por la autoridad judicial, atendiendo a las pruebas obrantes, cuáles sean las circunstancias concurrentes alrededor de cada uno de los términos que fijan legalmente la proporcionalidad, esto es, primero y principalmente, cuáles sean las necesidades de los

hijos, y a su lado, con qué recursos económicos pueden contar tanto los propios hijos como cada uno de sus progenitores.

37 RDCA-XX-2014

S. TSJA 32/2012, 16 de octubre de 2012

En casación no cabe entrar a valorar nuevamente los hechos para fijar una cantidad distinta a la señalada en la sentencia de instancia, porque de aceptarse esta posibilidad se llegaría a crear una tercera instancia revisora del importe de las pensiones, lo que es absolutamente ajeno a la naturaleza de este recurso extraordinario. Se reitera la jurisprudencia del TS y del TSJA que declara que el juicio de proporcionalidad de la pensión del art. 82 CDFA corresponde a los tribunales de instancia y no es susceptible de revisión salvo vulneración clara del mismo o razonamiento ilógico e irracional deduciendo el oportuno recurso extraordinario por infracción procesal.

45 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 41/2012, 19 de diciembre de 2012

No se considera oportuno fijar en este resolución (la estimación del recurso de casación conlleva la actuación de este Tribunal como de instancia) si el sistema de contribución a los gastos del hijo debe hacerse mediante manejo de cuenta bancaria mancomunada como propone el padre en su demanda) o de otro modo. Sin perjuicio de posible futuro acuerdo de los interesados, se considera más conveniente el establecimiento del régimen legalmente previsto en el art. 82 CDFA sin las matizaciones contenidas en la demanda.

En consecuencia, no se abonará entre los progenitores pensión por alimentos. Los gastos ordinarios y extraordinarios necesarios del hijo menor correrán de cuenta de ambos padres por partes iguales. Los gastos extraordinarios no necesarios se repartirán conforme a los acuerdos a que lleguen los progenitores. En su defecto, correrá con su pago el que decida la realización del gasto.

58 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 42/2012, 20 de diciembre de 2012

No es ajustada al art. 82 una afirmación de carácter general de que no es relevante la situación económica de la madre para determinar la contribución del padre a los gastos de asistencia de los hijos. Hay que tener en cuenta la situación económica de ambos progenitores. La proporcionalidad quedó establecida en la sentencia de primera instancia, en la de apelación no hay datos diferentes ni valoración contraria a los mismos, salvo meras sospechas de que los ingresos del recurrente son mayores y las consideraciones sobre la relevancia de la disminución de sus gastos. Tales apreciaciones de la sentencia recurrida, que no valoraciones de prueba, no pueden servir para modificar la proporcionalidad fijada en la sentencia del Juzgado. Al hacerlo infringe los arts. 79.5 y 82 CDFA.

59 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 22/2013, 20 de mayo de 2013

La contribución de los padres ha de ser proporcional a sus recursos. La jurisprudencia del TS sobre el principio de proporcionalidad del art. 146 Cc. (por todas STS 721/2011, de 28/10) es trasladable a la proporcionalidad del art. 82 CDFA. Se debe respetar la valoración de la prueba realizada por el Juez, sólo impugnabile en el recurso extraordinario por infracción procesal por la vía del art. 69.1.4 Lec en el caso de resultar manifiestamente arbitraria e ilógica y, como señala el TS, el juicio de proporcionalidad no es susceptible de revisión casacional salvo vulneración clara del mismo o razonamiento ilógico e irracional.

26 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 27/2013, 1 de julio de 2013

Doctrina del TS sobre el juicio de proporcionalidad del art. 146 Cc. aplicable al criterio de proporcionalidad establecido en los apartados 1 y 2 del art. 82 CDFA. Se debe respetar la valoración de la prueba realizada por el juez, sólo impugnabile en el recurso extraordinario por infracción procesal por la vía del art. 469.1.4º Lec. en el caso de resultar manifiestamente arbitraria e ilógica.

32 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 30/2013, 4 de julio de 2013

La determinación de la cuantía de la pensión del art. 82 CDFA corresponde a los tribunales de instancia, siendo cuestión no revisable en casación, por incidir en un ámbito de discrecionalidad que a ellos solos compete. El juicio de proporcionalidad no es susceptible de revisión casacional salvo vulneración clara del mismo o razonamiento ilógico e irracional. Sólo es posible la revisión en sede casacional de las sentencias recaídas sobre esta pretensión cuando no hayan tenido en cuenta los criterios para determinar la proporcionalidad.

36 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 50/2013, 18 de diciembre de 2013

En la interpretación del criterio de proporcionalidad del art. 82.1 CDFA ha de seguirse el mismo criterio mantenido por la jurisprudencia del TS en relación al principio de proporcionalidad del art. 146 Cc.: «corresponde a los tribunales que resuelven las instancias y no debe entrar en él el TS a no ser que se haya vulnerado claramente el mismo o no se haya razonado lógicamente con arreglo a la regla del art. 146, de modo que la fijación de la entidad económica de la pensión y la integración de los gastos que se incluyen en la misma, entra de lleno en el espacio de los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad, que constituye materia reservada al tribunal de instancia, y por consiguiente, no puede ser objeto del recurso de casación».

56 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 16/2014, 9 de mayo de 2014

Como ya hemos declarado en nuestra sentencia de 20 de abril de 2012 y otras posteriores, el criterio de proporcionalidad señalado por el legislador aragonés entre los ingresos de ambos padres para contribuir a los gastos de asistencia a los hijos (art. 82.1 CDFA) o para la relación entre necesidades de los hijos, sus recursos y los de sus padres para atender a los gastos ordinarios de aquéllos (art. 82.2 CDFA) no es susceptible de revisión casacional salvo vulneración clara del mismo o razonamiento ilógico e irracional. En el caso, la desigualdad de los ingresos

mensuales de padre (1500) y madre (908) es clara y de entidad y no consta que haya otros cursos económicos (la proporcionalidad está referida a los recursos económicos y no sólo a los ingresos) de la madre u otras cargas para el padre que puedan justificar la contribución igualitaria, de manera que no se respeta el principio de proporcionalidad.

12 RDCA-XX-2014

S. TSJA 22/2014, 11 de junio de 2014

Partiendo de la realidad de la existencia de incertidumbre sobre la real situación económica del padre recurrente y de que recae sobre el propio actor la carga de aportación de hechos y prueba que permitiría entender que es insolvente, no cabe estimar, como se pretende, que pueda reputarse excesiva, por infractora de la proporcionalidad, la pensión fijada a favor de cada uno de los hijos. Igualmente no hay motivos para modificar la asignación compensatoria a favor de la esposa, porque la sentencia recurrida considera acreditado que se mantiene el desequilibrio económico entre las partes.

17 RDCA-XX-2014

S. TSJA 33/2014, 21 de octubre de 2014

En la interpretación del principio de proporcionalidad del art. 82.1 CDFA ha de seguirse el mismo criterio que mantiene el Tribunal Supremo en la interpretación de la proporcionalidad en el art. 146 Cc. (por todas STS 721/2011, de 28 de octubre de 2011)

29 RDCA-XX-2014

S. TSJA 41/2014, 17 de diciembre de 2014

El apartado primero del art. 82 CDFA regula la medida de la contribución de los progenitores, es decir, su deber de hacerlo de modo proporcional a los recursos con los que cuentan. El apartado segundo señala al juzgador las pautas para fijar el quantum de la contribución. La norma ordena que uno de los parámetros para esa determinación sean los recursos de que disponen los padres. Si aquellos no son equivalentes, la contribución a fijar será dife-

rente para cada uno, atendiendo a lo prevenido en el apartado primero. El criterio de proporcionalidad no es susceptible de revisión casacional salvo vulneración clara del mismo o razonamiento ilógico e irracional.

36 RDCA-XX-2014

S. 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

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 recu-

rente haga alegación alguna al respecto en su recurso de casación.

25 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• *CONTRIBUCIÓN PROPORCIONAL EN LOS CASOS DE CUSTODIA COMPARTIDA*

S. TSJA 12/2016, 20 de abril de 2016

La fijación de la proporcionalidad de la contribución de cada progenitor entra de lleno en el espacio de los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad, que constituye materia reservada al Tribunal de instancia, y por consiguiente, no puede ser objeto del recurso de casación. En los casos de custodia compartida es habitual que cada progenitor subvenga a los gastos ordinarios que la convivencia comporta durante los periodos en que tiene a los hijos consigo, siendo frecuente la apertura de una cuenta común para el pago de los demás gastos ordinarios. Si los recursos de uno y otro no son equivalentes, la proporcionalidad que impone el art. 82.1 determina que la contribución a la cuenta común tampoco sea igual. La no fijación de una pensión periódica para la mujer no comporta vulneración del art. 82.3 que la prevé «si es necesario». Y la recurrente no ha justificado esa necesidad.

9 RDCA-XXIII-2017

• *CUSTODIA COMPARTIDA*

S. TSJA 48/2013, 15 de noviembre de 2013

La revocación de la custodia individual a favor de la madre comporta que deba dejarse sin efecto la pensión acordada a cargo del progenitor no custodio para gastos ordinarios del niño, dado que dicha pensión fue fijada como consecuencia de la custodia individual acordada. Así, los gastos ordinarios del menor se sufragarán por mitad, atendiendo a los similares ingresos de los progenitores, ambos profesores.

55 RDCA-XIX-2013

• *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 desem-

bolso 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

• *CUSTODIA INDIVIDUAL*

S. TSJA 41/2013, 30 de septiembre de 2013

La sentencia de la Audiencia fue coherente aumentando la cuantía de la contribución del padre (400 euros) en razón al establecimiento de la custodia individual para la madre [en lugar de la compartida prevista por el Juez, con contribución del padre de 200 euros], de modo que ésta contribuía a satisfacer los gastos de asistencia y educación de la menor teniéndola en su casa y compañía. Aclara el voto particular: Acordada la custodia individual, lo correcto es elevar, para el no custodio, la pensión que se había establecido sobre la base de la custodia compartida. No tiene razón el recurrente cuando afirma que no se establece la obligación de la madre de contribuir con cantidad alguna, pues el hecho de tenerla consigo comporta unos gastos que habrá que satisfacer.

47 RDCA-XIX-2013

• *GASTOS EXTRAORDINARIOS*

S. JPI Zaragoza nº 6, 1 de abril de 2009

En sentencia de divorcio se dice que por gastos extraordinarios deben ser entendidos, en principio, aquellos imprevistos, que quedan fuera de los gastos que de ordinario conlleva la crianza de la prole, cuya variedad es tal que hace imposible su exacta determinación anticipada, aunque se incluyen los gastos sanitarios no cubiertos por el sistema público de salud o

seguro médico, pero no los de colegios o cuidado diario de los hijos menores de edad que deben ser incluidos en el importe de la pensión de alimentos a los hijos. En todo caso, no se admitirá la reclamación dineraria entre progenitores de ningún gasto extraordinario del tipo que sea, que no haya sido previamente consensuado de forma fehaciente por las partes, o que, a falta de acuerdo, haya sido aprobada su procedencia judicialmente, con la excepción de los gastos médicos urgentes e inaplazables.

60 RDCA 2011, XVII

• GASTOS EXTRAORDINARIOS NECESARIOS

S. APZ (Secc. 2ª), 6 de marzo de 2011

El Convenio regulador establecía en la cláusula 2ª: «3.- El padre abonará en concepto de pensión de alimentos una cantidad mensual de 250 euros, pagadera (...). Los gastos extraordinarios serán abonados por mitad». La Sentencia apelada reduce a 100 €/mensuales la pensión modificando dicha cláusula sin hacer alusión alguna a los gastos extraordinarios. Es cierto que las circunstancias económicas son complicadas para el alimentante, (...) parece razonable la reducción que fija la Sentencia apelada. No obstante, entiende esta Sala que no puede suprimirse la alusión a los gastos extraordinarios, ello supondría dejar prácticamente la alimentación y educación del hijo común a cargo de la progenitora custodia, lo que, en modo alguno, puede admitirse, por lo que procede mantener la mención relativa a los gastos extraordinarios tal como venía contemplada en la cláusula 3ª del Convenio.

67 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 15/2012, 12 de abril de 2012

La contribución de los progenitores, tanto a los gastos ordinarios como extraordinarios necesarios de sus hijos menores, ha de ser proporcional a sus recursos económicos disponibles (art. 82.1 y 82.4 CDFA). La distribución entre los padres de los gastos extraordinarios debe hacerse en la misma proporción que los ordinarios, de modo que el padre abonará el 75% y la madre el 25 %. Ello referido a los extraordina-

rios necesarios, puesto que para los no necesarios se seguirá el criterio legal.

26 RDCA-2012-XVIII

A. APZ (Secc. 2ª), 9 de mayo de 2013

La ejecutante ha acreditado la realización en la hija del tratamiento dental por importe total de 461,46 €. Son gastos sanitarios prescritos por un facultativo, y cuya falta de cobertura por la Sanidad Pública ha demostrado la demandante en esta alzada. Es al ejecutado, el que rechaza su abono, al que corresponde probar su inconveniencia o dicha cobertura, y no lo ha hecho en el proceso. Además el convenio de divorcio de 4/6/2007, no exige en su cláusula séptima el consentimiento de ambos progenitores si el tratamiento o gasto es aconsejado por profesional o personal cualificado (folio 17 de las actuaciones). En suma, acreditado el gasto extraordinario, el ejecutado debe asumir su pago por mitad.

48 RDCA-XX-2014

S. TSJA 41/2014, 17 de diciembre de 2014

En cuanto a los gastos extraordinarios necesarios, se ha fijado en la instancia una contribución del 40% para la madre frente a un 60% para el padre. El art. 82.4 CDFA ordena la proporcionalidad también para los gastos extraordinarios. En este caso, la contribución fijada no es igual para padre y madre, pero no guarda la misma proporción que la dispuesta para los ordinarios. No obstante, debe valorarse la decisión de la sentencia en relación con estos otros gastos, que frente a los ordinarios, no tienen un carácter fijo y previsible, teniendo en cuenta la notable mayor contribución que se fija al padre para éstos. Y ha de considerarse, además, que la cantidad de 400 euros se señaló para gastos escolares, pero no se limitó al período académico. En suma, no puede entenderse que hay una irracionalidad ni una desproporción manifiesta en la decisión del tribunal.

36 RDCA-XX-2014

• **GASTOS EXTRAORDINARIOS NO NECESARIOS**

S. TSJA 2/2012, 11 de enero de 2012

Se deja sin efecto la obligación del padre de contribuir al pago de la matrícula de la hija en la Universidad Privada «Antonio Nebrija» de Madrid, en la que cursa la triple licenciatura con diploma «Nebrija Lidera», cuyo coste de matrícula del curso 2009/2010 ascendió a 8.380 euros, porque ha de ser considerado como un gasto extraordinario no necesario y, en defecto de acuerdo al respecto, no puede ser de cargo del padre recurrente por aplicación del art. 82.4 CDFA.

18 RDCA-2012-XVIII

• **GASTOS ORDINARIOS**

S. TSJA 41/2014, 17 de diciembre de 2014

En lo tocante a los gastos ordinarios se acuerda en la instancia una aportación desigual, pues el padre contribuye con 400 euros de más. Esta cantidad se añade a los gastos, que ambos progenitores soportan, ocasionados por las dos menores durante el tiempo que permanecen con cada uno de ellos (que tienen custodia compartida por semanas alternas), tales como habitación, alimentación, vestido, y otros básicos y cotidianos. La categoría de los gastos ordinarios periódicos no está recogida en la norma del art. 82 CDFA que sólo distingue entre gastos ordinarios y extraordinarios (y, dentro de éstos, necesarios y no necesarios). A la satisfacción de esos gastos periódicos en su abono, precisamente, va destinada esa cantidad extra.

36 RDCA-XX-2014

• **Hijos A CARGO**

S. TSJA 24/2013, 17 de junio de 2013

Voto particular: El art. 82.1 CDFA establece la obligación de los padres que no conviven de «satisfacer los gastos de asistencia de los hijos a cargo», estos hijos son, sin duda, los sometidos

a autoridad familiar, pero también, en especialidad propia del Derecho civil aragonés, los que, aun siendo mayores de edad y capaces, se encuentren en la situación prevista en el art. 69 CDFA, esto es, los hijos que, no habiendo terminado su formación carezcan de recursos propios para sufragar sus gastos de crianza y educación. Sólo cuando deje de existir esta obligación del art. 69 CDFA, más beneficiosa para el hijo, será de aplicación en Aragón la obligación de alimentos en sentido estricto de los arts. 142 y ss. del Cc., pero no por la vía procesal del art. 93.2 Cc., sino a petición directa del hijo a sus progenitores en procedimiento de alimentos.

29 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 29/2014, 25 de septiembre de 2014

Para determinar quiénes son hijos «a cargo» de los padres en el art. 82.1 CDFA ha de estarse, por un lado, a las normas generales que regulan el deber de crianza y educación de los hijos menores no emancipados (arts. 63.1 y 56 CDFA), así como al régimen de potestad de guarda prorrogada o rehabilitada de los hijos mayores incapacitados, en el que se mantiene el deber de crianza en los términos que disponga la sentencia de incapacitación (arts. 38.4 y 44 CDFA). Por otro lado, respecto de los hijos mayores o emancipados (no incapacitados) es el art. 69 CDFA el que establece el deber de los padres de costear los gastos de los hijos, en los términos en él prevenidos, tanto en casos de ruptura como de mantenimiento de la convivencia de los padres. El art. 82 CDFA regula la contribución de los progenitores a los gastos de asistencia de los hijos comunes a cargo en caso de ruptura de la convivencia entre los padres.

25 RDCA-XX-2014

• **JUICIO DE PROPORCIONALIDAD**

A. TSJA 27 de junio de 2014

El juicio de proporcionalidad para determinar la cuantía de la contribución de los progenitores a la manutención de los hijos es competencia de los tribunales de instancia, conforme a su ponderada discrecionalidad, lo que en principio no es revisable en casación. En estos

términos se expresa la STS 741/2013, de 20/11, en materia de pensión compensatoria, pero con criterio aplicable a los alimentos; y la Sentencia de esta Sala de 20/4/2012, referida estrictamente a la contribución para alimentos.

19 RDCA-XX-2014

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

• **LEY APLICABLE**

S. APZ (Secc. 2ª), 27 de noviembre de 2013

Teniendo en cuenta las normas internacionales cuya aplicación corresponde de oficio a los Tribunales, y habiendo en Derecho interno una pluralidad de Derechos civiles, al residir el menor extranjero en Aragón y ser sus padres de diversas nacionalidades (alemana y dominicana) aun cuando consta el hijo como nacional alemán, se ha de aplicar el «sistema con el cual los interesados estuvieran más estrechamente vinculados» lo que nos lleva a concluir, que, residiendo habitualmente el hijo menor en Aragón, el litigio y en consecuencia la pretensión relativa a los alimentos se regirá por el Derecho Aragonés y más concretamente, por el Código de Derecho Foral de Aragón. En consecuencia, la apreciación de la recurrente sobre la incorrecta aplicación normativa es parcialmente acertada aunque por motivos distintos de los esgrimidos. Ello no obstante, en nada modifica el fallo de la resolución apelada por lo recogido a continuación, ya que aun atendiendo el juzgador a preceptos del Cc., la solución sería la misma bajo el paraguas del art. 82 DFA.

52 RDCA-XX-2014

• **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 perio-

do 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. TSJA 22/2013, 20 de mayo de 2013

Para la reducción de la pensión del padre a los hijos han sido tenidos en cuenta en la sentencia recurrida los ingresos ahora percibidos por la madre (que se ha incorporado al mundo laboral al finalizar el plazo de la pensión compensatoria), de los que carecía en la situación anterior, así como, en otro sentido (más favorable), la reducción de gastos del padre y la atribución del uso de la vivienda a la madre y los hijos por un plazo mayor.

26 RDCA-XIX-2013

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 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.

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 decisorios que condujo a que la sentencia impugnada acordará la no modificación de la pensión.

5 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• NECESIDADES DE LOS HIJOS

S. TSJA 42/2014, 22 de diciembre de 2014

La sentencia recurrida tiene en cuenta, en primer lugar, el primero y principal fundamento que debe regir el señalamiento de la pensión de alimentos, que es la necesidad real de las hijas. De manera que, aunque el padre vio disminuidos sus ingresos de 1.100 euros por salario a 604 euros por subsidio, lo que supone una alteración de circunstancias, considera que este cambio no es de tal relevancia como para justificar la rebaja de la pensión paterna (de 253 euros actuales a 200), porque como la madre ha perdido sus ingresos y ha debido dejar la casa que era vivienda conyugal por no poder pagar el alquiler, yendo a vivir a casa de su madre, las hijas quedarán en la indigencia cuando convivan con la madre. La merma de ingresos del actor es relevante, pero en este caso no puede suponer una disminución de la pensión a las hijas en atención al interés más necesitado de protección, que es el del menor.

37 RDCA-XX-2014

GASTOS DE LOS HIJOS MAYORES O EMANCIPADOS

S. APH 11 de mayo de 2007

La obligación del devengo de los alimentos a favor de la hija mayor de edad finaliza cuando ésta tenga recursos propios suficientes, sin perjuicio de la extinción del deber de costear los gastos para sufragar la crianza y educación cuando el hijo llega a los 26 años, según el 66-2 LDP.

29 RDCA 2009, XV

S. APZ (Secc. 5ª), 10 de enero de 2008

Por lo que respecta a la culpa de la alimentista en la tardanza en concluir sus estudios universitarios resulta aplicable al caso el art. 142 Cc. y no el 66 de la Ley de Derecho de la Persona de Aragón. El precepto del Cc. marca una pauta más flexible que la norma autonómica. Deberá prestarse alimentos al mayor de edad para su formación si no la hubiere terminado «por causa que no le sea imputable». Siendo, por lo tanto, los 26 años del precepto autonómico un criterio meramente orientativo.

36 RDCA-2010-XVI

S. APZ (Secc. 2ª), 22 de abril de 2008

El hijo carece de ingresos, por tanto, de independencia económica, sin embargo está en perfectas condiciones de acceder a ella. Mantener una pensión atendiendo únicamente a la concurrencia de tal contingencia, no resulta acorde con la propia naturaleza de los alimentos, cuando el acreedor a los mismos ha sobrepasado con creces la mayoría de edad (tiene 28 años), ha completado sobradamente su formación universitaria y está capacitado para insertarse en el mercado laboral.

43 RDCA-2010-XVI

S. APZ (Secc. 2ª), 17 de junio de 2008

El art. 66 LDP. no es de aplicación automática a la modificación de un pronunciamiento judicial firme anterior sobre pensión de alimentos a los hijos.

45 RDCA-2010-XVI

S. TSJA 2 de septiembre de 2009

La obligación de alimentos que la sentencia dictada en el proceso de separación impuso al padre, aun cuando no se extinga automáticamente por el hecho de haber alcanzado la hija la mayoría de edad, no es ni puede ser por tiempo indefinido, sino sólo en tanto concurren las antedichas circunstancias en las que se justifica la prolongación del deber de crianza y educación. Otra cosa sería favorecer una situación vital pasiva que puede devenir —utilizando una expresión del Tribunal Supremo— en un «parasitismo social». Por eso, esa duración hasta los 26 años que menciona el párrafo segundo de la norma cuya infracción se denuncia (y en el que se apoya la parte recurrida en su escrito de oposición) sólo tendrá lugar cuando el hijo que no ha terminado su formación mantenga una actitud diligente, porque de lo contrario deja de ser razonable exigir a los padres sufragar sus gastos.

13 RDCA 2009, XV*S. TSJA 12 de mayo de 2010*

Como regla general, el advenimiento de la mayoría de edad de los hijos conlleva en principio y con carácter general, el cese de la obligación derivada de la autoridad familiar de continuar con su crianza y educación. Con todo la LDP establece en su art. 66 una excepción: seguirá la obligación de los padres de costear los gastos de de crianza y educación aun cuando el hijo sea mayor de edad siempre y cuando el hijo 1) no haya completado su formación profesional y, además, 2) no tenga recursos propios para sufragar él mismo tales gastos. El mantenimiento de esta obligación de los padres tiene carácter excepcional, como se deduce de la norma, ya que la carga sobre los padres sólo se mantendrá si es razonable exigir su cumplimiento y sólo el tiempo normalmente requerido para que la formación se complete.

5 RDCA 2011, XVII*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: INCONGRUENCIA***S. TSJA 15/2014, 28 de marzo de 2014*

La regulación de los gastos de crianza y educación del art. 69 CDFA y la de los alimentos legales de los arts. 142 y ss. del Código civil pueden configurar distintas causas de pedir, ya que, siendo distintos sus presupuestos, cabe que una persona no tenga derecho a que sus progenitores continúen sufragando sus gastos de crianza y educación, y tenga sin embargo derecho a la prestación de alimentos entre parientes. Pero de ello no se deduce que, si no concurre el supuesto de hecho contemplado en el artículo 69, pueda aplicarse en todo caso la regulación del Código con tal de que se den los presupuestos que ahí se prevén. Tanto la reconvencción, como la oposición a ella y la sentencia de primera instancia se fundamentan en la aplicación del art. 69 CDFA. Por ello, al haber aplicado la sentencia de apelación los arts. 142 y ss. del Código civil, ha alterado los términos del debate y le ha causado indefensión al recurrente, ya que no ha tenido ocasión de alegar y probar los hechos que determinarían la improcedencia de aplicar dicha regulación (más exigente) y contraatacar argumentando lo conveniente a su defensa.

10 RDCA-XX-2014

• ***DISTINCIÓN ENTRE ALIMENTOS LEGALES Y GASTOS DE CRIANZA***

S. TSJA 24/2013, 17 de junio de 2013

Distinción entre gastos de crianza y educación, por un lado, y alimentos en sentido estricto, por otro (STC 57/2005, de 14 de marzo, STS 30 marzo 2012, STSJA 12 mayo 2010). El art. 82 se refiere a los gastos debidos en cumplimiento del deber de crianza y educación (art. 65.1. b y c CDFA) a los hijos a cargo en caso de ruptura, no a los alimentos legales para hijos mayores. Normalmente los meros alimentos entre parientes son de un monto menor. Sin embargo, en el seno de un procedimiento matrimonial al amparo el art. 93.2 Cc. no es habitual en la pequeña jurisprudencia hacer distingos. La obligación del art. 69 CDFA es una prolongación del deber de sufragar los gastos de crianza y educación, una continuación; no es la de abono de alimentos en sentido estricto, sino que es análoga a la relativa a los hijos menores.

29 RDCA-XIX-2013

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. 5.1.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 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 au-

toridad familiar y alimentos legales, sin integrar en aquélla el derecho a alimentos legales.

7 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• ***EXCEPCIONALIDAD DE LA PREVISIÓN LEGAL***

S. TSJA 11/2011, 30 de noviembre de 2011

El Derecho aragonés no contiene una regulación completa de la obligación de alimentos, sin embargo sí prevé con concreción el deber de crianza y educación, y el art. 69 prevé la pervivencia de tal obligación de los progenitores, y correlativo derecho de los descendientes, aun cuando el hijo haya alcanzado la mayoría de edad o emancipación, siempre que concurren las circunstancias indicadas en el inciso final de la regla. La excepcionalidad de la previsión se evidencia porque requiere que se den las circunstancias en ella previstas y que no se superen sus límites, además se extingue a los 26 años. En la necesidad de formación que permite mantener la pensión a los hijos mayores de edad no se incluye la preparación de oposiciones ni la obtención de especialización remunerada.

11 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 20/2012, 9 de mayo de 2012

Esta Sala ya ha señalado, conforme a lo dispuesto en el art. 69 CDFA, el carácter excepcional del deber de los padres de costear los gastos de crianza y educación de los hijos tras su mayoría de edad o emancipación: Ss. 2/9/2009, 12/5/2010, 30/11/2011, 30/12/2011.

1 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 4/2013, 5 de febrero de 2013

Respecto del recurso de casación, que se formula por la vía de interés casacional, por infracción de los arts. 69 y 82 CDFA al haber mantenido la sentencia recurrida la pensión de alimentos a favor de la hija de 30 años de edad y que ha completado su formación profesional, se desestiman las causas de inadmisibilidad alegadas por la recurrida (se cita la doctrina jurisprudencial que se entiende infringida y el recurso se basa en infracción de arts. del CDFA).

Entrando en el fondo se recuerda que, tanto en el caso de ruptura de la convivencia de los progenitores prevista en el art. 82, como en el supuesto de darse tal convivencia, el art. 69 mantiene la obligación de atención al hijo, aun cuando sea mayor o emancipado, de forma excepcional: se requiere que no haya completado su formación y que no tenga recursos propios (S 30/11/2011).

5 RDCA-XIX-2013

• **EXISTENCIA DE RECURSOS PROPIOS**

S. TSJA 29/2014, 25 de septiembre de 2014

El art. 69 CDFA ha sido objeto de jurisprudencia de esta Sala, en sentencias 11/2011, 10/2012 y 16/2012. La STSJA 10/2012, apoyándose en la del TS de 24/4/2000, mantiene la legitimación directa del progenitor para reclamar de quien fue su cónyuge o pareja de hecho la prestación derivada del deber de crianza y educación de los hijos mayores de edad que no hubiesen concluido su formación y no tuviesen recursos propios. En el caso de autos, la hija del matrimonio, de 30 años de edad, padece una minusvalía de un 66% de carácter psico-físico, pero no se ha producido declaración de incapacidad, tiene un contrato de trabajo de duración indefinida y un sueldo mensual de 650 euros, similar al salario mínimo interprofesional, así que no se halla en período de formación y no se encuentra en situación de necesidad (ausencia de recursos propios). No es subsumible su situación en el supuesto de hecho del art. 69 CDFA ni es persona a cargo de sus progenitores ex art. 82 CDFA.

25 RDCA-XX-2014

• **EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE LOS PADRES**

S. TSJA 4/2013, 5 de febrero de 2013

La hija cuya pensión de alimentos se reclama nació en 1982, y terminó la carrera de Derecho. Cumplidos así los 26 años que como límite señala el art. 69.2 CDFA para término de la obligación legal de sus progenitores, derivada de la

autoridad familiar previa de costear sus gastos de crianza o de educación, no se acordó, ni en resolución judicial ni convencionalmente, que debiera mantenerse la carga de seguir abonando sus gastos. Ante tales hechos la aplicación del art. 82 CDFA, por referencia al contenido citado del art. 69, determina el fin de la obligación de pago, pues ha llegado el término previsto y no se dan las razones que podrían haber supuesto la prórroga de la edad. La extinción de esta obligación del padre no perjudica la posibilidad que siempre asiste al particular de reclamar alimentos a sus familiares al amparo de la regulación de los arts. 142 y ss. del Código civil.

5 RDCA-XIX-2013

• **FORMACIÓN PROFESIONAL COMPLETADA**

S. APH 5 de octubre de 2011

Sostiene la recurrente que procede revocar la sentencia apelada para mantener la pensión alimenticia que venía rigiendo desde la separación, pretensión que no puede prosperar siendo de resaltar que hace ya años que el hijo se incorporó al mercado laboral por más que, por decisión propia, no quisiera seguir trabajando en la empresa, sin que sea a estos efectos relevante que el hijo, ya mayor de edad, no haya alcanzado el límite de edad del artículo 69 CDFA.

61 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 10/2012, 21 de marzo de 2012

El hijo, cumplidos los 18 años, se incorporó al mercado laboral, dando por concluida su formación profesional, y no parece que no hubiera completado su formación profesional. Por ello no se ha producido una aplicación indebida del art. 69 CDFA, ni tampoco interpretación errónea del mismo. Y, por supuesto, no existe infracción por inaplicación, que sólo se daría si, resultando aplicable al caso, hubiera sido ignorado por el tribunal a quo. Cosa distinta es que se deban alimentos legales al hijo mayor de edad. En el proceso de divorcio, según el art. 93.2, el Juez puede fijar los alimentos que sean debidos al hijo mayor de edad. Producido el di-

vorcio con anterioridad a la mayoría de edad del hijo, si se mantiene la convivencia con uno de los padres, la norma habilita para decidir, en la modificación de medidas de divorcio, la citada pensión alimenticia, que sólo se extinguirá en los términos prevenidos en el art. 152 Cc.

23 RDCA-2012-XVIII

• **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

• **LEY APLICABLE**

S. APH 27 de abril de 2012

Hemos de tener en cuenta la norma de conflicto prevista en el art. 9-7 Cc. En el presente supuesto, la sentencia de divorcio, que fue dictada por el Juzgado número 1 de Jaca en julio de 1992, ya expresa que la demandada vivía en Córdoba, a donde se trasladó con su hijo, puesto que la anterior sentencia de separa-

ción de 1990 le atribuyó su guarda y custodia, según el convenio regulador, mientras que el apelante reside ahora en la provincia de Castellón. Así, todo da a entender que el alimentista, cuyo lugar de nacimiento no consta, tiene en este momento la vecindad civil común, conforme al artículo 14 del Código civil, por lo que, según el citado artículo 9.7, debemos aplicar la Ley de residencia habitual del alimentista, máxime cuando la Ley interna, concretamente, el artículo 69 CDFA no reconoce el mantenimiento de la obligación de los padres de costear los gastos de crianza y educación de los hijos mayores de edad cuando no sea razonable exigirles su cumplimiento y, en todo caso, cuando el hijo cumpla los veintiséis años.

62 RDCA-XIX-2013

• **LÍMITES LEGALES**

S. TSJA 15/2011, 30 de diciembre de 2011

La Sala recuerda el carácter excepcional del deber de los padres de costear los gastos de crianza y educación de los hijos tras su mayoría de edad o emancipación (Ss. 8/2009 de 2/9, 12/5/2010 y 11/2011, de 30/11). El límite legal de dicha obligación se encuentra en la finalización de la formación profesional en el tiempo normalmente requerido y no en la independencia económica y, en todo caso, con un límite final en los 26 años de edad. La realización de unos segundos estudios para una nueva capacitación profesional, diferente de la primera y de mayor nivel, aun iniciada con el consentimiento del padre recurrente, no entraña la obligación jurídica de éste hasta la independencia económica de la hija, sino que dicha obligación se da dentro de los límites legales del art. 69 CDFA.

15 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 16/2012, 16 de abril de 2012

La situación especial que resulta del art. 69 CDFA no es indefinida, puesto que terminará una vez que falte uno de los presupuestos que justifican la especialidad (que el hijo no haya terminado su formación y que, además, carezca de recursos propios), o en los demás casos pre-

vistos en el propio art. 69 (que ya no sea razonable su exigencia por haber transcurrido el tiempo normalmente requerido para la formación o que alcancen los 26 años). En tales casos termina la especial prolongación del deber de crianza y educación vinculado a la autoridad familiar, y a partir de ese momento queda salvo el derecho del hijo a reclamar por otro título: por la vía del régimen general de alimentos y previa acreditación de su situación de necesidad, no imputable a él o causada por su falta de diligencia.

27 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 20/2012, 9 de mayo de 2012

En el momento de presentación de la demanda ya se cumplía el presupuesto para la extinción de la obligación pues para entonces el hijo ya había cumplido la edad límite legalmente prevista de los 26 años de edad, que resulta insalvable salvo que se hubiera previsto, convencional o judicialmente, otro distinto. En definitiva, como habíamos dicho para supuestos similares de estudios de especialización, complementarios de cualquier otro tipo, oposiciones posteriores, etc., el deber de proporcionar formación profesional a los hijos no se prolonga de forma indefinida, ni hasta que los hijos alcancen la independencia económica, sino por el tiempo normalmente requerido para completar dicha formación, en todo caso con el límite de los 26 años de edad. Permanece, en todo caso, el derecho del hijo a reclamar alimentos (inciso final del art. 69.2 CDFA).

1 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 23/2012, 4 de julio de 2012

En la fecha de apertura del proceso la hija mayor tenía 25 años si bien al dictarse la sentencia de la Audiencia ya ha cumplido los 26 años, por lo que ha quedado extinguido el deber del padre de sufragar sus gastos de crianza y educación, conforme al art. 69 CDFA. El principio procesal de la «perpetuatio iurisdictionis», así como los principios de congruencia y rogación, no pueden ser contemplados de forma rígida en los procesos de familia en los que se ventilan derechos e intereses relativos a hijos menores de edad, pues durante el procedimiento se pro-

ducen modificaciones en la edad y condiciones de los hijos que resultan relevantes para la decisión a adoptar (art. 752.1 Lec.). Para decidir sobre el mantenimiento de la pensión hay que atender a la evolución de su formación. Antes de cumplir los 26 años había perdido el derecho a la pensión por haber concluido su formación académica.

31 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 4/2013, 5 de febrero de 2013

Si el hijo mayor de edad o emancipado no ha completado su formación y no tiene recursos propios, el art. 69 establece un doble motivo de término de la carga de los progenitores: que sea razonable exigir el cumplimiento de tal obligación, y que el tiempo empleado en obtener la formación profesional sea el normalmente requerido para completarla. Y, en todo caso, ordena el fin de la obligación cuando el descendiente alcance los 26 años de edad, con la única salvedad de que convencional o judicialmente se haya fijado una edad distinta. Extinguida esta obligación, que se ha mantenido sin solución de continuidad como derivada de la autoridad familiar perdida al llegar el hijo a los 18 años de edad, quedará la posibilidad de éste de instar la oportuna reclamación de alimentos de carácter general, como prevé el art. 69.2 CDFA en su inciso final.

5 RDCA-XIX-2013

- **MANTENIMIENTO, NO CONSTITUCIÓN EX NOVO**

S. TSJA 16/2012, 16 de abril de 2012

La norma del art. 69 CDFA permite el mantenimiento o prolongación de la obligación de sostenimiento vinculada a la autoridad familiar, a pesar de que tal autoridad familiar preexistente haya terminado por la emancipación o mayoría de edad del hijo, pero no permite su constitución ex novo si la prolongación del deber de sostenimiento no tuvo lugar al alcanzar el hijo la mayoría de edad, por su independencia económica.

27 RDCA-2012-XVIII

• **POR EL TIEMPO NORMALMENTE
REQUERIDO PARA COMPLETAR LA
FORMACIÓN**

S. TSJA 10/2016, 2 de marzo de 2016

En la interpretación del art. 69 CDFA se recuerda lo dicho en las SSTSJA 7/2015, 12/5/2010 y 8/2009. En el caso de autos ningún parámetro de normalidad con el que pueda ser comparada la historia académica de la hija ha sido aportado a los autos. La hija tiene 23 años en la actualidad y se halla en los últimos cursos del grado de enfermería, y durante sus estudios se ha producido una interminable serie de enfrentamientos con el padre por motivo de sus estudios, con continuos cambios de centro universitario en los que los realizaba, lo que ciertamente sirve de justificación para que el tiempo empleado en alcanzar la titulación no coincida con el número de años de estudio que exige el grado de enfermería según los planes académicos, lo que, por otra parte, la experiencia enseña que no es una situación que pueda ser tildada sin más de anormal sin tener en cuenta otros factores.

6 RDCA-XXIII-2017

• **PROCESO DE SEPARACIÓN O DIVORCIO:
LEGITIMACIÓN**

S. APZ 22 de junio de 2010

En lo que se refiere a la pensión de alimentos a los dos hijos, el juez de instancia la señala para uno de los hijos, pero no para la hija, pues aun reconociéndose a la madre legitimación para pedirla, no las pidió, de manera que si el padre no la paga voluntariamente, la parte contraria deberá solicitar más adelante modificación de medidas. Aun cuando el recurrente señala pensión para la hija, esta última no puede señalarse pues al convivir la hija con la madre, sólo la actora y no su marido puede reclamarla en el proceso matrimonial, ex art. 93-2 Cc. No solicitada ni por la madre ni por la hija dicha pensión no puede el tribunal obrar de oficio al tratarse de un derecho sometido al principio de rogación.

83 RDCA-2012-XVIII

• **RAZONABILIDAD**

S. TSJA 15/2014, 28 de marzo de 2014

El deber de sufragar los gastos de crianza y educación, que establecen los arts. 65 y concordantes del CDFA, no se condiciona a determinadas actitudes de los hijos hacia los padres ni a ninguna otra circunstancia. En el caso de que las relaciones entre padre e hija sean malas, o inexistentes, o de que la hija cometiera alguna falta de consideración hacia el padre, eso tampoco sería suficiente para establecer que no es razonable exigir el mantenimiento del deber de sufragar los gastos de crianza y educación. Pues sería preciso conocer las razones de las deficientes relaciones paterno filiales, de modo que sólo si obedecieran a un ingrato y caprichoso proceder de la hija, podría, en su caso, plantearse la irrazonabilidad de continuar con el pago.

10 RDCA-XX-2014

• **RÉGIMEN ESPECIAL DEL DEBER DE
CRIANZA Y EDUCACIÓN**

S. TSJA 16/2012, 16 de abril de 2012

El art. 69 CDFA establece un régimen especial de observancia de la obligación de los padres de costear los gastos de crianza y educación propios de la autoridad familiar, aun cuando los hijos hayan obtenido su emancipación o llegado a la mayoría de edad. Pese a ser mayor o emancipado, si se dan los presupuestos de la norma, se mantiene el derecho del hijo, y consiguiente obligación de los padres, de que éstos sufraguen su sostenimiento sin necesidad de acudir al régimen general de alimentos. El deber de los padres no cesa, sino que, sin solución de continuidad, sigue vigente a pesar de haber llegado el hijo a la mayoría de edad o de haber obtenido la emancipación. Tal regulación es claramente beneficiosa para los hijos porque, en lugar de tener que acudir al régimen más exigente general de alimentos, siguen disfrutando de modo ininterrumpido de la obligación de sostenimiento que deriva de la autoridad familiar.

27 RDCA-2012-XVIII

• **SUPUESTO DE HECHO**

S. TSJA 24/2013, 17 de junio de 2013

El supuesto de hecho base para la aplicación del art. 69 CDFA es el del hijo mayor de edad que se encuentra todavía en fase de completar sus estudios, en periodo de formación, situación habitual en la actualidad, situación en la que se considera que el hijo debe seguir gozando del estatus del menor y los padres deben seguir sufragando los gastos correspondientes, que son parte del deber de crianza y educación (art. 65.1.c), hasta que esa formación se ha adquirido (con el límite, salvo excepciones, de los 26 años). Cumplidos los 26 años o completada antes la formación, ya no se aplica el art. 69 CDFA, por lo que no resulta vulnerado si se mantiene la pensión al hijo ahora con fundamento en los arts. 142 y ss. Cc. al amparo del cauce procesal del art. 93.2 Cc.

29 RDCA-XIX-2013

GESTIÓN DE LOS BIENES DE LOS HIJOS

A. APZ (Secc. 2ª), 1 de febrero de 2011

El recurrente, amparado en el título constituido por la Sentencia de divorcio de los litigantes de 25 de julio de 2008, en concreto, en la cláusula segunda del convenio que aprueba, que atribuye la guarda y custodia del hijo a la madre y a ambos progenitores la autoridad familiar, solicitó en su demanda ejecutiva que se requiriese a la ejecutada para que repusiera en el plazo de siete días la suma de 6.000€ en la cuenta de Bankinter por ser propiedad y titularidad del hijo común, al haberla detraído sin consentimiento del ejecutante que fue quien realizó dicho depósito en la misma. Evidentemente, la Sentencia de divorcio no contiene pronunciamiento alguno sobre disposición de bienes del menor, sólo uno genérico de atribución de la autoridad familiar. No existe pues título judicial que ampare la pretensión deducida en este proceso. Como bien sostiene el recurrente puede tratarse la presente de discrepancias entre los progenitores sobre el ejercicio de la autoridad familiar, cuestión que no es materia de

ejecución de una Sentencia de divorcio. La parte recurrente tiene abierta la vía judicial para exigir la satisfacción de los intereses que invoca.

66 RDCA-XIX-2013

• **DISPOSICIÓN HASTA LOS 14 AÑOS**

S. APZ 30 de diciembre de 2010

A la edad de 14 años los menores de edad en Aragón carecen de representante legal, correspondiéndoles a ellos, y no a sus padres, efectuar los actos de disposición sobre sus propios bienes con la debida asistencia. Los padres, al no ser representantes legales de los hijos menores de edad y mayores de 14 años carecen de facultades para realizar actos de disposición sobre los bienes de los hijos, t. 13-2 Comp.

89 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 15 de junio de 2011

A la edad de 14 años los menores de edad en Aragón carecen de representante legal, correspondiéndoles a ellos, y no a sus padres, efectuar los actos de disposición sobre sus propios bienes con la debida asistencia. Los padres, al no ser representantes legales de los hijos menores de edad y mayores de 14 años carecen de facultades para realizar actos de disposición sobre los bienes de los hijos, art. 13-2 Comp.

14 RDCA 2011, XVII

• **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 administra-

ción 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

• *APTITUD DE LOS PROGENITORES*

S. TSJA 43/2013, 8 de octubre de 2013

Ha sido especialmente valorada la concurrencia en este supuesto de un elemento especial, como lo es el reparo que, previa constatación de los medios de acreditación practicados, ofrece el estado mental del padre. Para poder estar a la especialidad que comporta fijar custodia individual, no ofrece duda que un dato de fundamental relevancia y trascendencia lo es el estado mental o emocional de uno de los progenitores, permanente o no, siempre y cuando exista una alteración personal que pueda incidir de modo negativo en la correcta y mejor atención del menor. Sin que presente un trasfondo de tanta entidad como para considerarlo inhábil para el ejercicio de las responsabilidades que como padre le corresponde, existen alteraciones en su estado de ánimo de suficiente relevancia como para excepcionar la regla general de la custodia compartida.

49 RDCA-XIX-2013

• *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 actor en esta materia según las normas internacionales. 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

• *CARGA DE LA PRUEBA*

S. TSJA 13/2011, 15 de diciembre de 2011

El principio dispositivo propio del proceso civil queda atenuado en los procedimientos de familia en general, y de forma especial en los que se dilucidan cuestiones relativas a los menores, razón por la que se requiere específicamente la presencia e intervención el Ministerio Fiscal (art. 749.2 Lec.), pero tal atenuación no se dirige únicamente a propiciar la intervención de oficio de los tribunales sino a que a éstos les sean presentadas las pruebas en todo momento y por cualquiera de las partes y el Ministerio Fiscal (art. 52.1 Lec.). Así que no se aplican rígidamente los criterios de distribución de la carga de la prueba (art. 217 Lec.), y en la valoración de la misma hay que partir de la capacidad y aptitud de los progenitores para asumir la custodia compartida de sus hijos.

13 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 13/2012, 9 de abril de 2012

Es carga de cada una de las partes la aportación de los medios de acreditación de sus pretensiones y solicitar o no la práctica de informe pericial es cuestión que queda en el ámbito de su estrategia de defensa de pretensiones. La facultad de interesar o no la práctica de prueba pericial incluye la de renunciar a la práctica de la prueba pericial inicialmente interesada.

24 RDCA-2012-XVIII*S. TSJA 35/2013, 17 de julio de 2013*

La sentencia recurrida hace recaer la carga de la prueba sobre el demandante de la custodia compartida, ahora recurrente en casación, sin tener en cuenta la presunción legal a favor de la custodia compartida, siempre que exista aptitud de ambos progenitores. Capacidad y aptitud de los progenitores para asumir la custodia de sus hijos de la que hay que partir mientras no se pruebe lo contrario, como afirma la STSJA de 15 diciembre 2011.

41 RDCA-XIX-2013• **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 deriva de las necesidades

de éstos, ello no significa un trato discriminatorio de un padre respecto del otro.

43 RDCA-XXI-XXII-2015-2016• **CUSTODIA INDIVIDUAL DE UN PROGENITOR FRENTE A OTRO***S. TSJA 2/2014, 13 de enero de 2014*

Se rechaza el motivo de infracción procesal alegado porque no se aprecia que exista una valoración ilógica o irracional de la prueba practicada. Nos encontramos ante un supuesto de custodia individual de un progenitor frente a otro, pues ninguno de ellos solicita la atribución de custodia compartida ni ha sido considerada conveniente en la instancia. En la atribución de la custodia individual de un menor a favor de uno u otro de los progenitores no hay criterio preferente sino que los tribunales, valorando la prueba practicada, señalarán cuál de ellos debe ejercer dicha guarda y custodia. Para ello atenderán, evidentemente, a los factores señalados en el art. 80.2 pero no para exceptuar el régimen preferente de custodia compartida sino para valorar tales factores respecto a cada uno de los progenitores individualmente.

2 RDCA-XX-2014*S. TSJA 16/2016, 10 de junio de 2016*

En base a los informes periciales y al manifestado rechazo del niño, la sentencia recurrida acuerda la custodia individual de la madre (frente a la individual solicitada por el padre) por resultar más acorde al interés del menor, y este resultado probatorio, debidamente justificado, no puede ser alterado por las subjetivas apreciaciones de la parte recurrente, pues no se acredita que resulte arbitrario, irracional o ilógico, o claramente atentatorio contra el interés del menor. El interés del menor es el prevalente para establecer el sistema de guarda y custodia (por todas, STSJA 4/2016). En el presente caso, en el que se resuelve la petición de custodia individual de cada uno de los progenitores, la sentencia, valorando las difíciles circunstancias de la situación, opta por mantener la custodia de la madre teniendo en cuenta todas las circunstancias ya expuestas, como mejor forma de preservar el interés del menor.

13 RDCA-XXIII-2017

• **DERECHO DEL MENOR A SER OÍDO**

S. TSJA 34/2012, 19 de octubre de 2012

De los preceptos citados por el Ministerio Fiscal, en apoyo de su petición de nulidad de la sentencia recurrida por no haber sido explorada judicialmente una menor de 10 años de edad (arts. 12 de la Convención de derecho del niño, 9 de la LO 1/1996 y 6 del CDFA), se desprende la necesidad de que en los casos que indican los menores sean oídos y que su opinión sea tenida en cuenta siempre que tengan suficiente juicio, pero no cabe elevar a la categoría de derecho fundamental del niño la necesidad de ser explorado de forma directa por los tribunales en todos los casos, con la consecuencia de entender infringido el derecho a la tutela judicial efectiva en el supuesto de no hacerse así, pues no se deduce tal derecho absoluto de los indicados preceptos. La menor fue oída por los profesionales que la entrevistaron para elaborar sus informes periciales.

46 RDCA-2012-XVIII

• **DERECHO TRANSITORIO**

S. TSJA 17/2012, 18 de abril de 2012

En materia de guarda y custodia son dispares los principios inspiradores del Código civil y del Derecho aragonés. Ante la innovación introducida por la Ley 2/2010 respecto del régimen preferencial del Cc., la DT 1ª (6ª del CDFA) otorgó a la petición de custodia compartida el rango de causa de revisión de las medidas previamente adoptadas, incluso de mutuo acuerdo, respecto de la guarda y custodia. Este cauce de revisión permitía solicitar la custodia compartida en el plazo de un año desde su entrada en vigor paradas las medidas adoptadas con anterioridad sin necesidad de que se hubiera producido una alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta para su adopción. La revisión se permite porque en el régimen anterior la custodia compartida era excepcional y no se contemplaba como la más beneficiosa para los menores, a diferencia de la regulación actual.

28 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 41/2012, 19 de diciembre de 2012

Si no hubiera sido promulgada la Ley de Aragón 2/2010, de 26 de mayo, podría estimarse que se dieran los requisitos de identidad de sujetos, acción y hechos entre la sentencia dictada el día 21/3/2011, que no aplica dicha Ley, y la de 10/12/2011, por lo que habría sido posible la apreciación de existencia de cosa juzgada (art. 222 Lec.). Pero tal conclusión no es admisible ante la publicación de la citada Ley 2/2010 y a la vista de su DT 1ª. La revisión de las medidas adoptadas bajo la legislación anterior puede solicitarse durante un año desde el día en que entró en vigor la nueva ley, el 8 de septiembre de 2010. Por tanto, fue legítimo que el padre presentara nueva demanda para solicitar el nuevo enjuiciamiento de los mismos hechos y entre las mismas partes pero ahora con arreglo a la nueva legislación.

58 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 17/2013, 13 de marzo de 2013

La Sala, con cita de las Ss. de 18/4/2012 y 9/4/2012, recuerda que, según la DT 6ª CDFA, la mera solicitud de custodia compartida permitía solicitar la revisión de la medida de guarda y custodia en el plazo de un año para todas las adoptadas antes de la entrada en vigor de la ley 2/2010 (el 8 de septiembre de 2010) sin necesidad de que se hubiera producido una alteración sustancial en las circunstancias tenidas en cuenta para su adopción. Y añade que, de lo expuesto se deriva que, pasado el año de vigencia de la nueva regulación, deja de ser causa de revisión de las medidas acordadas la mera solicitud de custodia compartida: a dicha revisión, como a la de cualquier otra medida, le es de aplicación el precepto del art. 79.5 del CDFA. Por tanto, la norma contenida en la DT no establece un plazo preclusivo para ejercitar la pretensión de custodia compartida, sino que opera en el único sentido de excluir, en ese período de tiempo, la exigencia de que se acredite un cambio relevante de circunstancias.

20 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 42/2013, 3 de octubre de 2013

El importante cambio de régimen de custodia introducido por la Ley 2/2010 (custodia compartida como regla general) en relación al régimen anterior del Cc. (custodia individual) se aplica inmediatamente respecto de las situaciones de crisis de convivencia de los progenitores a partir de la entrada en vigor de tal Ley. Pero en atención a las medidas que pudieran haberse establecido al respecto en procedimientos anteriores se incluyó la posibilidad de que en el plazo de un año, a partir del día 8 de septiembre de 2010, los interesados pudieran instar el cambio de régimen de custodia individual anterior por el que ahora venía establecido en Aragón como preferente, la custodia compartida (DT 6ª), sin necesidad de que estuviera presente el cambio sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta cuando se fijó inicialmente el régimen, como exige con carácter general el art. 775 Lec. En ese año la solicitud de custodia compartida en vez de la individual era causa suficiente para justificar la petición de cambio.

48 RDCA-XIX-2013*S. TSJA 44/2013, 9 de octubre de 2013*

Sobre la interpretación de la DT se pronunció esta Sala en la sentencia de 13 de marzo de 2013, con cita de la de 18 de abril de 2012 (se transcriben dos párrafos). No se trataba, por lo tanto, de una revisión que automáticamente debiera concluir en la modificación de las custodias anteriores sino de una posibilidad sujeta a la valoración de los tribunales, sin necesidad de acreditar cambios sustanciales respecto de las circunstancias tenidas en cuenta en cada proceso.

50 RDCA-XIX-2013*S. TSJA 21/2016, 14 de septiembre de 2016*

La Sala recuerda el régimen transitorio previsto en la DT 1ª de la Ley 2/2010 (DT 6ª CDFA), que duró un año desde el 8 de septiembre de 2010, durante el cual fue posible solicitar la revisión de la custodia individual establecida con anterioridad siendo causa suficiente para ello el solicitar la custodia compartida, sin necesidad de

probar que se había producido una alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta al establecer la custodia individual. Pero transcurrido el plazo de un año de la citada DT, se requiere, conforme a los arts. 775 Lec. y 79.5 CDFA, una alteración de las circunstancias tenidas en consideración al acordar el régimen de custodia individual inicial que ahora se quiere cambiar (SSTSJA 3/10/2013 y 23/5/2014).

18 RDCA-XXIII-2017**• DOCTRINA JURISPRUDENCIAL***S. TSJA 13/2014, 13 de marzo de 2014*

El criterio preferente establecido por el legislador aragonés es el de la custodia compartida (art. 80.2 CDFA), como expresión del sistema que mejor recoge el interés de los menores salvo que la custodia individual sea más conveniente (STSJA 8/2/2012). Como consecuencia de lo anterior, siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias, la prueba deberá ser dirigida a acreditar que la custodia individual es la más conveniente y sólo entonces se otorgará (Ss. 18/4/2012, 27/11/2012). Desde el pleno respecto a los hechos probados, debe el TSJA examinar si en el caso concreto se ha protegido adecuadamente el principio del interés del menor, que es el principio rector en la interpretación de las normas relativas a la guarda y custodia, partiendo de que en la legislación aragonesa, a diferencia del Código civil, la custodia compartida es el sistema preferente, por ser el que mejor defiende el interés del menor. También el TS entiende que el régimen de custodia compartida salvaguarda mejor el interés de los menores (SS 29/4/2013, 19/7/2013).

8 RDCA-XX-2014*S. TSJA 15/2016, 9 de junio de 2016*

Ciertamente, el régimen de custodia compartida es el preferente y predeterminado por el legislador aragonés, según se establece en el art. 80.2 CDFA, lo que se hace en busca del interés del menor y en orden al pleno desarrollo de su personalidad. Pero el citado precepto permite que, en interés del menor, el Juez adopte

un sistema de custodia individual cuando sea más conveniente, atendiendo a los factores que el propio precepto señala, y motivando suficientemente las razones que conducen para establecer este régimen de guarda y custodia (en este sentido, SSTSJA 4/2012, 39/2012, 35/2013, 41/2013). El interés del menor es prevalente al momento de establecer el sistema de su guarda y custodia, siendo dicho interés un concepto jurídico indeterminado, que en cada caso es necesario determinar, evitando siempre eventuales arbitrariedades (STSJA 4/2016).

12 RDCA-XXIII-2017

S. TSJA 20/2016, 7 de septiembre de 2016

En reiteradas sentencias de esta Sala hemos puesto de relieve que el legislador aragonés ha establecido el régimen de custodia compartida como el preferente, que debe ser adoptado por el Juez competente, porque a través de este sistema se atiende más adecuadamente al interés del menor, asegurando la relación normalizada con ambos progenitores, de forma que tenga presente la figura paterna y materna en su ámbito de formación y sociabilidad (SSTSJA 22/2012, 1/2014, 11/2015, Preámbulo). Aunque el sistema establecido no es rígido, salvo en el mandato de atender siempre al superior interés del menor, recogido en normas generales y convenios internacionales de los que España es parte, el establecimiento de la custodia individual requiere que de la prueba practicada, a la que se refiere el art. 80.3, resulte claramente la preferencia en el caso concreto para la custodia individual de uno de los progenitores, y que se razone suficientemente acerca de esta prioridad. La decisión adoptada es revisable en casación para comprobar si los juicios de valor que llevan a adoptar la custodia individual se ajustan a las previsiones legales del art. 80.2 CDFA (STSJA 44/2013).

17 RDCA-XXIII-2017

S. TSJA 21/2016, 14 de septiembre de 2016

Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el carácter preferente de la custodia compartida en numerosas resoluciones (SSTSJA 13/2011, 4/2012, 39/2012, 35/2013,

etc.), pero siempre a salvo de que se acredite que la custodia individual salvaguarda mejor el interés del menor. La preferencia legal de la custodia compartida, como norma imperativa, y las consecuencias que de ello derivan para el establecimiento de la custodia individual se exponen, entre otras muchas, en las SSTSJA de 4/3/2014, reproducida en la de 17/9/2015, y 18/4/2012 que cita la de 9/4/2012. La doctrina jurisprudencial es aplicable a la toma de la decisión inicial sobre régimen de guarda y custodia, y lo fue también para la modificación del régimen de custodia anterior durante el plazo de un año de la DT 1ª Ley 2/2010, pero en la actualidad para la modificación del régimen de custodia anterior hay que acreditar que concurren circunstancias relevantes que aconsejan el cambio de custodia en interés del menor (art. 79.5 CDFA).

18 RDCA-XXIII-2017

• **EL ARRAIGO SOCIAL Y FAMILIAR DE LOS HIJOS**

S. TSJA 21/2013, 30 de abril de 2013

La mayor vinculación de los menores con la madre, fruto de la previa situación de convivencia de los menores con ella, no ha perjudicado la relación con el padre, que es muy buena, y permite ahora, pese a la oposición de la madre, un cambio al régimen de custodia compartida.

25 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 13/2014, 13 de marzo de 2014

La constatación de que la referencia para la estabilidad del menor es su madre —lo que resulta una evidencia tras vivir todo el tiempo con ella— y la posible alteración de su vida y costumbres por la adopción del régimen de custodia compartida, no justifican, por sí solas, el mantenimiento del régimen de custodia individual.

8 RDCA-XX-2014

• **EL CAMBIO DE RÉGIMEN OBLIGA A LA NECESARIA ADAPTACIÓN**

S. TSJA 31/2013 10 de julio de 2013

Sin duda, es notorio que el cambio de régimen lleva implícita alteración en los hábitos de

vida de los afectados, lo que obliga a la necesaria adaptación.

37 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 34/2013, 16 de julio de 2013

La custodia compartida es una medida personal que precisa de una inevitable adaptación del menor a un sistema previsto en su propio 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.

40 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 35/2013 17 de julio de 2013

Frente a la preferencia legalmente establecida a favor de la custodia compartida no cabe priorizar el mantenimiento del *statu quo* del menor. En los procesos de modificación de medidas pueden producirse cambios en la vida habitual de los menores para adaptarse a la nueva situación, pero ello resulta de la aplicación de la ley y deberá llevarse a cabo, con las medidas de prudencia y apoyos que en cada caso resulten necesarios, para la plena efectividad de la custodia compartida, que se constituye como una forma de ejercicio de la autoridad familiar y de los deberes de crianza y educación, en interés de los menores pero valorando el derecho a la igualdad y no discriminación entre los progenitores que la Constitución reconoce y ampara.

41 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 41/2013, 30 de septiembre de 2013

La Sala comprende que, en esta situación transitoria en la que se tramitan procesos de modificación de medidas en sentencias de separación y divorcio, pueden producirse cambios en la vida habitual de los menores para adaptarse a la nueva situación, pero ello resulta de la aplicación de la ley y deberá llevarse a cabo [...], como en la STSJA 35/2013, de 17/7].

47 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 44/2013, 9 de octubre de 2013

La custodia compartida supone cambios no desdeñables en la vida de las parejas y de sus hijos, debiendo los progenitores cuidar de que los mismos no afecten negativamente a sus hijos, pero sin olvidar lo dicho en la STSJA 27/11/2011 que se transcribe. Las relaciones familiares y sociales nacidas en la sociedad actual al amparo de realidades sociales distintas a las tradicionales resultan indudablemente complejas, y con tal perspectiva deben ser entendidas y enjuiciadas (art. 3.1 Cc.).

50 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 13/2014, 13 de marzo de 2014

En orden a juzgar si los cambios que se producen en la vida de los menores en el caso de modificar el régimen de custodia pueden ser razonablemente asumidos por ellos, lo relevante será, en aras a su derecho a la relación con ambos progenitores, comprobar los efectos de tales cambios. El punto de partida no ha de ser el mantenimiento de la vida cotidiana del menor, aunque se encuentre plenamente adaptado a la situación anterior, sino la facultad que el legislador ha otorgado al progenitor no custodio para incorporarse a la guarda y atención del hijo, mediante la custodia compartida (STSJA 27/11/2011). En otro caso se convierte la estabilidad en principio rector del interés del menor y ello no está así contemplado ni en nuestra legislación ni en nuestra jurisprudencia. La estabilidad de los niños si continúan a cargo de su madre (SSTS 19/7/2013, 12/12/2013) o la conflictividad entre los padres (SSTS 7/6/2013, 22/7/2011), como los demás factores de cambio que puedan afectar a los menores, sólo serán relevantes si perjudican el interés del menor.

8 RDCA-XX-2014

• EL RIESGO DE DESEQUILIBRIO DEL MENOR

S. TSJA 13/2016, 9 de mayo de 2016

Se establezca uno u otro sistema de custodia, el riesgo de desequilibrio de los menores inmersos en el proceso de ruptura de la con-

vencia de sus progenitores está siempre presente. Y en el supuesto actual el cambio de un sistema de custodia seguido desde la ruptura (año y medio antes de presentarse la demanda) a otro puede potenciar el desequilibrio. Como el psicólogo observa que la vinculación del menor con ambos progenitores es buena, no hay certeza de que el establecimiento de la custodia compartida pueda generar un desequilibrio de relevancia superior a la propia de la situación de cese de la convivencia.

10 RDCA-XXIII-2017

• *EXCLUSIÓN DE LOS PROGENITORES*

S. APZ (Secc. 2ª) 17 de enero de 2012

El artº 80. 6 CDFA excluye a uno de los progenitores de la guardia y custodia, tanto individual como compartida en los casos que indica. El precepto asume en Aragón lo establecido en el art. 92.7 Cc. pero exigiendo que se haya dictado resolución judicial motivada, que se constate la presencia de indicios racionales de criminalidad, de manera que no es suficiente la simple denuncia para provocar la exclusión de la custodia compartida o de la individual. En el presente supuesto la recurrente ha sido condenada como autora de un delito de lesiones en el ámbito familiar a la pena de 8 meses de prisión y de prohibición y comunicación con el recurrente de dos años, por sentencia de 15/9/2010 del Juzgado de lo penal nº 3 de Zaragoza confirmada por la sección 3ª de esta Audiencia provincial sentencia de 25/1/2011, se trata pues de un proceso penal incluido en el supuesto de exclusión de la guarda y custodia, no encontrándose extinguida la pena, en consecuencia procede confirmar la sentencia en este apartado.

73 RDCA-XIX-2013

• *FACTORES PARA EXCEPCIONAR LA CUSTODIA COMPARTIDA*

S. TSJA 13 de julio de 2011

La parte recurrente sostiene que la sentencia recurrida infringe el art. 6 Ley 2/2010, que ordena al Juez adoptar de forma preferente la

custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente; y el art. 2-2 de la citada Ley en cuanto dispone que toda decisión o resolución que afecte a los hijos menores de edad se adoptará en atención al beneficio o interés de los mismos. En Primera Instancia y en atención a las pruebas periciales practicadas se acuerda la custodia individual de la madre; decisión que se revoca en apelación acordando la custodia compartida, sin fundarse en argumentos de una mayor conveniencia para el interés del menor; por ello la AP ha infringido los mencionados preceptos legales ya que en el presente caso la custodia individual de la madre, atendiendo a la prueba pericial y a la edad del hijo (2 años) es más conveniente.

16 RDCA 2011, XVII

S. TSJA 30 de septiembre de 2011

La custodia compartida es el régimen preferente predeterminado por el legislador. Se aplicará esta forma de custodia siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin, y no concurran otros elementos que hagan más conveniente la custodia individual, atendido el interés del menor. Uno de los elementos a valorar, es la aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos. Ambos progenitores pueden ejercer, en forma compartida, la guarda y custodia, siempre que de los autos resulte su aptitud, idoneidad y voluntad para su ejercicio. De la prueba practicada, resulta que «el padre permanece sin trabajar, adoptando una actitud pasiva en todo lo referente al cuidado y atención de la menor»; en razón de ello, se ha de excluir la custodia compartida y atribuir la a la madre, quien ha adoptado una actitud comprometida con la atención de la hija y su educación.

18 RDCA 2011, XVII

S. TSJA 13/2012, 9 de abril de 2012

El haber superado las edades más tempranas que podrían aconsejar que los hijos vivieran de modo permanente en un solo domicilio y que fuera uno solo de los progenitores quien los tuviera de modo permanente bajo su custodia, el

que no tengan menor arraigo con la familia del padre que con la de la madre, así como la opinión de los menores favorable a vivir tanto con su padre como con su madre, lo que constituye un dato esencial, son factores que, en el caso, no permiten excepcionar la preferencia legal por la custodia compartida. Tampoco se acredita que la distancia que separa la casa del padre de la de la madre constituya una circunstancia especial que condicione el modo en que debe ser establecida la custodia compartida.

24 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 24/2012, 5 de julio de 2012

Las sentencias de instancia razonaron la adopción de la custodia individual en atención a los factores contenidos en los apartados a) a f) del art. 80.2 CDFA y, entre ellos, previa percepción directa de los medios de prueba concluyeron con la prevalencia de algunos de tales factores sobre los otros, dentro del ámbito que la decisión jurisprudencial de instancia comprende.

33 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 27/2012, 24 de julio de 2012

La valoración de la prueba (pericial y exploración judicial de la menor) se ajusta a lo establecido en el art. 80.2 CDFA, y tiene en cuenta los factores referidos a las edades de los hijos y a la opinión expresada por la mayor de ellos (nacida en 2002), que tenía suficiente juicio al tiempo de ser explorada. Una vez adoptada una decisión sobre la hermana mayor, es de aplicación el principio de no separación de los hermanos (art. 80.4). Los factores del art. 80.2 CDFA han de ser ponderados por el tribunal sentenciador, quien habrá de explicar las razones que conducen a una decisión, teniendo en cuenta, dentro del ámbito de discrecionalidad que corresponde a los tribunales de instancia, el conjunto de circunstancias y considerando el preferente interés de los hijos menores.

37 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 28/2012, 24 de julio de 2012

Tras recordar los criterios exegeticos de la Sala para la aplicación del art. 80.2 CDFA, en-

tiende la Sala que la Audiencia ha realizado una detallada valoración de la prueba al amparo del art. 80.2 en sus apartados c), referente a la opinión de los hijos siempre que tengan suficiente juicio, y d), en el extremo que alude a la aptitud de los progenitores para asegurar la estabilidad de los menores. Y a partir de esos hechos declarados probados en la sentencia de apelación, la Audiencia concluye que en el supuesto enjuiciado concurren circunstancias que aconsejan como más conveniente para el interés del menor el mantenimiento de la custodia individual a favor de la madre, de modo que esta Sala no advierte infracción alguna del reiterado art. 80.2 CDFA.

41 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 30/2012, 20 de septiembre de 2012

La conflictividad existente entre los progenitores es una circunstancia que puede dificultar el normal desarrollo de las relaciones familiares, pero tanto en custodia compartida como en custodia individual. Por ello el enfrentamiento entre los padres no constituye un argumento que permita rechazar por sí solo la custodia compartida, salvo que se den circunstancias excepcionales. La corta edad del menor (nacido en 2009) es el primero de los factores del art. 80.2 CDFA pero no resulta por sí sola determinante para rechazar la custodia compartida, sin otros factores adicionales que impongan una especial atención por parte de la madre y no concurren pues el niño acude ya a la guardería. Los horarios laborales de los padres, así como la escasa concreción del padre para determinar la organización cotidiana del cuidado del menor, sin delegar en terceras personas, tampoco resultan concluyentes en el caso para descartar la custodia compartida.

43 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 29/2012, 25 de septiembre de 2012

La corta edad del niño (3 años en 2011) es un hecho que, por sí solo, no es ni puede ser suficiente para obviar el criterio preferente de la Ley, de acuerdo con lo que la Sala ha proclamado en las sentencias citadas. Que el proceso de

adaptación a la escuela en el que el niño se encuentra no se vea favorecido por el cambio semanal de domicilio tampoco es bastante para excluir el régimen preferente, si bien parece más adecuada la alternancia bisemanal o quincenal.

42 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 38/2012, 22 de noviembre de 2012

La decisión favorable a la custodia individual de la madre no se basa solo en las mejores posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de la madre (art. 80.2.e CDFA) sino, además, en la edad de los hijos (80.2.a) que aconseja mantener determinados hábitos favorecedores de su estabilidad física y emocional y, fundamentalmente, en el informe pericial psicológico (art. 80.3) y en la opinión de la hija mayor (80.2.c). La expresión de la sentencia («no existen motivos que justifiquen que es más beneficiosa la custodia compartida»), tras la amplia explicación de las pruebas tenidas en cuenta, debe ser entendida en el correcto sentido de que, a la vista de las mismas, la custodia individual aparece en este caso como más beneficiosa.

53 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 41/2012, 19 de diciembre de 2012

La exposición contenida en la sentencia recurrida no recoge que existan motivos, conforme a los criterios ordenados en el art. 80 que, de modo claro, concreto, terminante y deducidos de datos contrastables, permitan alterar el establecimiento preferente legalmente previsto de la custodia compartida. No existe así expresión concreta suficiente sobre los motivos legales que permiten excepcionar el establecimiento de la custodia compartida ordenada por el legislador, por lo que infringe el art. 80.2 CDFA al haber establecido la custodia individual a favor de la madre.

58 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 43/2012, 21 de diciembre de 2012

La custodia individual a favor del padre ha sido reconocida y correctamente valorada en

las sentencias de instancia como la más conveniente para el interés del menor, dadas las relevantes carencias advertidas en el entorno materno, que no han sido corregidas, y la necesidad que tiene el menor de unas atenciones superiores a las normales, que su padre le puede prestar. Con esta conclusión, que resulta de la prueba practicada, la custodia individual a favor del padre no puede quedar desplazada por la custodia compartida, sobre cuya eventual aplicación al menor no razona en modo alguno la parte recurrente.

60 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 3/2013, 18 de enero de 2013

Lo decisivo no es la aptitud de los progenitores, en abstracto, para el cumplimiento de sus deberes como tales, sino el interés del menor. Es decir, cuando las circunstancias concurrentes en un caso concreto determinen que el interés del menor aconseja la exclusión de la regla general (custodia compartida) así se acordará. En el caso que nos ocupa la conflictividad es de tal intensidad que puede tener una relevante influencia negativa en el interés del menor, puede y debe ponderarse como un factor más a tener en cuenta en punto a la decisión sobre el régimen de custodia. La sentencia se ha apoyado también en el informe psicológico donde a su vez se ha acogido la opinión de la niña. En suma, no se aprecia infracción alguna del art. 80.2 CDFA.

3 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 18/2013, 25 de marzo de 2013

El TSJA reproduce la doctrina jurisprudencia sobre la aplicación del art. 80.2 y la preferencia del sistema de custodia compartida que sistematiza en la S 4/2012, de 1 de febrero. Y añade que la aptitud como padre no es el único elemento que ha de ser tomado en consideración para resolver litigios sobre la guarda y custodia de los hijos. Cabe que un progenitor reúna condiciones para el ejercicio de la guarda y custodia y sin embargo, concurren otros factores que lleven al tribunal a la convicción de que en este concreto su puesto conviene mejor al menor la custodia individual. En tal caso, el art.

80.2 impone al juzgador que así lo acuerde. La decisión finalmente adoptada en este caso se apoya en la preferencia manifestada por la niña de once años de edad y en el informe pericial. En suma, ha primado el interés de la menor, que en el caso coincide con el mantenimiento de su *statu quo*; con su estabilidad.

22 RDCA-XIX-2013

S. APZ (Secc. 2ª), 23 de julio de 2013

Ninguno de los progenitores era partidario de la separación de ambos hermanos. El informe psicológico es favorable a la custodia individual materna, es obvio, que la guarda y custodia compartida por meses residiendo la madre en X a 60 km de Zaragoza lugar de residencia del padre, carece de contenido como acertadamente sostiene la Sentencia de instancia que, no obstante, separa a los hermanos infringiendo a nuestro juicio el Artº. 80.4 CDFA, por cuanto no hay causa justificada para ello. Son perfectamente acogibles las razones que tanto el informe psicológico como el social exponen para que los dos menores puedan residir con su madre en la localidad de X (...) y la exploración judicial del menor M, de 8 años de edad, practicada en esta instancia, viene a corroborar las impresiones del informe pericial, dicho menor, que mantiene muy buena relación con ambos progenitores, echa de menos a su hermana y verbaliza un deseo sincero de residir con ella y su madre, (...). Es por ello, que la custodia individual materna se revela lo más favorable y adecuado para el interés de ambos menores, revocándose la Sentencia apelada.

50 RDCA-XX-2014

S. TSJA 38/2013, 25 de julio de 2013

La Sala de apelación ha concluido razonablemente que en el caso enjuiciado el mantenimiento de la custodia individual resulta más beneficioso para el menor que la adopción de la custodia compartida solicitada por el actor. Y dicha conclusión 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—, de la falta de independencia del demandante respecto al núcleo familiar al

residir en casa de sus padres en compañía de un hermano —art. 80.2.f CDFA—, de la inexistencia de una previa convivencia del padre con el menor, que ha estado al cuidado de la madre desde su nacimiento —art. 80.2.f— y, por último, en atención a la opinión manifestada por el niño. Se trata, además, de la modalidad de custodia recomendada en los tres informes emitidos por especialistas.

44 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 41/2013, 30 de septiembre de 2013

Dice el voto particular: Sensatamente, el art. 80.2 no enumera ni tasa las excepciones, ni da indicaciones sobre qué circunstancias de qué entidad constituyen inconvenientes para acordar la custodia compartida. Ni siquiera los factores a los que ha de atender el juez y que se relacionan en el precepto son exhaustivos, ya que en la letra f) se alude a «cualquier otra circunstancia» de especial relevancia. Esto es algo completamente lógico, pues sólo el juez, ponderadamente y atendiendo a cada caso concreto, puede decidir qué es lo más adecuado. Cabe, incluso, que circunstancias análogas afecten de distinto modo a un menor que a otro, en función de la personalidad de éste, para lo que será de especial trascendencia la valoración de la prueba pericial. (Se reitera en el voto particular la S. 44/2013, de 9 de octubre).

47 RDCA-XIX-2013

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 FUNDAMENTO DE LA CUSTODIA INDIVIDUAL**

S. TSJA 31/2013, 10 de julio de 2013

Partiendo de la imposibilidad de practicar en este procedimiento y recurso de casación nueva valoración de la prueba ya tenida en cuenta en la instancia, debe, sin embargo, ser reconsiderada la conclusión que, al tiempo de aplicación de la normativa, hizo la sentencia recurrida ante el acervo probatorio presente. Junto a las acreditaciones fácticas tomadas en consideración hay otras de suma relevancia como la capacidad de ambos progenitores para ostentar la guarda y custodia del menor y satisfacer sus necesidades, la proximidad de los domicilios de los padres, la vinculación afectiva de la hija con ambos padres y la existencia de una hermana por parte de padre de 2 años de edad que convive con el padre y su esposa. Ante tal concurrencia de hechos sustentadores de la custodia compartida no se constata que haya factores (la opinión de la hija, las relaciones entre los implicados) suficientes para excepcionarla y acordar la custodia individual como ha hecho la sentencia recurrida.

37 RDCA-XIX-2013*S. TSJA 33/2013, 12 de julio de 2013*

Tanto el Juzgado como la Audiencia tuvieron en cuenta todas las circunstancias concu-

rrerentes, tanto antes como después, incluso, de que se hubiera iniciado el procedimiento judicial. Así, se valoraron la consideración del informe pericial de producir efecto positivo la custodia compartida; la mejor posibilidad de relación con el entorno paterno y con el hermano por parte del padre; la polarización de la menor hacia la figura materna; las incidencias creadas por la resistencia de la madre al cumplimiento de lo acordado; etc. Y fue en atención a este conjunto de factores concurrentes favorables a la custodia compartida a los que se terminando mayor relevancia que a la opinión de la menor favorable a la custodia individual de la madre.

39 RDCA-XIX-2013*S. TSJA 34/2013, 16 de julio de 2013*

La escasa edad y madurez de los menores —de 9 y 10 años de edad— no permite atribuir a su opinión favorable a la custodia individual de la madre el carácter determinante que se le otorga en la instancia, a falta de razones adicionales que así lo aconsejen. Dado que los padres reúnen condiciones y aptitudes suficientes para asegurar la estabilidad y cuidado de los hijos, hay que concluir que no se han expresado razones suficientes para justificar el desplazamiento del tipo de custodia preferente legalmente previsto. Procede estimar este motivo del recurso y casar la sentencia recurrida.

40 RDCA-XIX-2013*S. TSJA 36/2013, 18 de julio de 2013*

El razonamiento y la conclusión de la STSJA de 27 noviembre de 2011 respecto a la infracción del art. 80.2 CDFA, resultan de aplicación al presente supuesto pues la constatación de que la principal referencia de la menor es su madre —lo que resulta una evidencia tras vivir todo el tiempo con ella— y la alteración de la vida y costumbres del menor por la adopción del régimen de custodia compartida, no justifican, por sí solas, el mantenimiento del régimen de custodia individual. Tampoco el nivel de conflictividad entre los progenitores resulta de tal entidad que pueda justificar el cambio del criterio legal preferente de la custodia compartida. Ni lo justifica tampoco el resultado de la

exploración de la menor. No se encuentran otras razones que justifiquen la modificación del criterio legal, partiendo de la aptitud, interés y capacidad de ambos progenitores. Ha lugar al recurso. Voto particular.

42 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 1/2014, 10 de enero de 2014

Ni la dificultad de conciliación de la vida laboral y familiar ni las conclusiones del informe de la psicóloga aparecen como elementos de juicio suficientes para obtener la consecuencia jurídico legal de contrariar el régimen de custodia compartida ordenado en el art. 80.2 CDFA. Lo que resulta de los hechos probados es que el padre tiene estabilidad laboral, dos viviendas disponibles, apoyo familiar, interés evidente en el cuidado de la niña, y ésta está bien adaptada a su entorno y situación familiar. Voto particular.

1 RDCA-XX-2014

S. TSJA 13/2016, 9 de mayo de 2016

Que el niño tenga seis años no es un dato que por sí solo pueda determinar la exclusión de la custodia compartida, ya que es una edad que permite, sin duda, la convivencia por periodos alternos. El hecho de que los padres no vivan en un mismo núcleo urbano (la distancia entre sus domicilios es de unos 15 km) tampoco parece que sea de especial relevancia, menos cuando el traslado de la madre con el hijo al lugar donde vive el padre es continuo por motivos laborales. El horario laboral del padre parece correcto para poder atender al niño. Que la familia extensa del padre viva a una hora de distancia, no es tampoco factor de trascendencia. El informe pericial no considera la custodia compartida como el mejor sistema de vida del menor, al suponer el cambio un factor generador de desequilibrio en el niño, y aconseja que quede bajo la custodia de la madre; pero la decisión sobre la custodia no corresponde tomarla al perito psicólogo, sino al tribunal, una vez valoradas convenientemente sus conclusiones; el riesgo de desequilibrio de los menores inmersos en el proceso de ruptura de la convivencia de sus progenitores está siempre presente.

10 RDCA-XXIII-2017

S. TSJA 20/2016, 7 de septiembre de 2016

La Audiencia extrae como consecuencia del informe pericial que la menor presenta un deseo de compartir más tiempo con su padre y del resultado de la exploración judicial valora que la menor presenta una buena relación con ambos progenitores, pero mantiene el sistema de custodia individual a favor de la madre, siendo que concurren los requisitos establecidos en la norma para fijar un sistema de guarda y custodia compartida, que es el preferente en la norma aragonesa, sin que los posibles obstáculos que se esgrimen para la inaplicación de ésta tengan relevancia en el caso para concluir aplicando la excepción. La alegada gran alteración emocional de la niña, las dificultades de adaptación a la custodia compartida, no pueden servir para priorizar el mantenimiento del «statu quo» frente a la preferencia legalmente establecida a favor de la custodia compartida (STSJA 35/2013, STS 166/2016). Hay voto particular.

17 RDCA-XXIII-2017

• FALTA DE MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA

S. TSJA 48/2013, 15 de noviembre de 2013

La sentencia recurrida se limita a asumir el informe pericial según el cual el reparto por días alternos no resulta el más beneficioso para el menor, pero omite toda explicación sobre la procedencia de acordar otro reparto de tiempo, cuestión, no accesoria sino muy relevante, planteada por el padre. Y expresa, además, que cabe que concurren otros factores que, pese a que los progenitores reúnan las condiciones adecuadas para la custodia, lleven al tribunal a la convicción de que conviene más la individual. Pero no da razón alguna de cuáles son, en este caso concreto, tales factores. Porque lo que argumenta con anterioridad justifica, exclusivamente, que no se acepte la custodia compartida por días, pero no, en absoluto, que no se acepte la custodia compartida con otra distribución del tiempo (estancias más prolongadas con cada progenitor). Por ello, y en aplicación de la doctrina que ha quedado expuesta, resulta obli-

gada la estimación del motivo. La Sala acuerda la guarda y custodia compartida por períodos semanales completos (de domingo a domingo).

55 RDCA-XIX-2013

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, 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.

30 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• FUNCIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

S. TSJA 45/2013, 14 de octubre de 2013

Para la correcta resolución del recurso de casación debemos partir necesariamente del sustrato fáctico que resulta de la sentencia de instancia, debiendo limitarse el Tribunal de casación a la revisión de la valoración jurídica de los hechos, a la subsunción de los mismos en la norma sustantiva (art. 80.2) que se invoca como infringida. Con cita de la STS de 28/6/2012, se dice que es cierto que los hechos, además de reconstruidos o fijados en el proceso —*quaestio*

facti—, tienen que ser puestos en relación con el precepto del que constituyen supuesto, con el fin de identificar su significación jurídica y, por lo tanto, de determinar si reúnen o no las notas que los convierten en relevantes desde tal punto de vista —*quaestio iuris*—. También es cierto que los hechos declarados probados, intocables como tales en casación, quedan sometidos a determinados juicios de valor que aportan criterios para su subsunción en la norma de que se trata y que el control de éstos no queda fuera de casación.

51 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 11/2014, 17 de febrero de 2014

La parquedad de la referencia al informe valorado por la resolución, así como la omisión de cita de los informes psiquiátrico y psicológico obrantes en las actuaciones, exige valorar ahora su contenido, no para determinar los hechos acreditados y resolver en sede casacional como si de una sentencia de instancia se tratara, pero sí dentro de la función que corresponde a esta Sala de valorar si la sentencia fue ajustada a la norma de aplicación y, dentro de este marco competencial, si se atuvo a la necesidad legalmente exigida de estar a circunstancias jurídicamente tan relevantes como para producir la consecuencia de excluir el régimen de custodia compartida. Hecha esta valoración, la Sala niega que la relevancia del informe valorado por la resolución impugnada pueda ser considerada de tal especialidad como para, dentro de la posibilidad del art. 80.2.f CDFA, excluir el régimen preferente de custodia compartida. Voto particular.

5 RDCA-XX-2014

S. TSJA 12/2014, 4 de marzo de 2014

La parte recurrente no interpone motivo por infracción procesal, como pudo hacerlo, de modo que las referencias a la valoración de la prueba practicada en autos no pueden ser objeto de consideración por esta Sala. El recurso de casación tiene una función preferentemente nomofiláctica, como control de la aplicación correcta del ordenamiento jurídico sustantivo y para la fijación de jurisprudencia,

de modo que no resulta posible en el ámbito de este recurso extraordinario realizar una nueva valoración de la prueba o sustituir la fijación de los hechos realizada por la Audiencia Provincial, puesto que el recurso de casación constituye un nuevo grado de jurisdicción pero no una tercera instancia (transcribe, en este sentido, STS 15/1/2014). Siendo así, es necesario partir de los hechos que la sentencia impugnada considera acreditados.

7 RDCA-XX-2014

S. TSJA 13/2014, 13 de marzo de 2014

El Tribunal Supremo considera ajustado a la función casacional revisar el modo de aplicación del principio de protección del interés del menor por los tribunales de instancia mediante el enjuiciamiento en esta sede del ajuste de sus resoluciones al interés del menor. La revisión en casación de los casos de guarda y custodia sólo puede realizarse (...) si el juez a quo ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre (SS TS 21/7/2011, 22/7/2011, 9/3/2012, 31/1/2013). El fin último de la norma (art. 92 Cc.) es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este. El interés del menor constituye una cuestión de orden público que se impone a los jueces y tribunales, según establecen los arts. 53 CE y 5 LOPJ, y obliga a esta Sala a tomar las decisiones adecuadas para su protección (SSTS 31/1/2013, 11/2/2011, 25/4/2011).

8 RDCA-XX-2014

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

S. TSJA 13/2016, 9 de mayo de 2016

Sin modificar las conclusiones probatorias obtenidas por la sentencia recurrida ni el margen de discrecionalidad de la Audiencia Provincial (cosa que sólo puede hacerse por el Tribunal de casación en casos excepcionales), la competencia de la Sala se dirige a determinar si la sentencia recurrida es ajustada a derecho o si, por el contrario, ha infringido la norma de aplicación, complementada con la jurisprudencia a observar en cada caso. Debe estudiarse y resolverse si la sentencia recurrida ha cumplido la orden legal de establecer preferentemente la custodia compartida, salvo que existan motivos relevantes que aconsejen otro tipo de cuidado del menor; y procede valorar también si el ámbito de discrecionalidad reconocido al Tribunal de instancia ha respetado el marco en que puede desenvolverse conforme a la legislación aragonesa: el art. 80.2 CDFA extrae del ámbito de discrecionalidad de la autoridad judicial la custodia que preferentemente procede establecer. Si la sentencia recurrida no expone razones fundadas en hechos probados que justifiquen la presencia de motivos de relevancia para excluir la custodia compartida, infringe el art. 80.2 CDFA y debe ser casada. Hay voto particular de dos magistrados.

10 RDCA-XXIII-2017

S. TSJA 15/2016, 9 de junio de 2016

La función de la casación no es de tercera instancia, sino de control de la aplicación del derecho a la cuestión de hecho, que es incólume en casación. Desde esta perspectiva la sentencia impugnada, que respeta el criterio preferente y justifica su opción por considerar la custodia individual para la madre —atendidas las circunstancias concurrentes— más adecuada al interés del menor, en modo alguno vulne-

ra el art. 80.2, sin que la Sala aprecie atisbo de irracionalidad o arbitrariedad en tal decisión. El examen completo de la argumentación, sin sacar de contexto una sola frase («la prueba practicada ha puesto de relieve razones más profundas que permiten concluir que la custodia individual resulta ser en este caso más conveniente para el interés del menor», frase que podría servir para casar por razón de arbitrariedad o falta de motivación), revela que el tribunal provincial no ha pretendido excluir la motivación sobre las verdaderas razones de la decisión, sino valorar como relevantes, y no nimias, las discrepancias del menor con el estilo educativo que ejercía su padre.

12 RDCA-XXIII-2017

• **IMPERATIVIDAD DE LA NORMA DEL ART. 80.2 CDFA**

S. TSJA 13/2016, 9 de mayo de 2016

La preferencia legal por la custodia compartida del art. 80.2 CDFA es norma imperativa que vincula al Juez. Así, cuando debe tomarse la decisión judicial no se está ante la posibilidad de valorar discrecionalmente y partiendo del vacío legal sobre cuál sea el régimen de custodia que la autoridad judicial puede establecer. En Derecho aragonés el juez parte de una primera valoración, hecha por el legislador, de que el interés del menor debe dar lugar, *prima facie*, a la fijación del régimen de custodia compartida. Cabe, pese a ello, que la autoridad judicial considere que en el caso concreto está presente algún motivo que justifica hacer salvedad del régimen de custodia compartida y fijar la custodia individual. Para llegar a tal conclusión debe ponderar los presupuestos que el texto legal expone a continuación o cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia, así como valorar los informes periciales obrantes en autos. La exclusión de la preferencia legal exige valorar detenidamente la prueba practicada y llegar a la conclusión debidamente justificada de que existen las razones relevantes exigidas por el 80.2 para poder establecer la custodia individual. Hay voto particular.

10 RDCA-XXIII-2017

• **INFORMES DE ESPECIALISTAS**

S. TSJA 41/2013, 30 de septiembre de 2013

El art. 80.3 CDFA únicamente previene al juez para recabar informes de especialistas, por lo que no constituye propiamente norma sustantiva que pueda entenderse vulnerada por la decisión que se adopta sobre la guarda y custodia, y susceptible de sustentar un recurso de casación.

47 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 12/2014, 4 de marzo de 2014

El art. 80.3 CDFA no constituye una norma de carácter sustantivo, sino adjetiva o instrumental, en cuanto permite al juez utilizar y valorar determinados medios probatorios de relevancia para que pueda adoptar una decisión conforme a derecho.

7 RDCA-XX-2014

S. TSJA 13/2016, 9 de mayo de 2016

Como ya se tuvo en cuenta en STSJA de 6/4/2015, el informe pericial es de relevancia indudable al tiempo de determinar si procede la exclusión de la custodia compartida, y así lo previene el texto legal y debe considerarlo el tribunal. Pero, como también se señaló en tal sentencia, la decisión sobre la custodia no corresponde tomarla al perito psicólogo, sino al tribunal. El ámbito técnico de la actuación pericial se circunscribe a la competencia propia del perito psicólogo, que excluye el conocimiento jurídico y, por tanto, la posible conclusión de cuál sea la custodia procedente conforme a lo legalmente ordenado. Por ello, la trascendencia de las conclusiones periciales debe ser convenientemente valorada por el tribunal, en su propio ámbito técnico para luego extraer el órgano judicial las consecuencias jurídicas que puedan derivar de la expertización realizada por el perito conocedor de la materia de que se trate.

10 RDCA-XXIII-2017

• **INFRACCIÓN DE LA PREFERENCIA LEGAL**

S. TSJA 41/2013, 30 de septiembre de 2013

Existe buena aptitud de ambos progenitores, que pueden conciliar su vida profesional con la laboral, para atender debidamente a la menor. La mayor vinculación de ésta con su madre no es suficiente para excepcionar al régimen preferente. La buena relación entre la hermana mayor y la menor no resulta jurídicamente afectada por la procedencia de la custodia compartida. Tampoco la situación de conflicto entre los padres puede ser argumento frente al establecimiento de la custodia compartida (art. 80.5). No existe así expresión suficiente sobre los motivos legales que permiten excluir el establecimiento de la custodia compartida ordenada por el legislador, por lo que se ha infringido el art. 80.2, e igualmente el art. 80.4 y 80.5 en cuanto se apoya en dichos preceptos para adoptar la custodia individual.

47 RDCA-XIX-2013

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 preferente 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

• **INFRACCIÓN DE LA PREFERENCIA LEGAL
POR ARGUMENTACIÓN INCORRECTA**

S. TSJA 39/2012, 27 de noviembre de 2012

Dice la Audiencia que «no se entiende la causa que pueda motivar su separación en estos momentos, alterando su vida cotidiana, en la que se encuentra plenamente adaptado, y que requiere pautas y rutinas estables». Esta argumentación revela que no se ha aplicado correctamente el art. 80.2 CDFA, y que ha sido infringido en la sentencia de instancia. El punto de partida no ha de ser el mantenimiento de la vida cotidiana del menor, aunque se encuentre plenamente adaptado a la situación anterior, sino la facultad que el legislador ha otorgado al progenitor no custodio para incorporarse a la guarda y atención del hijo, mediante la custodia compartida.

Los cambios en la vida habitual de los menores para adaptarse a la nueva situación resultan de la aplicación de la ley y deberán llevarse a cabo, con las medidas de prudencia y apoyos que en cada caso resulten necesarios, para la

plena efectividad de la custodia compartida. Se casa y anula la sentencia.

54 RDCA-2012-XVIII

• INTERÉS DEL MENOR

S. TSJA 7/2016, 17 de febrero de 2016

No hay vulneración del art. 80.2 al mantener la custodia individual a favor de la madre, porque la preferencia de la custodia compartida ha de establecerse siempre en interés del menor y la sentencia recurrida razona que ese interés sustenta el mantenimiento de la custodia de la madre, porque «el padre no podría asumir el cuidado y atención diarios de dos niños tan pequeños» y esta resolución, fundada en la valoración conforme a la sana crítica de la prueba pericial psicológica, estima el TSJA que no infringe el ordenamiento jurídico.

2 RDCA-XXIII-2017

• INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

S. APH 28 de enero de 2009

No son los intereses de los padres, sino el interés superior del menor el que siempre prevalece a la hora de atribuir la guarda y custodia sobre él.

20 RDCA 2011, XVII

S. TSJA 41/2012, 19 de diciembre de 2012

El interés general del menor es el tenido en cuenta por el legislador cuando en el art. 80 CDFA ordena que su mejor protección tendrá lugar mediante la custodia compartida, por lo que sólo en determinados casos concretos, y por las razones que expone la propia norma, puede excepcionarse. Pero no basta con su mera invocación general para posibilitar la fijación de uno u otro sistema de custodia, porque, por lo dicho, salvo concreción en sede jurisdiccional, conforme a las concretas circunstancias ordenadas en la ley, de que por tal interés procede la custodia individual, debe estarse al superior criterio legal de que, con carácter gene-

ral, es de mejor mención para el menor la custodia compartida, y no la individual.

58 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 15/2013, 11 de marzo de 2013

Aunque en el primer motivo de casación se alega infracción del art. 80 CDFA y en el segundo infracción del art. 76.2 CDFA, debe considerarse que este precepto no hace sino sentar un principio general ínsito en nuestro ordenamiento jurídico, de atención en todo caso al interés prevalente del menor. Principio general del que deriva la norma concreta de su desarrollo contenida en el art. 80.2 CDFA. Ante esta imbricación entre ambas normas, se considera más adecuado su tratamiento y estudio conjunto que artificiosamente separados.

18 RDCA-XIX-2013

S. APZ (Secc. 2ª) 19 de marzo de 2013

El informe psicológico recomienda mantener la custodia a favor de la madre y ampliar el régimen de visitas con el padre, solución que acoge el Juzgador de instancia, razonando los motivos de la desestimación de la custodia compartida interesada, que esta Sala asume plenamente, por entender que tal medida debe instaurarse solo en interés de los hijos, al margen de conveniencias o meros caprichos de los progenitores, implantándose la custodia individual cuando se revele más beneficiosa para ellos, como aquí ocurre (Art. 80 CDFA). En definitiva, estimándose que el interés de la menor queda plenamente amparado con las medidas adoptadas en resolución impugnada, procede desestimar el recurso y confirmar la misma en su integridad.

47 RDCA-XX-2014

S. TSJA 20/2013, 29 de abril de 2013

Cualquier decisión sobre establecimiento o cambio del régimen de custodia inicialmente establecido, supone un cambio al que deberá adaptarse el menor y comportará consecuencias siempre trascendentes para él, algunas favorables y otras desfavorables. Pero no por

ello cabe concluir apriorísticamente que deba mantenerse al niño de modo permanente en el régimen de custodia inicialmente establecido. Antes bien, el Tribunal debe valorar si en el caso concreto, atendidas las circunstancias específicas concurrentes, el cambio de régimen de custodia, puede realmente suponerle perjuicios tan superiores a los beneficios que lo hagan desaconsejable. Igualmente, en el establecimiento inicial el Tribunal ha de determinar el sistema más beneficioso, o menos perjudicial, para el menor.

24 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 44/2013, 9 de octubre de 2013

El régimen preferente de la custodia compartida recoge, por declaración legal, el interés del menor en orden al pleno desarrollo de su personalidad. También en la jurisprudencia del TS el interés del menor se erige en el principio rector en la interpretación de los preceptos del Cc. (señaladamente el art. 92): transcribe párrafos de la Ss. TS 823/2012, de 31 de enero de 2013 (la revisión en casación sólo puede realizarse si el juez a quo ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor; el interés del menor constituye una cuestión de orden público. Se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados... Este principio se impone a los jueces y tribunales, según establecen los art. 53 CE y 5 LOPJ, y obliga a esta Sala a tomar las decisiones adecuadas para su protección) y 495/2013, de 19 de julio: el interés del menor no se estima salvaguardado por la custodia individual sino por el mayor compromiso y la colaboración entre los progenitores, más allá de la rutina de una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos.

50 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 1/2014, 10 de enero de 2014

El aseguramiento de la mejor atención del interés del menor es sin duda principio general de orden público a valorar en cada caso STS 25 abril 2011). Ahora bien, no basta su mera invocación genérica para motivar de modo suficien-

te la decisión jurisdiccional de que se trate, sino que deben definirse las razones concretas por las que la mejor atención del niño requiere, en cada caso concreto, la adopción de unas u otras medidas determinadas. Además, en Derecho aragonés, a diferencia del Derecho común, el legislador, al tratar del régimen de custodia a establecer, ha definido que la custodia compartida tiene carácter preferente. En Aragón, la decisión primigenia sobre el régimen de custodia aplicable la ha tomado el legislador, en el sentido indicado, y de esa concreción legal explícita debe partir la decisión judicial. Por vía de excepción, en atención a los criterios que la norma establece, puede fijarse por autoridad judicial un régimen de custodia distinto de la compartida. Voto particular.

1 RDCA-XX-2014

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

• INTERPRETACIÓN DE LA LEY

S. TSJA 12/2014, 4 de marzo de 2014

La regulación aragonesa de la guarda y custodia de los hijos es de reciente promulgación y ha sido más tarde —en el año 2011— integrada en el texto refundido del Código Foral, de modo que no es preciso atender al canon sociológico de interpretación de la ley (conforme a

la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada: art. 3.1 Cc.), para realizar una correcta interpretación de la norma que, insistimos, permite en determinados casos un régimen de custodia individual de los hijos menores.

7 RDCA-XX-2014

• **LA CONFLICTIVIDAD ENTRE LOS PROGENITORES**

S. JPII Ejea n° 1, 25 de abril de 2013

En el caso que nos ocupa no concurren elementos suficientes que desvirtúen la aplicación de la regla general establecida en el Código de Derecho Foral. Es más, entiendo que la custodia individual a favor de cualquiera de los progenitores puede ser incluso perjudicial para el menor. En parte, como consecuencia de la confrontación existente entre los progenitores, puesto que la actitud revelada por ellos permite vislumbrar el riesgo de que, de atribuírseles la custodia individual a cualquiera de ellos, el progenitor custodio sucumba ante la tentación de erigirse en el triunfador de la contienda, entorpeciendo la relación entre los progenitores. Debe tenerse en cuenta que, cualquiera que sea el régimen que se establezca, los progenitores deberán mantener cierta relación y que, a la vista de la edad del menor, esta relación todavía debe prolongarse por muchos años. El régimen de custodia compartida, sin embargo, obligará a ambos a tener que reconocerse como iguales en el cuidado de su hijo menor.

58 RDCA-XX-2014

S. TSJA 36/2013, 18 de julio de 2013

Se reitera lo dicho en la STSJA de 9 de febrero de 2012 y se concluye que el nivel de conflictividad reflejado en la sentencia recurrida no resulta de tal entidad que pueda justificar el cambio del criterio legal preferente de la custodia compartida.

42 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 45/2013, 14 de octubre de 2013

Se alude en la sentencia impugnada a la nula relación y dificultad de comunicación

entre los padres tras la ruptura como factor relevante para acordar la custodia individual a favor de la madre. Sobre este particular la Sala de casación recuerda lo dispuesto en el art. 80.5 CDFA y añade que, en realidad, como señala la STS 22/7/2011, «las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Sólo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor». Y en el caso de autos no deben considerarse relevantes porque no consta que el aludido deterioro de relaciones afecte y perjudique el interés de la menor.

51 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 46/2013, 30 de octubre de 2013

La jurisprudencia de esta Sala ha considerado que el problema de la conflictividad existente entre los progenitores, no es por sí mismo óbice para el establecimiento de la custodia compartida —S 9/2/2012—, salvo que concurren circunstancias excepcionales como obstáculo insalvable para el normal desarrollo de las relaciones familiares que la norma pretende promover y regular —S 28/9/2012—. En el mismo sentido el TSJ de Navarra en S 23/10/2012, aplicando su derecho propio, ha mantenido que la fluidez en las relaciones personales de los progenitores no es presupuesto legal del régimen de custodia compartida, y no toda conflictividad representa un impedimento para adoptarla. Por su parte el TS, en aplicación de la regulación que efectúa el Cc., mantiene que las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida, convirtiéndose en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor (Ss 22/7/2011 y 9/3/2012).

53 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 11/2014, 17 de febrero de 2014

Ha sido reiteradamente señalado por el TS (por ej., S 29/11/2013) y por esta Sala (por ej., S 9/2/2012), que la relación entre los progenitores no tiene relevancia directa para determi-

nar uno u otro régimen de custodia. En el caso no se acredita que la conflictividad que se ha generado con el sistema de custodia individual vaya a verse agravada por el establecimiento de la custodia compartida; dice la sentencia sobre si la tensión entre los progenitores es causada por la actitud de uno de ellos o por ambos, y sobre todomás importante, nada recoge que permita entender que la deficiente relación entre los padres vaya a perjudicar a su hija por el hecho de establecerse el régimen preferente de custodia compartida.

5 RDCA-XX-2014

S. 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 19 de febrero de 2013

La única limitación existente, que es el hecho de que ambos progenitores residen en localidades distintas Valderrobres y Calaceite, no parece ser obstáculo para afrontar una custodia compartida, cuando ambas localidades distan entre sí apenas 20 Km., y como pone de relieve el informe pericial ambos cuentan con apoyo familiar disponible para hacer posible la conciliación de la vida laboral con el cuidado de las hijas, sin que la existencia de una relación conflictiva entre ambos progenitores y su progresivo distanciamiento puedan erigirse en causas justificadas para apartarse del criterio

legal precedente; lo que necesariamente conduce a desestimar el recurso y a confirmar íntegramente la resolución recurrida.

RDCA-XX-2014

S. TSJA 44/2013, 9 de octubre de 2013

Aunque los desplazamientos aparezcan como perjudiciales, la «deslocalización» de los niños por los cambios de domicilio no atenta contra el interés del menor ni es criterio que pueda servir para no aplicar la guarda y custodia compartida. Se cita la STSJA de 27/11/2011.

50 RDCA-XIX-2013

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 esta escolarizado en la localidad en la que vive con el padre; aun cuando no ha mucha distancia de la población en la que semana sí, semana no, tendría que vivir con la madre 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 27/2012, 24 de julio de 2012

La opinión de los menores, especialmente tenida en cuenta en este caso, resulta relevante a la hora de decidir sobre su forma de vida futura, aunque habrá de ser valorada juntamente con los demás factores que expresa el precepto citado. No es la voluntad que decide el litigio, ya que se trata de personas en formación, que conforme al art. 5 CDFA no tienen plena capacidad de obrar, pero esta expresión es un factor de relieve a la hora de adoptar la decisión.

37 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 34/2012, 19 de octubre de 2012

La opinión de las menores, recogida a través de los informes periciales, ha sido valorada en la sentencia de apelación como uno de los factores indicados en el art. 80.2 CDFA, que no lo señala como preferente sino como uno más de los que deben ser tenidos en cuenta ponderadamente por los tribunales para la adopción del régimen de custodia.

46 RDCA-2012-XVIII

S. JPII Ejea n° 1, 18 de enero de 2013

M fue escuchado por el que suscribe y por el MF. Pese a su edad, el niño respondió con claridad a lo que se le preguntaba, y manifestó también de forma clara su opinión. M dijo que vivía con su madre, y veía a su padre los fines de semana y en vacaciones. Esta situación le gustaba, y manifestó que prefería seguir así antes que pasar a estar la mitad del tiempo con

cada progenitor. La opinión del menor no es vinculante para el órgano judicial, pero el derecho del menor a ser oído (artículo 6 CDFA al que se remite el artículo 76.4) no debe interpretarse como un mero trámite formal ya que, en caso contrario, carecería de sentido. La opinión del menor, por lo tanto, debe ser un elemento que se tenga en cuenta a la hora de tomar la decisión. Además de este principio general de audiencia en todas las cuestiones que afecten al menor, el artículo 80.2.c CDFA contempla la opinión del menor como uno de los factores que debe ser tenido en cuenta a la hora de decidir si es más beneficiosa la custodia individual.

56 RDCA-XX-2014

S. APT 22 de enero de 2013

Frente a la afirmación del JPI que estima que, pese a su madurez, no puede ser la menor la que determine la procedencia o no de custodia compartida, porque con esa edad (10 años) ni tiene perspectiva, ni la experiencia ni el desarrollo suficiente para valorar adecuadamente las circunstancias y que es conveniente para ella la custodia compartida, ya que ha tenido una nueva hermana y es régimen que establece la Ley; la APT estima que, aunque el sistema establecido parte de la elección del sistema de custodia compartida como preferente, ello no es óbice para excluir tal predeterminación legal siempre y cuando, conforme a los propios criterios previstos en la norma, deba considerarse en un caso concreto que la custodia atribuida a un solo progenitor sea la mejor para el interés del menor, este es el caso que acontece en autos, ya que así lo refleja la opinión de la menor, los informes periciales que acreditan que la prevalencia del interés general del menor se satisface mejor con la custodia individual, ya que la menor no valora positivamente el hecho de tener una nueva hermana y tiene problemas de convivencia con la madrastra.

38 RDCA-XX-2014

S. TSJA 18/2013, 25 de marzo de 2013

No es cierto, como afirma el recurrente, que la decisión sobre el régimen de custodia se

haya dejado en manos de la menor. En efecto, la preferencia manifestada por una niña de once años de edad siempre ha de ser tomada con prudencia, pero es al juzgador a quien corresponde ponderar su capacidad y grado de discernimiento, que es lo que se ha hecho en el supuesto que examinamos. Sucede, además, que la decisión finalmente adoptada no solo se apoya en el manifestado deseo de la niña, sino también en el informe pericial, que recomiendan que aquella permanezca con su madre.

22 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 20/2013, 29 de abril de 2013

La corta edad del niño, que contaba con seis años cuando fue hecha la exploración, relativiza en gran medida el resultado de esta prueba.

24 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 21/2013, 30 de abril de 2013

La opinión de los menores, que cuentan 11 y 9 años de edad en la actualidad, debe ser valorada con prudencia. En este sentido esta Sala ha indicado que la opinión de los menores, especialmente en esta franja de edad, no es la voluntad que decide el litigio, ya que se trata de personas en formación, que conforme al art. 5 CDFA, no tienen plena capacidad de obrar, si bien es un factor de relieve a la hora de adoptar la decisión —STSJA de 24 de julio de 2012 y, en el mismo sentido, la de 25 de marzo de 2013.

25 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 31/2013, 10 de julio de 2013

No cabe concluir que una menor, con 10 años de edad, pueda reunir 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 cognitivo 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.

37 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 33/2013, 12 de julio de 2013

Entre los factores a tener en cuenta para acordar el sistema de guarda y custodia es sin duda de valorar la opinión manifestada por el propio hijo interesado y esta opinión será de gran relevancia por cuanto resulta indiscutible que contar con el parecer del menor, bien sea obtenido mediante exploración judicial, bien por otros medios de conocimiento, conducirá en todo caso a obtener la mejor resolución posible ante las situaciones de crisis de ruptura de convivencia entre progenitores que tengan hijos menores a su cargo. Ahora bien, la opinión del menor no es el único factor del art. 80.2 CDFA a considerar para decidir sobre la custodia, la opinión de los hijos es una cuestión de gran relevancia, pero no la única a valorar. En el caso, aunque la opinión de la hija es favorable a la custodia individual de la madre, valorada teniendo en cuenta las demás circunstancias concurrentes, se decide establecer la custodia compartida. La opinión del menor debe ser siempre observada con la debida atención para descubrir su auténtico valor, conforme a dicho en la STSJA 31/2013, de 10 de julio.

39 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 34/2013, 16 de julio de 2013

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 art. 80.2 CDFA» —S 24/7/2012—; se trata de «uno de los factores indicados en el art. 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 —S 19/10/2012—; 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 —S 1/2/2012—; finalmente, a mayor madurez, mayor relevancia de la opinión expresada por el menor, especialmente de los mayores de 14 años —Ss 16/10/2012 y 12/3/2013, entre otras—. En el caso, la opinión de dos menores de corta edad —10 y 9 años— debe ser valorada con cautela; la corta edad y madurez de los menores no permite atribuir a su criterio carácter determinante, a falta de razones adicionales, expresadas por ellos o resultantes de las restantes pruebas, que así lo aconsejen.

40 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 36/2013, 18 de julio de 2013

La opinión de los menores cuando tengan suficiente juicio no puede ser considerada como regla determinante, por sí, sino en relación con los demás factores del art. 80.2 CDFA y con las pruebas indicadas en el 80.3 y, sobre todo, debiendo adoptar con suma prudencia la decisión de la exploración de los menores de doce años. Se reitera lo dicho en la STSJA de 19 de octubre de 2012: el derecho del menor a ser oído, en función de su edad y madurez, no exige que se practique mediante audiencia directa por el juez (exploración). La exploración, es un derecho del menor que habrá de ser atendido cuando se solicite teniendo suficiente juicio y madurez, pero puede no ser aconsejable acordarla de oficio si no resulta necesaria, más aún cuando la opinión del menor ha sido transmitida a través de terceros, profesionales especialistas, cuyos métodos permiten conocer sus opiniones expresadas de forma más espontánea sin sentirse condicionados en relación con un conflicto de sus progenitores. Las reformas de 2005 y 2009 parecen dirigidas a evitar el automatismo en la práctica de esta diligencia.

42 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 44/2013, 9 de octubre de 2013

Esta Sala se ha pronunciado recientemente sobre la relevancia de la opinión de los menores, como uno más de los factores que deben ser tenidos ponderadamente en cuenta para la adopción

del régimen de custodia, en función de su madurez. Resumíamos en la de 18/7/2013, con cita de las de 19/10/2012, 16/10/2012, 12/3/2013, 10/7/2013, 16/7/2013 y 17/7/2013, que la escasa edad y madurez de los menores de 12 años no permite atribuir a su criterio carácter determinante, y que pueden aportar datos que puedan ser relevantes, sin que puedan valorar hasta qué punto puede ser perjudicial o beneficioso uno u otro régimen de custodia. Para detectar los efectos beneficiosos y los perjudiciales de un régimen de custodia no se pueden despreciar (junto con otros datos que puedan extraerse) las opiniones de los niños que precisamente han visto variado el régimen de custodia. No es irrelevante comprobar empíricamente si la previsión legal de que el régimen de custodia compartida es el más beneficioso es así apreciado por el menor afectado.

50 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 45/2013, 14 de octubre de 2013

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 24/7/2012—; se trata de uno de los factores indicados en el art. 80.2, 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 19/10/2012—; 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 19/10/2012—; 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 16/10/2012 y 12/3/2013, entre otras—. En el caso de autos no debemos considerar determinante un criterio de preferencia de custodia, expresado por una menor, de 12 años de edad, de manera contradictoria en las dos ocasiones en que ha sido requerida para ello.

51 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 11/2014, 17 de febrero de 2014

La opinión de la menor, que no desea introducir cambios en sus condiciones de vida cotidiana, debe ser tomada con prudencia. No puede ser en modo alguno determinante su opinión respecto de lo que, en conjunto, puede resultarle realmente más beneficioso, dado que a los 7 años difícilmente puede llegar siquiera a coleccionar las bondades que pueda tener un régimen de custodia u otro, y nada sabe de la regulación legal. Si su manifestación fuera acompañada de datos o razones concretas que pudieran valorarse, debería estudiarse su real relevancia. Pero su mera opinión, manifestada de forma tan genérica e imprecisa, como lo es en un entorno de crisis convivencial de sus progenitores, y sin que haya más factores para su emisión que la mera comodidad a corto plazo de la niña, dista mucho de ser una de las razones legalmente previstas para excluir la orden del legislador de ser preferente la custodia compartida.

5 RDCA-XX-2014

S. 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) CDA, 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 signifi-

ca 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 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 inte-

rés (STJSA13/1/2016). 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 21/2013, 30 de abril de 2013

Cuando ambos padres trabajan con horarios de mañana y tarde, y ambos necesitan el apoyo familiar para el cuidado de los menores, con disposición de buenas redes de apoyo en los dos progenitores, las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral son un factor que no resulta determinante para el mantenimiento de la custodia a favor de la madre (frente a la preferencia legal por la custodia compartida).

25 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 45/2013, 14 de octubre de 2013

La posibilidad de que la permanencia de la niña con sus padres por periodos alternos cause una cierta inestabilidad a la menor, dados los horarios laborales de los progenitores, muy diferentes entre sí, es una mera hipótesis que no se sustenta en razonamientos distintos de la simple comparación de horarios. La comparación de los horarios de los padres pone de manifiesto que ambos van a necesitar el apoyo de terceros para prestar el necesario apoyo a la menor, porque como tantas veces sucede los dos horarios resultan difíciles de conciliar con el horario lectivo de la niña. Pero más allá de la expresada y habitual dificultad, que no imposibilidad, no se justifica el desplazamiento de la custodia compartida frente a la ventaja que esta supone para la menor al permitir un reparto efectivo y continuado de los derechos y responsabilidades de los padres, debiendo la menor, al igual que sus progenito-

res, realizar la necesaria adaptación a la situación existente tras la ruptura.

51 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 1/2014, 10 de enero de 2014

La dificultad de conciliación de la vida laboral y familiar por razón del trabajo podría existir en este caso, como en cualquier otro. Ahora bien, visto que el horario del padre es el propio de funcionario público militar, y que las necesidades derivadas de exigencias del servicio han restado tan solo 16 días a su posibilidad de permanecer en su habitual puesto de trabajo en Zaragoza, no cabe extraer la consecuencia de que la compatibilidad trabajo/atención familiar se vea dificultada de tal modo que permita estar al criterio de excepción fijado en el art. 80.2.2.e del CDFA

1 RDCA-XX-2014

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. JP11 Ejea nº 1, 28 de mayo de 2009

Pese a que en los escritos obrantes en las actuaciones se habla de patria potestad, entiende el Juez que es aplicable la autoridad familiar, puesto que las relaciones paterno-filiales se

rigen por la ley personal del hijo. En este procedimiento no se ha acreditado cuál es la vecindad de la hija, con lo que debería aplicarse la ley de residencia habitual (art. 9.4 Cc.) y, por lo tanto, aplicar la ley aragonesa, conclusión que se alcanza igualmente con arreglo al art. 14.6 Cc.

64 RDCA 2011, XVII

S. TSJA 43/2012, 21 de diciembre de 2012

Lo relevante para la adopción de la medida de custodia no es la vecindad civil de los padres, sino la del hijo, por tratarse de un efecto propio de las relaciones paterno-filiales (art. 9.4 Cc.), y como de los hechos declarados probados no consta debidamente acreditada la vecindad del hijo, a los efectos de resolver este conflicto debe operar el criterio subsidiario del art. 9.4 Cc. y atender al lugar de residencia del menor, que ha sido Aragón al menos desde 2007.

60 RDCA-2012-XVIII

S. JP II Ejea nº 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 son 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

• **MODIFICACIÓN**

S. TSJA 15/2016, 9 de junio de 2016

El art. 79.5 CDFA y el art. 775 Lec. establecen la posibilidad de que las medidas judiciales adoptadas en esta clase de procesos puedan ser modificadas cuando concurren circunstancias relevantes, que en el caso de autos se concretan en la edad actual del hijo, que cumplirá pronto catorce años, y en los problemas habidos en la relación con su padre, con el que (pese al sistema de custodia compartida establecido) no ha mantenido contacto en los últimos meses. La sentencia de la Audiencia, sin desconocer la prioridad legal a favor de la custodia compartida, se centra en justificar la decisión de conceder la custodia individual a la madre, atendiendo los factores del art. 80.2 CDFA, de modo que su decisión, suficientemente motivada, se ajusta a la norma y adopta una de las decisiones posibles conforme a aquélla.

12 RDCA-XXIII-2017

S. TSJA 20/2016, 7 de septiembre de 2016

Conforme a los arts. 775 Lec. y 79.5 CDFA para que proceda la modificación de medidas ya adoptadas habrá de alegarse y acreditarse que han variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas (SSTSJA 42/2013, 37/2014). En este caso, la Sala considera que se ha producido un cambio sustancial, debido fundamentalmente al crecimiento en edad de la hija que ha pasado de dos años a más de nueve. Este crecimiento vital afecta al desarrollo de su personalidad, a sus hábitos y costumbres, así como a sus posibilidades de relación social, todo lo cual implica un cambio cualitativo a considerar para el cambio de régimen de custodia (de individual de la madre a compartida).

17 RDCA-XXIII-2017

S. TSJA 21/2016, 14 de septiembre de 2016

La mayor flexibilidad de la regulación del art. 79.5 CDFA, frente al 91 Cc., se explica porque las medidas a las que se refiere el art. 79.5 son todas ellas relativas a menores, y supone que no se trata tanto de acreditar una alteración sustancial de las circunstancias existentes en el momento de la decisión inicial que fijó el régimen de custodia, como de constatar que esas circunstancias ya no satisfacen adecuadamente el interés del menor, por concurrir otras de la suficiente relevancia que justifican la modificación (STSJA3/5/2014). Sin embargo, en el proceso no se ha practicado prueba alguna que acredite que el sistema de guarda solicitado por el padre (custodia compartida) sea más beneficioso para la menor que el acordado en su día (custodia individual para la madre). La diferencia de edad de la niña entre el momento en que se acuerda la custodia individual y el momento en que se solicita la modificación no llega a un año, de modo que la diferencia de edad es tan nimia que, por sí sola, no permite la modificación pretendida.

18 RDCA-XXIII-2017

S. TSJA 28/2016, 2 de diciembre de 2016

La modificación de las medidas judiciales inicialmente adoptadas (la guarda y custodia a favor de la madre) requiere la concurrencia de causas o circunstancias relevantes (art. 79.5 CDFA), según lo expuesto en la STSJA 19/2014, de 26/5. La niña tenía entonces menos de un año y ahora ya tiene siete, las circunstancias laborales de los padres también han cambiado, ambos con trabajo ahora, el padre ya en Zaragoza. La modificación de las circunstancias, además de evidente, es relevante y justifica que se pueda entrar a valorar si el régimen de custodia que mejor atiende al interés de la menor es el de custodia compartida que solicita el padre, como considera el legislador aragonés y también el TS. La edad de la niña permite contemplar con normalidad el cambio de custodia, y las circunstancias laborales del padre también le permiten ocuparse de la niña en circunstancias parecidas a las de la madre. Lo expuesto acredita que no se han aplicado correctamente

algunos de los criterios del art. 80.2 CDFA, en particular el apartado e) sobre las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres. Se estima el recurso de casación. Voto particular.

27 RDCA-XXIII-2017

• **NATURALEZA DE LA CUSTODIA COMPARTIDA**

S. TSJA 12/2014, 4 de marzo de 2014

La custodia que previene el legislador es alterna en el tiempo pero compartida en el ejercicio, lo que exige un mínimo de cooperación y comunicación entre el padre y la madre, no siendo equiparable a ella una custodia repartida con ausencia total de comunicación de decisiones que afecten al desarrollo del menor.

7 RDCA-XX-2014

• **OPCIÓN LEGISLATIVA DISTINTA DE LA DEL CÓDIGO CIVIL**

S. TSJA 6/2012, 9 de febrero de 2012

No es la misma la idea que inspira la regulación del Código civil en la cuestión que nos ocupa y la que refleja la norma aragonesa. En aquella, sólo puede adoptarse la medida [de custodia compartida] si hay acuerdo de los progenitores o, excepcionalmente si la pide uno de ellos, si hay informe favorable del Fiscal y si el Juez fundamenta que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés del menor. En cambio, en el art. 80.2 CDFA se plasma una opción legislativa que supone un cambio del esquema tradicional: la custodia compartida se configura frente a la individual como preferente en ausencia de pacto de relaciones familiares.

21 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 13/2012, 9 de abril de 2012

En materia de guarda y custodia de los hijos en supuestos de crisis de convivencia de los progenitores, son dispares los principios inspiradores del Cc. y del Derecho aragonés. El Cc. (art. 92) parte de entender como más conveniente,

con carácter general, el establecimiento de la guarda y custodia a cargo de uno solo de los progenitores, de modo que la posibilidad de establecer la custodia de manera compartida por ambos exige el acuerdo de ellos, o la concurrencia de circunstancias excepcionales que evidencien que sólo con el establecimiento de la custodia compartida se protege adecuadamente el interés superior del menor. En cambio, el art. 80.2 CDFA ordena que, en interés de los hijos menores, el juez adoptará de forma preferente la custodia compartida... Esta innovación justifica que la petición de custodia compartida haya sido causa de revisión de las medidas previamente acordadas (DT 6ª CDFA).

24 RDCA-2012-XVIII

• PERÍODOS DE CUSTODIA COMPARTIDA

S. JPII Ejea nº 1, 10 de febrero de 2011

El p.r.f. no indica la forma en que los progenitores han acordado que se vaya a desarrollar de forma habitual la custodia compartida. Pero ello no debe ser ningún obstáculo. Los cónyuges indican que mantienen buena relación, que tienen domicilios próximos y horarios laborales compatibles con este régimen, así como aptitudes para asumir este tipo de custodia, comprometiéndose «a buscar las fórmulas más idóneas en cada momento para el ejercicio de la custodia compartida». No puede exigirse más. A ninguna pareja de progenitores se le exige explicaciones acerca del modo en que ejercen la custodia sobre sus hijos, ni se les fiscaliza o controla. Sólo en el caso de desacuerdos es necesario dicho control. Y para dicho caso el pacto establece un régimen subsidiario. La custodia compartida no implica, necesariamente, un reparto del tiempo de convivencia con el hijo menor equivalente para ambos progenitores, y así se indica expresamente en la EM de la Ley 2/2010. Lo que parece importar en la guarda y custodia compartida, (art. 6) es que «garantice a ambos progenitores el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de igualdad».

81 RDCA-XIX-2013

A. TSJA 30 de diciembre de 2011

Auto aclaratorio de la STSJA 13/2011, de 15 de diciembre. La custodia compartida no implica necesariamente una alternancia de la residencia de los hijos con sus progenitores en períodos iguales, pero sí en un tiempo adecuado para el cumplimiento de la finalidad de la custodia compartida (Preámbulo VII Ley 2/2010). Además, lo que debe observarse primordialmente en el reparto de los períodos es el interés del menor y no el de los padres, a lo que no obsta que en alguno de los períodos se tenga la custodia de los hijos algún día más o menos. Cabe perfectamente que los padres pacten la alternancia de períodos (que son de cinco meses más uno de vacaciones) o períodos de dos meses, u otros que ayuden a conjugar el interés del hijo y el de sus padres, lo que exige un esfuerzo de ambos para lograr lo mejor en interés del hijo común.

16 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 13/2012, 9 de abril de 2012

Se acuerda el establecimiento de un régimen de custodia compartida semanal, sin perjuicio de que puedan las partes modificarlo en adelante, a medida que puedan cambiar las circunstancias que actualmente se valoran y en adaptación a los turnos de trabajo que corresponda a cada uno de los progenitores. Dado el periodo semanal de custodia establecido, no se estima preciso fijar un régimen de visitas a favor del progenitor que no conviva con los hijos durante una semana.

24 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 15/2012, 12 de abril de 2012

La solución adoptada es un régimen de custodia compartida *sui generis* al no acordar un reparto exactamente igual de la custodia, sino que se amplía el tiempo de permanencia de los niños con el padre: las dos tardes intersemanales se completan con pernocta y el fin de semana alterno que pasan con el padre se extiende al lunes hasta la entrada en el colegio.

26 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 17/2012, 18 de abril de 2012

A salvo de cualquier otra distribución de períodos que acuerden los padres, la madre tendrá la guarda y custodia de la hija menor desde el día primero de febrero hasta el treinta y uno de julio de cada año, y el padre desde el día primero de agosto de cada año hasta el día treinta y uno de enero del siguiente. Cabe perfectamente que los padres pacten la alternancia de períodos, o dividirlos en quincenas, u otros distintos, que ayuden a conjugar el interés de la hija y el de sus padres, lo que exige un esfuerzo de ambos para lograr lo mejor en interés de la hija común. Los períodos vacacionales de verano (julio y agosto) se encuentran incluidos en los de custodia de cada uno de los progenitores, pero podrían ser alternados o modificados por ambos en atención al interés del menor y conjugándolo con el de sus padres y sus posibilidades.

28 RDCA-2012-XVIII*S. TSJA 48/2013, 15 de noviembre de 2013*

La custodia compartida no obliga a una alternancia diaria del niño con cada uno de sus progenitores, que es el único inconveniente puesto de relieve (lo que resulta, por tanto, acertado) para establecerla. Pero dicho reparto del tiempo no es la única alternativa posible. De hecho, lo habitual es que se establezca la custodia compartida por períodos más largos. Apresia la Sala que, si el reparto de tiempo [por días] rechazado en las instancias no es conveniente para la estabilidad del niño [de 4 años de edad], tampoco parece más adecuado el sistema subsidiario inicialmente propuesto (cada dos días) y sí, más conveniente, un reparto del tiempo por semanas alternas. Con ello, puede prescindirse del régimen de visitas que se estableció. Tal reparto semanal, de domingo a domingo, se mantendrá sin perjuicio de que los progenitores puedan acordar otro de estancias más amplias con visitas intersemanales y de fines de semanas, o del que pueda determinarse judicialmente en virtud de eventuales cambios de circunstancias.

55 RDCA-XIX-2013*S. TSJA 27/2016, 1 de diciembre de 2016*

La fijación por la Audiencia de un régimen de custodia compartida por semanas alternas en lugar de por días alternos entre semana y fines de semana también alternos, no vulnera ninguno de los preceptos señalados en el recurso (76.2 y 3.a, 79.2.a y c, 80.1 y 2DFA). Los principios del art. 76 CDFA sirven de referencia para la interpretación y aplicación de los derechos regulados en los preceptos subsiguientes, y especialmente de los prevenidos en los arts. 79 y ss., como medidas de aplicación en defecto del pacto de relaciones familiares. No se ha producido la vulneración alegada porque el régimen establecido con anterioridad ya era de custodia compartida y la modificación del régimen de estancias, que no ha producido perturbaciones dañosas para la menor, es una decisión que compete al ámbito discrecional del Tribunal, conforme a la valoración de la prueba practicada, sin que tal decisión pueda considerarse arbitraria o irracional sino adecuada al preferente interés de la menor y a la normal evolución psicológica de la niña recogida en el informe pericial.

26 RDCA-XXIII-2017*S. TSJA 28/2016, 2 de diciembre de 2016*

Considera la Sala, por antecedentes de otros recursos, que dada la edad de la menor, de siete años en este momento, parece más adecuado establecer la guarda y custodia por semanas alternas, en lugar de por meses alternos como había pedido el padre, para facilitar el contacto más frecuente con ambos progenitores y con un día de visita entre semana, o lo que acuerden las partes.

27 RDCA-XXIII-2017

• **PREFERENCIA DE LA CUSTODIA COMPARTIDA**

S. APZ (Secc. 2ª), 28 de junio de 2011

El CDFA (art. 80) ha establecido como preferencia legal la custodia compartida, al consi-

derar que esta forma de custodia es más beneficiosa para el interés del menor y más respetuosa con los derechos de los progenitores, lo que implica que al estar configurada como regla general, el juez podrá optar por la individual cuando sea más conveniente para el menor, justificando adecuadamente esta opción, ello no implica que la custodia compartida opere de manera automática, sino que en caso de solicitarse por uno de los progenitores la custodia individual deberá realizarse el necesario estudio de los factores que señala la propia normativa y con máximo respeto al principio básico o fundamental e inspirador de la norma que es el beneficio e interés de los hijos menores de edad. Conjugando todas las circunstancias indicadas, parece adecuada la opción que fija el Juzgador de instancia decantándose por la opción legal (80.2 CDFA) con la necesidad de que el caso sea examinado por el Servicio de Protección de Menores del I.A.S.S., al objeto de poder realizar un seguimiento adecuado de la evolución de éstas.

68 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 13/2011, 15 de diciembre de 2011

El legislador aragonés ha establecido como preferente el sistema de custodia compartida (art. 80.2 CDFA), al presumir que es el más conveniente para el menor, por lo que debe aplicarse siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin, y no concurran otros elementos que hagan más conveniente la custodia individual. La adopción de la custodia individual, como excepción a la regla, exige una atenta valoración de la prueba que la acredite como el régimen más conveniente para el menor. Las razones de esta preferencia las explica el Preámbulo de la Ley 2/2010. La preferencia resulta también de los arts. 79.5 y 80.5 CDFA. La prueba de la falta de aptitud, capacidad y disposición de un progenitor (su capacidad se presume), será la que podrá determinar la custodia individual del otro, sin que quepa presumir la incapacidad de un padre para el futuro por su pasada dedicación a la familia o al trabajo.

13 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 4/2012, 1 de febrero de 2012

Doctrina legal sobre el art. 80.2 CDFA: a) La custodia compartida es el régimen preferente y predeterminado por el legislador aragonés, de modo que se aplicará esta forma de custodia siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin; b) El sistema no es rígido, salvo en un mandato que dirige al juez: el superior interés del menor, c) Podrá establecerse un sistema de custodia individual, cuando éste resulte más conveniente para dicho interés, para evaluar los parámetros establecidos en el art. 80.2 CDFA; d) La adopción de la custodia individual exigirá una atenta valoración de la prueba que así acredite —conveniencia para el menor— frente al criterio preferente de la custodia compartida. Para ello será relevante la prueba practicada, especialmente los informes psicosociales obrantes y la opinión de los menores, si tienen suficiente juicio. La decisión de custodia individual debe razonarse suficientemente.

19 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 5/2012, 8 de febrero de 2012

Esta Sala ya ha destacado el criterio preferente de la custodia compartida establecido por el art. 80.2 CDFA, como expresión del sistema que mejor recoge el interés de los menores salvo, como también expresa con claridad el referido precepto, que la custodia individual sea más conveniente. Reitera los criterios exegéticos del art. 80.2 resumidos por la STSJA 4/2012, de 1 de febrero. La sentencia recurrida ha efectuado una valoración suficiente y razonada de la prueba practicada (informes periciales) teniendo en cuenta los distintos factores puestos de manifiesto y de tal valoración se concluye que la custodia individual de la madre es el régimen más beneficioso para las menores.

20 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 6/2012, 9 de febrero de 2012

Se excepciona la custodia compartida (o repartida, quizá sería más exacto decir) cuando la custodia individual sea más conveniente. Se reiteran los criterios que deben seguirse en la exégesis del art. 80.2 CDFA resumidos por la STSJA 4/2012, de 1 de febrero. No es cierto que

deba optarse por la custodia individual si no existe un alto grado de consenso entre los progenitores, pues lo frecuente en la práctica es el disenso y el art. 80.5 le da un alcance opuesto al que se pretende en el recurso.

21 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 13/2012, 9 de abril de 2012

Tras la entrada en vigor de la Ley 2/2010, cualquier establecimiento o revisión de medidas de guarda y custodia de menores estará a la previsión legal de ser preferente la custodia compartida, de modo que, si en el caso concreto a resolver no existe, conforme a los criterios establecidos en la ley, constancia realmente evidenciada de ser mejor para el menor la custodia individual que la compartida, debe estarse a esta última. La práctica y valoración de prueba efectuada en procedimiento anterior a la vigencia de la Ley 2/2010 a la que la sentencia impugnada recurre, no tiene en cuenta los factores de la nueva ley ni motiva suficientemente como quiere la nueva ley el establecimiento de la custodia compartida, por lo que no respeta la actual preferencia del legislador por la custodia compartida.

24 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 15/2012, 12 de abril de 2012

Reiteración de la doctrina jurisprudencial contenida en la STSJA 4/2012, de 1 de febrero, sobre la preferencia del legislador aragonés por la custodia compartida, opción legislativa que supone un cambio del esquema tradicional. También reitera que la custodia compartida se aplicará siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de la facultades necesarias a tal fin, y no se pruebe que en el caso concreto concurren razones que determinan la conveniencia de hacer una excepción a la regla general.

26 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 17/2012, 18 de abril de 2012

Esta Sala ya ha destacado en las sentencias sobre esta materia el criterio preferente de la custodia compartida establecido por el legislador aragonés, tal como dispone el art. 80.2

CDFA, como expresión del sistema que mejor recoge el interés de los menores salvo, como también expresa con claridad el referido precepto, que la custodia individual sea más conveniente. La doctrina jurisprudencial la contiene la STSJA 4/2012, de 1 de febrero, que aquí se reitera.

28 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 22/2012, 6 de junio de 2012

La Audiencia, al argumentar que la petición de custodia compartida del padre carece de la consistencia necesaria en orden a demostrar su plena disponibilidad para asumir una custodia compartida, por basarse en previsiones y no en realidades acompañadas de una dedicación efectiva y personal a la atención del hijo, infringe la preferencia legal por la custodia compartida del art. 80.2 CDFA. El informe pericial propone el sistema de custodia compartida, lo que acredita la capacidad del padre. El reparto de funciones entre los cónyuges durante el tiempo de convivencia matrimonial no es vinculante para las decisiones a adoptar en supuestos de separación o divorcio, pues a partir de la ruptura de la convivencia ambos pueden asumir las cargas relativas a la custodia de los hijos menores, mientras no se pruebe lo contrario.

30 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 24/2012, 5 de julio de 2012

La sentencia reitera la doctrina legal contenida en la STSJA 4/2012, de 1 de febrero.

33 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 30/2012, 20 de septiembre de 2012

Se reiteran los criterios de interpretación del art. 80 sintetizados en la STSJA de 1 de febrero de 2012. La aplicación al caso de la anterior doctrina y el examen de los criterios previstos en el art. 80.2 CDFA evidencian que no concurren elementos suficientes para considerar la custodia individual como más conveniente para el interés del menor, por lo que no se justifica el desplazamiento del criterio legal preferente de custodia compartida. Ni el enfrentamiento entre los padres, ni la corta edad del

menor (nacido en 2009), ni la escasa concreción del padre para determinar la organización cotidiana del cuidado del menor, son circunstancias que, por sí solas, permitan rechazar en el caso de autos la custodia compartida.

43 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 29/2012, 25 de septiembre de 2012

Tras reiterar la doctrina jurisprudencial relativa al art. 80.2 CDFA y la preferencia del legislador por el sistema de custodia compartida, considera que la sentencia de la Audiencia no recoge circunstancia alguna, concurrente en el padre, que permita apreciar inidoneidad para acordar el régimen que se pide, o que éste no sea el más conveniente para el menor, por lo que se aparta de la recta aplicación del art. 80.2 del CDFA y jurisprudencia de esta Sala que lo interpreta. Y frente a ello no pueden prevalecer las dudas e incertidumbres que, de cara al futuro, dice la madre que planteará el régimen referido, postulando la custodia individual como más conveniente para el menor.

42 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 38/2012, 22 de noviembre de 2012

Esta Sala ya ha destacado el criterio preferente de la custodia compartida establecido por el legislador aragonés, tal como dispone el art. 80.2 CDFA, como expresión del sistema que mejor recoge el interés de los menores salvo, como también indica con claridad el referido precepto, que la custodia individual sea más conveniente. La sentencia reitera el resumen de los criterios que deben seguirse en la exégesis del art. 80 CDFA contenidos en la STSJA 4/2012 de 1/2. Aplicando los anteriores criterios al caso concreto, hemos de comprobar si los tribunales de instancia, al apartarse de la regla general de la custodia compartida, han seguido adecuadamente las reglas indicadas razonando suficientemente la decisión adoptada.

53 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 39/2012, 27 de noviembre de 2012

En la doctrina jurisprudencial sobre el art. 80.2 la Sala ha considerado que el legislador entiende como más beneficioso para el interés prioritario del menor el sistema de guarda compartida, en el que padre y madre se involucran en el ejercicio de la autoridad familiar, guarda y educación del menor, de modo que debe adoptarse dicha forma de custodia, salvo que del resultado de la prueba practicada en autos se desprenda como más beneficiosa para el menor la custodia individual. A tal fin, serán de considerar los aspectos que el propio legislador recoge en el art. 80.2, y el tribunal, valorando la prueba practicada, entre ellas el dictamen de expertos, deberá razonar suficientemente la decisión cuando entienda que la custodia individual es más beneficiosa para el menor.

54 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 41/2012, 19 de diciembre de 2012

Establecida la preferencia legal por la custodia compartida, para valorar la posible conveniencia de la custodia individual deberá el Juez tener en cuenta cuantas circunstancias de relevancia para la convivencia familiar puedan concurrir, y, especialmente, las citadas expresamente en el art. 80.2 CDFA. En consecuencia, cualquier establecimiento o revisión de medidas de guarda y custodia de menores debe estar a la previsión legal de preferencia del régimen de custodia compartida, puesto que la ley parte de que el interés del menor se consigue mejor con este tipo de custodia, de modo que la individual sólo debe acordarse cuando realmente se considere, tras una cuidadosa valoración de la prueba, más conveniente en el caso concreto. Si en el caso concreto no existe esa constancia realmente evidenciada de ser mejor la custodia individual que la compartida, debe estarse a esta última.

58 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 8/2013, 12 de febrero de 2013

El art. 80 CDFA establece, para casos de ruptura de la convivencia de los progenitores, un sistema de custodia compartida como norma

preferente a acordar por el juez, salvo que la individual sea más conveniente, a cuyos efectos el propio precepto establece criterios de ponderación, siempre encaminados a establecer el sistema que resulte más beneficioso para el interés del menor. Dicho precepto recoge para el Derecho aragonés los criterios establecidos en el art. 39.2 y 4 de la Constitución, que aseguran la protección integral de los menores en orden a su educación, formación y desarrollo de la personalidad. Se reiteran los criterios de interpretación judicial del art. 80.2 que sistematiza la S 4/2012, de 1/2.

8 RDCA-XIX-2013

S. APT 19 de febrero de 2013

La custodia compartida por parte de ambos progenitores es el criterio preferente y prede-terminado por el legislador, en busca del interés del menor, en orden al desarrollo de la personalidad, de modo que se aplicará esta forma de custodia, siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin. Por lo tanto el paso de la custodia individual a la custodia compartida, no esta en función de que se acredite un cambio de las circunstancias, sino, por el contrario, a que los progenitores no están capacitados para ella, o a que la custodia individual resulta más conveniente para el menor, atendiendo a la edad de los hijos, su arraigo social y familiar, su opinión, así como las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres.

40 RDCA-XX-2014

S. TSJA 15/2013, 11 de marzo de 2013

El art. 80.2 establece con claridad la preferencia de la custodia compartida en los casos de ruptura de la convivencia de los padres. Ahora bien, dicha preferencia no excluye la necesaria valoración en cada supuesto concreto de las distintas circunstancias concurrentes para llegar, en su caso, a concluir, con base en la posible excepción que prevé el art. 80.2 CDFA, 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, especialmen-

te, la voluntad del hijo afectado caso de tener suficiente juicio, o el informe elaborado por los técnicos psicólogos o asistentes sociales.

18 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 21/2013, 30 de abril de 2013

Se reiteran y transcriben los criterios fundamentales sentados por el TSJA para interpretar la preferencia legal por la custodia compartida enumerados en la STSJA de 1/2/2012. Se reitera también que «siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias, la prueba deberá ser dirigida a acreditar que la custodia individual es la más conveniente y sólo entonces se otorgará» (SS de 18 de abril y 27 noviembre 2012). Y no concurriendo en el caso elementos suficientes para considerar la custodia individual a favor de la madre como más conveniente para el interés de los menores, no se justifica suficientemente el desplazamiento del criterio legal preferente de custodia compartida llevado a cabo por la sentencia recurrida, por lo que se estima el recurso de casación y se establece la custodia compartida.

25 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 30/2013, 4 de julio de 2013

Esta Sala tiene establecido el criterio de que la custodia compartida de los menores por parte de sus progenitores es el criterio preferente establecido por el legislador, quien entiende que con ese sistema se protege el interés de aquéllos, de modo que pueden relacionarse con ambos de forma normal. Sin embargo, el propio legislador tiene establecida la posibilidad de custodia individual a favor de uno de los progenitores, cuando este sistema resulte más conveniente para el prevalente interés de los menores, siendo necesario en este supuesto que la sentencia que así lo acuerde razone suficientemente acerca de esa preferencia. Además el TSJA cita la STS 257/2013, de 29 de abril, que afirma para el cc. que la custodia compartida es un sistema que permite a los menores relacionarse con ambos progenitores, y que debe aplicarse siempre que con él se satisfaga el interés prevalente del menor.

36 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 34/2013, 16 de julio de 2013

La Sentencia recuerda y reproduce lo que constituyen los criterios reiterados por esta Sala en la interpretación de la norma de preferencia legal que establece el art. 80.2 CDFA y que están enumerados en la sentencia de 1 de febrero de 2012. 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» (Ss. 18 abril 2012/27 noviembre 2012). 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.

40 RDCA-XIX-2013*S. TSJA 35/2013, 17 de julio de 2013*

Esta Sala, en jurisprudencia ya reiterada, ha recordado el carácter preferente de la custodia compartida establecida por el legislador aragonés, como modalidad legalmente establecida para llevar a cabo la función parental, bajo los principios de corresponsabilidad parental y coparentalidad. Dicha forma de ejercicio de la responsabilidad en la educación, guarda y custodia de los hijos, es considerada por la ley como aquella que colma el superior interés del menor, reconocido en la Constitución Española y en los Tratados Internacionales de que España forma parte. La posibilidad de establecer custodia individual, que puede acordarse en interés del menor, requerirá un examen detallado de la prueba practicada y una explicación de las razones que, de su resultado, determinan al juzgador a apartarse del criterio establecido legalmente. A continuación, la Sentencia transcribe párrafos de contenido similar de las SsTSJA de 27/11/2012 y 19/12/2012.

41 RDCA-XIX-2013*S. TSJA 36/2013, 18 de julio de 2013*

El criterio preferente establecido por el legislador aragonés es el de la custodia compartida, como expresión del sistema que mejor recoge el interés de los menores salvo que la

custodia individual sea más conveniente (art. 80.2 CDFA, STSJA 8 febrero 2012). El resumen de los criterios que deben seguirse en la exégesis del art. 80 lo contiene la sentencia de 1 febrero 2012 (se transcriben). Como consecuencia de lo anterior, siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias, la prueba deberá ser dirigida a acreditar que la custodia individual es la más conveniente y sólo entonces se otorgará (STSJA 18 abril 2012, reiterada por la de 27 noviembre 2012).

42 RDCA-XIX-2013*S. TSJA 40/2013, 4 de septiembre de 2013*

Es principio general de la legislación aragonesa el de establecer con carácter preferente un régimen de custodia compartida, en interés de los hijos menores, atendiendo a los factores que se describen en el art. 80.2 CDFA. La jurisprudencia de esta Sala, en aplicación de la citada norma legal, ha expresado que constando la aptitud de ambos padres y su posibilidad de conciliar la vida laboral con la familiar y la atención a los hijos menores de edad, debe aplicarse el régimen de custodia compartida, de preferencia legal, y que el establecimiento de la custodia individual habrá de hacerse motivadamente, expresando las razones por las que de la prueba practicada se desprende que, en el caso concreto, el interés prevalente de los menores de edad determina la procedencia de dicha custodia individual (S 25 marzo 2013 y las que en ella se citan).

46 RDCA-XIX-2013*S. TSJA 41/2013, 30 de septiembre de 2013*

Se reproduce lo dicho en la STSJA de 17 de julio de 2013 sobre la preferencia legal por la custodia compartida como sistema que el legislador entiende más beneficioso para el interés prioritario del menor, salvo que el Tribunal, valorando la prueba practicada, entienda que la custodia individual es más beneficiosa para el menor y razone suficientemente su decisión. Se reproduce también lo dicho en la STSJA de 19 de diciembre de 2012 que concluye así: si en el

caso concreto a resolver no existe, conforme a los criterios establecidos en la ley, la constancia realmente evidenciada de ser mejor para el menor la custodia individual que la compartida, debe estarse a esta última. Si las razones en las que la sentencia impugnada funda su decisión de establecer la custodia individual no bastan para justificar tal decisión porque no tienen entidad suficiente para sostener que, en el caso de autos, la custodia individual es preferible a la legalmente prevista como preferente, infringe el art. 80.2 y debe ser casada.

47 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 44/2013, 9 de octubre de 2013

Esta Sala ha fijado una clara doctrina jurisprudencial en la interpretación del art. 80.2 CDFA que quedó sintetizada en la sentencia de 1 de febrero de 2012 (se transcribe). Debe resaltarse nuevamente que el régimen preferente de la custodia compartida es el que recoge, por declaración legal, el interés del menor en orden al pleno desarrollo de su personalidad. El Preámbulo de la Ley 2/2010 y ahora el apartado 10 del Preámbulo del CDFA proporcionan los criterios por los que la custodia compartida resulta ser, como regla general, la que expresa el interés del menor (se transcribe). Queda reiteradamente subrayado que el superior interés de los hijos se persigue mediante la configuración de la custodia compartida con carácter preferente, salvo en los supuestos en que la custodia individual sea lo más conveniente, por ello, si ambos padres están capacitados, la prueba debe ser dirigida a acreditar que la custodia individual es la más conveniente y sólo entonces se acordará (S. 18/4/2012, reiterada por S. 27/11/2012).

50 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 45/2013, 14 de octubre de 2013

En el art. 80.2 CDFA, según doctrina jurisprudencial reiterada, se 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 ese mismo precepto. Por otra parte se ha razonado también que la posibilidad de adopción de la custodia individual exige una cuidadosa valoración de la prueba que la presente, en el supuesto, como más beneficiosa para el menor en lugar de la legalmente preferente custodia compartida. De lo que no cabe sino concluir que si en el caso concreto a resolver no existe, conforme a los criterios establecidos en la ley, la constancia realmente evidenciada de ser mejor para el menor la custodia individual que la compartida, debe estarse a esta última —STSJA 30/9/2013, con cita de la S. 19/12/2012—.

51 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 46/2013, 30 de octubre de 2013

De modo general entiende el legislador aragonés que el interés superior del menor queda satisfecho por la custodia compartida entre ambos progenitores, que así se implican en su educación, de modo que este sistema solo cederá, a favor de la custodia individual, cuando se considere más pertinente en función de las circunstancias concurrentes, cuya valoración compete a los tribunales de instancia. No existiendo prueba de la falta de aptitud del padre para ejercitar las funciones inherentes a la guarda y custodia compartida de la citada hija, ni elementos relevantes contrarios a la decisión adoptada por la Audiencia Provincial, el recurso de la madre debe ser en este punto desestimado.

RDCA-XIX-2013

S. TSJA 12/2014, 4 de marzo de 2014

El art. 80.2 establece como criterio legal el de la custodia compartida de los hijos menores, como forma preferente de satisfacer el superior interés del menor. Dicha norma resulta imperativa para el Juez en los propios términos en que se expresa el texto legal, de modo que debe establecerse un sistema de custodia compartida salvo que, de la prueba practicada en autos, resulte más beneficiosa para el inte-

rés del menor la custodia individual de uno de los progenitores.

7 RDCA-XX-2014

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

S. TSJA 12/2016, 20 de abril de 2016

Como en tantas ocasiones hemos dicho, el legislador aragonés establece como preferente el sistema de guarda y custodia compartida. Así resulta del propio Preámbulo de la Ley 2/2010, del conjunto de sus normas y, especialmente, de los preceptos hoy contenidos en los arts. 75.2, 76 y 80.2 del CDFA. La redacción del primer inciso del 80.2 revela que, en efecto, se considera que la custodia compartida es el régimen que, en principio, satisface mejor el interés del menor. Por ello, conforme a la también reiterada doctrina de esta Sala se establecerá la custodia compartida siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias y no concurran otros elementos que hagan más conveniente la custodia individual en atención al interés del menor como una acreditada inidoneidad del padre para ostentar la custodia). En el caso de autos no se ha acreditado que el interés de los menores exija que su custodia sea ejercida individualmente por la madre.

9 RDCA-XXIII-2017

• PRESENCIA DE MEDIO HERMANOS

S. JP II Ejea nº 1, 18 de enero de 2013

Un criterio que debe tenerse en cuenta al establecer el régimen de custodia de un menor,

porque se entiende que afecta a su interés, es el de no separar a los hermanos (artículo 80.4 CDFA). En este caso va a resultar imposible no separar a los hermanos, porque M tiene un hermano por parte de madre, con el que convive desde 2007, y va a tener otro por parte de padre. Es evidente que, en algún momento, M estará separado de alguno de ellos, y que no va a poder estar conviviendo con los dos a la vez. En la actualidad entiendo que debe darse preferencia a las relaciones de M con su hermano A, puesto que M convive con él desde su nacimiento. El hecho de que M tenga un hermano con el que convive desde su nacimiento hace casi seis años, es un elemento más que hace que el cambio de régimen de custodia no se considere beneficioso para él, sino más bien al contrario. Por supuesto que deberá procurarse que M mantenga una relación adecuada con su nuevo hermano, una vez que éste nazca.

56 RDCA-XX-2014

S. TSJA 31/2013, 10 de julio de 2013

Resulta indudable que el nacimiento de una hermana menor fruto de la relación entre el padre y su nueva esposa, salvo casos excepcionales, aporta una valiosa experiencia en la vida de una niña de 10 años, y es, por ello, circunstancia de especial relevancia a valorar en términos positivos al tiempo de facilitar el contacto entre las hermanas mediante la custodia compartida. Sin que, frente a ello, pueda realmente alzarse la exclusión de relevancia en este caso de la relación fraternal tan solo en cuestiones de fuerte matiz subjetivo, como lo son la opinión de la menor, que dice no apreciar tal relación de fraternidad, y en la conclusión del informe psicológico de que esta relación la desdibuja la diferencia de edad entre las dos hermanas.

37 RDCA-XIX-2013

• PRESENCIA DE PADRASTRO O MADRASTRA

S. TSJA 31/2013, 10 de julio de 2013

La relación entre la menor y la esposa de su padre no es mala, pero la niña dice que no tiene confianza en ella y según un pariente de la niña le tenía miedo. Es incorrecto elevar estas

opiniones subjetivas al rango de circunstancia suficiente para concluir que una relación acreditada como «no mala» debe entenderse como perjudicial para la niña, hasta el punto de desaconsejar la convivencia con el padre en el régimen de custodia compartida general ordenado por el art. 80 del CDFA.

37 RDCA-XIX-2013

• **PRINCIPIO DE NO SEPARACIÓN DE LOS HERMANOS**

S. TSJA 39/2012, 27 de noviembre de 2012

El precepto establecido en el art. 80.4 CDFA está concebido para evitar la separación de los hermanos de doble vínculo, nacidos del matrimonio o de la relación de pareja de hecho existente entre quienes posteriormente han roto dichos vínculos. Considerarlo de otro modo excedería del propósito del legislador, y resultaría de imposible cumplimiento en el caso en que cada uno de los anteriores consortes hubiera accedido a una nueva relación sentimental y tuviese hijos habidos con sus nuevas parejas. No obstante, entre las circunstancias a considerar en el momento de tomar la decisión en beneficio del menor también deberán incluirse las referidas a su convivencia con hermanos nacidos tras dicha ruptura. En el caso de autos el joven A podrá relacionarse con su hermano de madre cuando corresponda a ésta la custodia y cuando corresponda al padre mediante el sistema de visitas con el progenitor no custodio, y es igualmente posible que el hermano menor pueda relacionarse con A en el domicilio en el que éste viva.

54 RDCA-2012-XVIII

S. JPII Ejea n° 1, 18 de enero de 2013

Un criterio que debe tenerse en cuenta al establecer el régimen de custodia de un menor, porque se entiende que afecta a su interés, es el de no separar a los hermanos (artículo 80.4 CDFA). En este caso va a resultar imposible no separar a los hermanos, porque M tiene un hermano por parte de madre, con el que convive desde 2007, y va a tener otro por parte de padre. Es evidente que, en algún momento, M estará

separado de alguno de ellos, y que no va a poder estar conviviendo con los dos a la vez. En la actualidad entiendo que debe darse preferencia a las relaciones de M con su hermano A, puesto que M convive con él desde su nacimiento. El hecho de que M tenga un hermano con el que convive desde su nacimiento hace casi seis años, es un elemento más que hace que el cambio de régimen de custodia no se considere beneficioso para él, sino más bien al contrario. Por supuesto que deberá procurarse que M mantenga una relación adecuada con su nuevo hermano, una vez que éste nazca.

56 RDCA-XX-2014

S. APZ (Secc. 2ª), 23 de julio de 2013

Ninguno de los progenitores era partidario de la separación de ambos hermanos. El informe psicológico es favorable a la custodia individual materna, es obvio, que la guarda y custodia compartida por meses residiendo la madre en X a 60 km de Zaragoza lugar de residencia del padre, carece de contenido como acertadamente sostiene la Sentencia de instancia que, no obstante, separa a los hermanos infringiendo a nuestro juicio el Artº. 80.4 CDFA, por cuanto no hay causa justificada para ello. Son perfectamente acogibles las razones que tanto el informe psicológico como el social exponen para que los dos menores puedan residir con su madre en la localidad de X (...) y la exploración judicial del menor M, de 8 años de edad, practicada en esta instancia, viene a corroborar las impresiones del informe pericial, dicho menor, que mantiene muy buena relación con ambos progenitores, echa de menos a su hermana y verbaliza un deseo sincero de residir con ella y su madre, (...). Es por ello, que la custodia individual materna se revela lo más favorable y adecuado para el interés de ambos menores, revocándose la Sentencia apelada.

50 RDCA-XX-2014

S. TSJA 41/2013, 30 de septiembre de 2013

La decisión de establecer la custodia compartida entre los progenitores respecto de la hermana menor de edad [la mayor ha preferido seguir viviendo con la madre] no vulnera lo

prevenido en el art. 80.4, que previene frente a soluciones que supongan la separación de los hermanos, entendida como imposición por mandato judicial, lo que no sucede en el caso. En la sentencia de instancia el juez expresaba que habiendo llegado a la mayoría de edad la mayor de las hijas del matrimonio, se había extinguido *ope legis* (por ministerio de la ley) la autoridad familiar, de modo que ninguna medida relativa a su guarda y custodia o régimen de visitas procedía acordar.

47 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 46/2013, 30 de octubre de 2013

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 se acordará judicialmente dicha separación. La decisión aquí adoptada (guarda y custodia individual a favor de la madre respecto de la hija Paula y custodia compartida por bimestres alternos para la hija Natalia, hermanas gemelas de 12 años de edad ambas aquejadas de minusvalías) solo determina una separación temporal de las hermanas, que coincidirán en el mismo domicilio durante el tiempo en que la madre tenga la guarda y custodia de ambas y en el periodo de visitas, se funda en razones sólidas que justifican la excepción al criterio general.

53 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 11/2014, 17 de febrero de 2014

Se recuerda lo dicho en la STSJA 27/11/2012: el art. 80.4 CDFA está concebido para evitar la separación de los hermanos de doble vínculo. Y se añade: Es deseable el fortalecimiento de la relación fraternal, y también, por supuesto, entre hermanos que no sean de doble vínculo, pero la apreciación de la relevancia que a efectos del establecimiento de la custodia del hijo común debe darse a la relación familiar con su nuevo medio hermano, no corresponde establecerla por observancia del art. 80.4, sino, en su caso, por el resto de preceptos contenidos en el propio art. 80.

5 RDCA-XX-2014

S. TSJA 37/2014, 19 de noviembre de 2014

Ya hemos dicho en sentencias anteriores que el legislador aragonés no impide la separación de los hermanos, sino que establece, como criterio de normalidad recogido como imperativo jurídico, que de modo general, no deben los tribunales adoptar soluciones que supongan dicha separación —STSJA 30/10/2013—, salvo que concurran circunstancias que justifiquen la medida adoptada y se razone debidamente en la sentencia la fundamentación de la decisión. En el caso de autos se tiene en cuenta la notoria diferencia de edad entre los dos hermanos (el menor sigue en custodia individual con la madre y el mayor pasa a custodia compartida) y, además, que el mayor tiene 17 años, por lo que en menos de un año llegará a la mayoría de edad, con lo cual no existirá respecto del mismo régimen alguno de guarda y custodia, quedando por tanto sin posible aplicación al caso el art. 80.4 CDFA.

32 RDCA-XX-2014

S. 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 los 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.

37 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• **PRUEBA DE QUE LA CUSTODIA INDIVIDUAL ES MÁS CONVENIENTE**

S. TSJA 17/2012, 18 de abril de 2012

Siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias, la prueba deberá ser dirigida a acreditar que la custodia individual es la más conveniente y solo entonces se otorgará. En el presente caso, apreciada la aptitud del padre, y su evidente voluntad de poder participar de manera más amplia en el cuidado y educación de su hija, no se ha practicado prueba que permita contrariar el criterio legal de preferencia de la custodia compartida, como expresión del mejor interés de la hija, por lo que debe estarse a esta última. El régimen legal preferente es la custodia compartida por lo que no debe ser probado como el más conveniente, pues inicialmente la ley así lo afirma, sino que, al contrario, sólo la prueba de que la custodia individual es más conveniente, permite alterar dicho régimen legal.

28 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 24/2012, 5 de julio de 2012

La preferencia legal por la custodia compartida puede excepcionarse siempre y cuando, conforme a los propios criterios previstos en la norma, deba considerarse en un caso concreto que la custodia atribuida a un solo progenitor sea la mejor para el interés del menor. La adopción de la custodia individual requiere la práctica de la necesaria prueba y su detenida valoración, puesto que sólo en caso de que esté claramente acreditado que la prevalencia del interés general del menor se satisface mejor con la custodia individual que con la prevalente de la custodia compartida, es cuando podrá ordenarse judicialmente la inaplicación de la norma general de referencia en el supuesto concreto.

33 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 50/2013, 18 de diciembre de 2013

Del informe psicológico y de los posteriores informes de detectives deduce la Audiencia, y

lo confirma el TSJA, que existe prueba suficiente que demuestra la inconsistencia del padre sobre la custodia compartida del hijo «por cuanto carece de interés y de disponibilidad horaria para asumir personalmente los cuidados cotidianos del hijo, que delega habitualmente en sus padres». La sentencia recurrida detectó la evidencia de la excesiva delegación en los abuelos paternos: refleja la amplia dedicación laboral del padre y, sobre todo, el hecho de que en los ratos que dicha dedicación le dejaría libres, el niño es atendido esencialmente por los abuelos.

No hay infracción del art. 80.2 CDFA, ni de los criterios jurisprudenciales que deben seguirse en su exégesis: los factores tenidos en cuenta han llevado al tribunal de apelación a estimar que era más conveniente para el menor la custodia individual, razonando suficientemente la decisión adoptada.

56 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 3/2014, 15 de enero de 2014

El desarrollo prácticamente total del motivo se halla destinado a discutir las conclusiones alcanzadas por el dictamen llevado a cabo por el equipo sico-social adscrito a los juzgados de familia, y la valoración de dicho dictamen por la sala sentenciadora, lo que no tiene cabida en el recurso de casación en el que está prohibido hacer supuesto de la cuestión. La sentencia recurrida hace expresa referencia a circunstancias que, valoradas a la luz de los criterios establecidos en el art. 80.2 CDFA, justifican cumplidamente la decisión denegatoria de la custodia compartida que se pedía en la demanda.

3 RDCA-XX-2014

S. TSJA 12/2014, 4 de marzo de 2014

La muy joven edad de Adrián (tiene 2 años) constituye un elemento a considerar para que se mantenga el cuidado de su madre; por otra parte, la existencia de una total ausencia de cooperación y comunicación entre los progenitores constituye, en este caso, una causa que dificulta la custodia compartida por tiempos alternos, al no existir en el momento en que se adoptó la decisión un ámbito de relación fuera

del familiar en el que el menor se encontrase y pudiera propiciar la comunicación respecto de hábitos de conducta, alimentación y sanidad, como sería en caso de estar ya escolarizado.

7 RDCA-XX-2014

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 de berá 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 ha 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

S. TSJA 19/2016, 30 de junio de 2016

El Juzgado estableció un sistema de custodia compartida que la Audiencia revoca y sustituye por la custodia individual materna. Recuerda el TSJ que el sistema preferente de custodia compartida puede sustituirse por la custodia individual cuando ésta se considere más conveniente para el menor, a cuyo fin se establece una lista abierta de factores no jerarquizada y carente de indicación de en qué sentido opera cada uno de ellos a los que ha de atender el juzgador para decidir el sistema de custodia que mejor se acomoda al interés del menor, contando para ello con un margen de discrecionalidad, no revisable en casación salvo que se patentice que no se ha utilizado de modo

lógico (SSTSJA 3/2/2016, 13/1/2016, 17/9/2015), no pudiendo actuar el tribunal de casación como un tribunal de tercera instancia (SSTSJA 18/2/2016, 30/6/2015. En el caso de autos, la Audiencia razona y justifica los motivos que le llevan a aplicar la custodia individual, con una fundamentación suficiente, atendiendo de modo especial al informe pericial, destacando la corta edad de la menor y las dificultades de conciliación laboral y familiar del padre. No hay vulneración de los preceptos invocados.

16 RDCA-XXIII-2017

• VALORACIÓN DE LA PRUEBA PRACTICADA

S. TSJA 4/2012, 1 de febrero de 2012

La Sala aprecia que la Audiencia ha realizado una ponderación razonable y debidamente motivada de los factores concurrentes, no contraria a la lógica. La valoración de los distintos medios de prueba solo cabe someterse al tribunal de casación, al amparo del art. 469.1.4º Lec., cuando, por ser manifiestamente arbitraria o ilógica la valoración de la prueba, esta no supera el test de la racionalidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE (STS 744/2011, de 10 de octubre, y las en ella citadas).

19 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 5/2012, 8 de febrero de 2012

No cabe en el recurso de casación pretender una nueva valoración de la prueba, salvo en los casos específicos y por el cauce del curso extraordinario de infracción procesal, habiéndose limitado el recurrente a hacer su propia estimación, que no puede prevalecer sobre la realizada por los tribunales de instancia y de apelación.

20 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 6/2012, 9 de febrero de 2012

Recabar el informe técnico del art. 80.3 CDFA es algo facultativo para el juzgador y puede acordarse la custodia compartida aunque el informe técnico no lo aconseje. Estos informes, al igual que las demás pruebas, han

de ser valorados por el juzgador conforme a las reglas de la sana crítica, pudiendo apartarse del criterio de los peritos justificándolo y motivándolo adecuadamente.

21 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 13/2012, 9 de abril de 2012

El informe pericial de 2009 evacuado en procedimiento anterior ha sido aportado en este pleito como prueba documental. Por tanto, no cabe ahora valoración alguna respecto de si debió ser ratificado o sometido a debate contradictorio el informe pericial en aquel procedimiento, porque no es en éste prueba pericial, y como documental ha sido correctamente incorporado al expediente. El hecho de que en el informe de referencia expresamente se hubiera desaconsejado por el psicólogo la custodia compartida no permite, sin más, especialmente, sin práctica de nuevo estudio de la situación presente, considerarlo válido de modo esencial actualmente.

24 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 24/2012, 5 de julio de 2012

Para la acreditación de las circunstancias concurrentes, no ofrece duda que cobran especial relevancia los informes psicosociales emitidos, puesto que en ellos, previa constatación de las circunstancias de hecho concurrentes y necesaria exposición razonada del método y factores tenidos en cuenta, se emite dictamen por expertos. Junto a ellos, resulta también de gran relevancia la opinión que tengan los hijos, captada por los medios de exploración de su voluntad acordes a su edad y situación, que permitan conocer realmente cuál es su preferencia real.

33 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 27/2012, 24 de julio de 2012

La prueba pericial que se practica en autos debe ser necesariamente valorada por los Tribunales, conforme al criterio de la sana crítica, fijado por el art. 348 Lec., y motivando la sentencia a tenor de lo prevenido en el art. 218.2 Lec. No están obligados a seguir la conclusión de los peritos, pudiendo apartarse de ella, siempre que se expresen las razones que justifican la decisión.

Además de la prueba practicada en la primera instancia, la Audiencia ha llevado a cabo la exploración de la hija mayor, nacida en 2002, y adoptada en 2006, que manifestó que está bien con el sistema actual de visitas con su padre. La menor tiene capacidad suficiente, a tenor del art. 12 de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño de 1989, y su opinión ha sido tenida en cuenta de un modo especial.

37 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 34/2012, 19 de octubre de 2012

Los tribunales pueden establecer el sistema de custodia individual, frente a la regla preferente de la custodia compartida, mediante una atenta valoración de la prueba que acredite que resulta más conveniente para el interés del menor. La valoración de la prueba practicada corresponde a las instancias procesales, y la revisión de la prueba solo cabe al amparo del recurso previsto en el art. 469.1.4º Lec., cuando tal valoración resulte manifiestamente arbitraria o ilógica, pero en el presente supuesto tal valoración resulta del análisis de la opinión de las menores, recogida a través de los informes periciales, y las conclusiones, no plenamente coincidentes, de dichos informes, por lo que no se aprecia infracción del art. 80.2 CDFA.

46 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 35/2012, 26 de octubre de 2012

Se reitera que una correcta técnica casacional implica plantear cuestiones jurídicas sin apartarse de los hechos, toda vez que el recurso de casación no constituye una tercera instancia, sino que es un recurso extraordinario que tiene una finalidad de control de la aplicación de la norma sustantiva y de creación de doctrina jurisprudencial, lo que impide invocar la infracción de normas sustantivas desde una contemplación de los hechos diferente de la constatada en la instancia, eludiendo así la valoración probatoria contenida en la sentencia impugnada, y si se argumenta al margen de la base fáctica contenida en la misma se incurre en el defecto casacional de hacer «supuesto de la cuestión».

48 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 38/2012, 22 de noviembre de 2012

La sentencia recurrida, asumiendo la valoración de la prueba realizada por el Juzgado, y explicando ampliamente las razones de tal asunción, llega razonadamente a su conclusión de entender más beneficiosa en este caso la custodia individual de la madre. En cambio, la parte recurrente concluye que se ha valorado la prueba de forma ilógica e incluso absurda. Incurrir así en el error de pretender hacer prevalecer su propia valoración de la prueba y que esta Sala avale tal interpretación olvidando que tal función corresponde a los tribunales de instancia y está vedada en el recurso extraordinario de casación, salvo si la valoración efectuada resultara irracional, ilógica o arbitraria, lo que no sucede en el presente pues tal valoración está basada en un conjunto de factores del art. 80.2 CDFa.

53 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 1/2013, 4 de enero de 2013

La sentencia recurrida acuerda la custodia individual tras una precisa valoración de la prueba —incluida la exploración de los niños— que le conduce a la convicción de que ello es lo más conveniente para el interés de éstos, acomodándose así a la jurisprudencia de esta Sala plasmada, entre otras, en sentencia de 1 de febrero de 2012 y donde se precisó: [...] La recurrente incurre en el defecto de «hacer supuesto de la cuestión», contrario a una adecuada técnica casacional y sin que se razone por qué, a partir de los hechos que la sentencia considera probados, se infringe el art. 80.

2 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 13/2013, 27 de febrero de 2013

Las argumentaciones de la sentencia recurrida no resultan arbitrarias ni contrarias a criterios de lógica, sino que son el fruto del análisis ponderado de la prueba practicada, cuya valoración corresponde a los tribunales de instancia. De esta forma, habiendo explicitado la sentencia recurrida las razones que conducen a mantener la custodia individual de las menores a favor de la madre, queda justificado el aban-

dono del criterio general respecto a la decisión adoptada, en beneficio e interés de las menores de edad.

15 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 15/2013, 11 de marzo de 2013

La valoración de la prueba llevada a cabo por la sentencia recurrida, y la consecuente decisión de ser más conveniente en este caso para el interés del menor la custodia individual de la madre, no se observa que sea anómala, irracional, contradictoria o absurda. Por ello, siendo inhábil el recurso de casación para poder revisar tales valoraciones probatorias, debe estarse a ellas y, por tanto, al acuerdo de la sentencia recurrida de mantener la custodia individual a favor de la madre. Por otra parte, que el padre recurrente, tras el dictado de la sentencia apelada, haya pasado a vivir en la misma ciudad que el hijo, no cambia nada porque el objeto y fin del recurso de casación (la sentencia recurrida para valorar si en ella fue correctamente aplicado el derecho sustantivo a observar) impiden la práctica o valoración de prueba distinta de la que haya sido tenida en cuenta en el procedimiento declarativo cuya segunda instancia terminó con la sentencia recurrida.

18 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 46/2013, 30 de octubre de 2013

Los tribunales de instancia realizan la valoración de las pruebas periciales practicadas conforme al criterio de la sana crítica, pudiendo dar una mayor relevancia al informe emitido por la psicóloga adscrita al juzgado que a los informes aportados por las partes.

53 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 50/2013, 18 de diciembre de 2013

Conforme a reiterada jurisprudencia del TS la errónea valoración de la prueba solo puede plantearse al amparo del art. 469.1.4º Lec. cuando se demuestre que la valoración probatoria efectuada en la sentencia sea arbitraria, ilógica o absurda en forma suficiente para

estimar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva. En el presente recurso el recurrente conduce este motivo de infracción procesal por la vía de la arbitrariedad al entender que la sentencia recurrida ha limitado tal valoración a los aspectos negativos de los informes periciales examinados. Incurrir el recurrente en el error que denuncia, ya que la sentencia no oculta su aptitud general para atender a su hijo pero tampoco la mayor disponibilidad y disposición de la madre, por lo que el alegado motivo de infracción procesal debe ser desestimado.

56 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 1/2014, 10 de enero de 2014

Debe deslindarse con precisión cuál es el material probatorio presente, labor exclusiva del Tribunal de Apelación, y cuál, en cambio, la norma jurídica que, ante lo acreditado, sea realmente de interpretación y aplicación, función ésta revisable en casación. Cita sentencia TS 28 diciembre 2012 (recurso 765/2012). Pero la corrección que en la valoración de la prueba haya hecho la sentencia recurrida no es óbice ni condiciona la competencia de esta Sala de Casación para determinar si la realidad fáctica considerada ha sido correctamente subsumida en la norma de aplicación: el aseguramiento de la mejor atención del interés del menor (STS 757/2013, de 29 de noviembre). Voto particular.

1 RDCA-XX-2014

S. TSJA 11/2014, 17 de febrero de 2014

La sentencia impugnada omite cualquier referencia a tres de los informes obrantes en las actuaciones; al no haber sido articulado curso por infracción procesal, se mantiene la validez de lo actuado, pero no cabe obviar la omisión de tales informes porque precisamente una parte del resultado de un informe pericial psicológico ha sido elemento determinante de que se excluya el establecimiento del régimen legal preferente de custodia compartida. Señala el TS (por todas, S 19/7/2012) que cuando se trata de resolver cuestión en que están en liza los derechos constitucionales previstos en el art. 39 de la Constitución, se hace preciso que la Sala de Casación integre en lo necesario el re-

sultado probatorio, lo que, en este caso, implica completar la relevante omisión de confrontación de todo lo informado por cada uno de los peritos intervinientes.

5 RDCA-XX-2014

A. TSJA 28 de febrero de 2014

La jurisprudencia establece que «la valoración probatoria solo puede excepcionalmente tener acceso al recurso extraordinario por infracción procesal cuando por ser manifiestamente arbitraria e ilógica ésta no supera el test de la racionalidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE y, en tal caso, habrá de plantearse a través del art. 469.1.4º Lec. como vulneración del art. 24.1 CE por incurrirse en error de hecho manifiesto, irracionalidad y arbitrariedad» (STS 29/7/2011, entre otras).

6 RDCA-XX-2014

S. TSJA 17/2014, 15 de mayo de 2014

Es criterio jurisprudencial reiterado el que señala que la apreciación de la prueba es función privativa de los órganos de instancia, cuyo criterio debe prevalecer en casación sobre el particular del recurrente, a no mostrarse absurdo, ilógico, desorbitado o infractor de singulares preceptos valorativos de prueba. A partir del resultado probatorio, la sentencia recurrida resuelve que, en el caso, lo más conveniente al interés de los menores es atribuir su custodia a la madre, con lo que se ajusta a la previsión del art. 80.2 CDFA.

Y tal apreciación, que la norma deja en manos del juzgador de instancia, debe respetarse en casación salvo que aparezca como manifiestamente desafortunada o arbitrario, lo que aquí no sucede.

13 RDCA-XX-2014

A. TSJA 22 de septiembre de 2014

Como indica, entre otros numerosos, el ATS de 8/7/2014 (casación 1957/2013) «La valoración probatoria solo puede excepcionalmente tener acceso al recurso extraordinario por infracción procesal por la existencia de un

error patente o arbitrariedad o por la infracción de una norma tasada de valoración de prueba que haya sido vulnerada, al amparo del art. 469.1.4º Lec. en cuanto, al ser manifiestamente arbitraria o ilógica, no supera conforme a la doctrina constitucional el test de racionalidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE (SSTS 28/11/2008; 30/6/ y 6/11 de 2009; 26/2/2011, entre otras)».

14 RDCA-XX-2014

• VIOLENCIA DOMÉSTICA O DE GÉNERO

S. TSJA 28/2013, 2 de julio de 2013

El art. 80.6 CDFA se ve en parte complementado por la DA 4ª CDFA y por la previsión punitiva contenida en el art. 153, apartados 1 y 2 del Código Penal. Las tres normas tratan de la misma cuestión, pero no existe solapamiento entre ellas, puesto que la aplicación de una u otra se da en momentos sucesivos en el tiempo, no simultáneamente. De las tres, la primera a observar es la del art. 80.6, y en cualquiera de los dos supuestos que prevé no se acordará la atribución de la guarda y custodia al progenitor que aparezca como posible autor de la violencia doméstica o de género. Es una regulación meramente preventiva, porque una vez que sea decidida por la jurisdicción penal competente la presencia o no de delito por violencia intrafamiliar, carece ya de aplicación el art. 80.6, pues entonces los preceptos aplicables son: si la sentencia penal es absolutoria, la DA 4ª CDFA; y si tal resolución es condenatoria, el art. 153 Cp.: hay que atender a lo dicho en la sentencia penal sobre la guarda y custodia; si nada dice: no hay ninguna restricción.

33 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 28/2013, 2 de julio de 2013

Cuando pudo ser de observancia el art. 80.6 CDFA, lo impidió la actitud procesal adoptada por el padre, que cuando pudo comunicar y hacer valer a favor de su pretensión la tramitación del proceso penal, no lo hizo; y después y ahora, cuando sí se pretende suplicación ya no es posible, porque el proceso penal ha terminado por sentencia firme condenatoria que no ha

impuesto restricción alguna a la posible custodia a cargo de la madre condenada.

33 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 43/2013, 8 de octubre de 2013

Es indudable que el delito de revelación de secretos penado por el art. 197 del Código penal no se encuentra en ninguno de los tipos penales descritos en el art. 80.6 CDFA.

49 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 14/2014, 19 de marzo de 2014

La doctrina sentada por la STSJA 28/2013 conduce derechamente a la desestimación del único motivo de casación hecho valer en el recurso (que alega la infracción por inaplicación del art. 80.6 CDFA), pues al tiempo en que fue dictada la sentencia hoy recurrida no se hallaba pendiente el proceso penal seguido contra ella, sino que había sido terminado por sentencia firme condenatoria, en que el juez sentenciador hubiere considerado procedente, en interés de la menor, imponer a la acusada la pena de inhabilitación para el desempeño de las funciones de guarda de su hija.

9 RDCA-XX-2014

S. TSJA 23/2014, 24 de junio de 2014

En la sentencia de divorcio se acordó que la madre se hace cargo de la guarda y custodia del hijo. Ambas sentencias dictadas en la instancia valoraron en el momento de su pronunciamiento que estaba en trámite causa penal seguida contra el esposo, por denuncia de agresión formulada por la esposa, con la consiguiente imposibilidad de atribución de custodia del menor al padre ex art. 80.6 DFA. El efecto producido por la posterior sentencia penal, que pone fin a la causa penal, no es que deba darse lugar, por su incorrección, a la casación de la sentencia impugnada y, consiguientemente, entrar a resolver ahora sobre el tipo de custodia a establecer, sino que es haber dado lugar a un cambio sustancial de los hechos que pudieron ser tenidos en cuenta al tiempo del dictado de las sentencias de instancia, modificación esencial de la realidad fáctica producida después del término de la ins-

tancia que faculta a las artes para solicitar la modificación de las medidas reguladoras de su divorcio, si así conviene a su derecho.

18 RDCA-XX-2014

MEDIDAS JUDICIALES

• CON CARÁCTER DE MÍNIMAS

S. TSJA 28/2016, 2 de diciembre de 2016

La estimación del recurso de casación da lugar al establecimiento del régimen de custodia compartida y la Sala, asumiendo la instancia, debe señalar algunas medidas, con carácter de mínimas, que han de acompañar al mismo. Como no se ha presentado propuesta de plan de relaciones familiares, podrán las partes acordar lo que estimen conveniente en beneficio de la menor, y en su defecto regirán las reglas que, con carácter de mínimos y solo a los efectos de guarda y custodia y régimen de estancias y visitas y gastos, a continuación se expondrán, que podrán ser modificadas de mutuo acuerdo por las partes, con su homologación en ejecución de sentencia. A falta de acuerdo, las partes pueden suscitar en ejecución de sentencia las cuestiones de detalle que estimen oportunas para su resolución por el trámite correspondiente ante el Juzgado (Auto aclaratorio de 27/12/2016).

27 RDCA-XXIII-2017

• LIMITACIONES AL PRINCIPIO DE JUSTICIA ROGADA

S. TSJA 35/2013, 17 de julio de 2013

El principio de justicia rogada no rige en esta materia con la misma fuerza que en materias de derecho patrimonial, pues como afirma la STS 304/2012, de 21 de mayo: «no puede alegarse la incongruencia cuando las partes no hayan formulado una petición que afecta al interés del menor, que deberá ser decidida por el juez, en virtud de la naturaleza de *ius cogens* que tiene una parte de las normas sobre procedimientos matrimoniales, tal como puso de relieve en su día la STC 120/1984».

41 RDCA-XIX-2013

A. TSJA 14 de octubre de 2013

No resulta contrario al art. 216 Lec. la adopción de determinadas medidas en beneficio e interés de los menores en estos procesos especiales matrimoniales y de menores (arts. 748 y ss. Lec.) al margen de las interesadas por las partes. El mismo art. 216 Lec. señala la posible excepción al principio de justicia rogada cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales, y así lo hace el art. 751 Lec. sobre la indisponibilidad del objeto del proceso en los regulados en ese título, o el art. 774.4 Lec. al permitir a los tribunales establecer las medidas definitivas que procedan si para alguno de los conceptos mencionados no se hubiera adoptado ninguna. Así sucedió en el presente caso al modificarse en apelación el régimen de guarda y custodia, de un progenitor a otro, por lo que no se había adoptado medida sobre pensión alimenticia en el supuesto de cambio de tal régimen.

52 RDCA-XIX-2013

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. 52.2, *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. 770.4º, 771.3, 774.2, 775.2 y 777.4 Lec.).

30 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• MODIFICACIÓN

S. APZ 3 de noviembre de 2010

La modificación de las medidas (arts. 90. 91 y 100 Cc.) ya fijadas en anteriores procesos ma-

trimoniales requiere una alteración de las circunstancias que, para que sean tenidas en cuenta, han de revestir una serie de características, como que sean trascendentes y no de escasa o relativa importancia, que se trate de una modificación permanente o duradera y no aleatoria o coyuntural, que no sea imputable a la propia voluntad de quien solicita la modificación ni preconstituida y que sea anterior y no haya sido prevista por los cónyuges o el Juzgador en el momento en que la medidas fueran establecidas. Correspondiendo la carga de la prueba a la parte que propone la revisión de las medidas (art. 217 Lec.).

87 RDCA-2012-XVIII

S. APZ (Secc. 2ª) 6 de marzo de 2011

La modificación de las medidas (Art.º 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 (Art.º 217 L.E.C.).

67 RDCA-XIX-2013

A. TSJA 26 de julio de 2012

El art. 79.5 CDFA, al prever la posibilidad de modificación de medidas judiciales adoptadas judicialmente en el caso de concurrir causas o circunstancias relevantes, es una norma completa de carácter hermenéutico, que establece una consecuencia jurídica (la modificación de las medidas) si se da el presupuesto de hecho (la concurrencia de causas o circunstancias relevantes), lo que exigirá la comprobación de la existencia de tales circunstancias para llegar a la conclusión de modificar, o no, las medidas anteriormente adoptadas.

39 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 17/2013, 13 de marzo de 2013

El establecimiento de la custodia compartida solicitada rebasado el plazo de un año desde la vigencia de la Ley 2/2010 (el 8 de septiembre de 2010) no comporta infracción de la DT 6ª CDFA. Pasado el año de vigencia de la nueva regulación, a la revisión de la medida de guarda y custodia, como a la de cualquier otra medida, le es de aplicación el art. 79.5 CDFA que exige que se acredite un cambio relevante de circunstancias. En el caso de autos, es patente el cambio de circunstancias, pues la menor ha pasado de niña (10 años) a adolescente (14 ha cumplido).

20 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 42/2013, 3 de octubre de 2013

Una vez transcurrido el plazo de un año de la DT 1ª de la Ley 2/2010 ya no basta con la mera petición de cambio de régimen de custodia para instar y obtener el cambio de las medidas fijadas en la sentencia de divorcio de 2006, sino que debe estarse al régimen general del art. 775 Lec., de modo que los interesados en la modificación del régimen de custodia deben alegar y acreditar una sustancial alteración de las circunstancias que en su momento fueron valoradas para establecer la custodia individual a favor de la madre. Ni la propia parte, ni el Juzgado ni la Audiencia entienden que sean de relevancia sustancial la mayor edad de la menor, la modificación de los hábitos de la vida cotidiana de la niña y los propios deseos de ella. La valoración probatoria efectuada en la instancia queda excluida, salvo excepciones que no son del caso, de la posibilidad de ser revisada en casación o por vía de infracción procesal. No existe infracción del art. 80.2.

48 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 18/2014, 23 de mayo de 2014

El art. 79.5 CDFA tiene su correspondencia en el art. 91 Cc. respecto del cual los tribunales han establecido como doctrina que para que la acción de modificación pueda ser acogida judicialmente es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos: a) Que se haya producido un cambio en la situación fáctica que determi-

nó la medida que se intenta modificar; b) Que dicha modificación sea sustancial, esto es que afecte al núcleo de la medida y haga suponer que de haber existido al momento del divorcio se habrían adoptado medidas distintas; c) Que tal cambio sea estable o duradero, con carácter de permanencia; d) Que la alteración sea imprevista, o imprevisible y, por ende, ajena a la voluntad de quien entabla la acción de modificación. La exigencia de la alteración sustancial de circunstancias tiene por fin evitar una serie interminable de procesos de revisión de medidas ya acordadas con quiebra del principio de seguridad jurídica.

14 RDCA-XX-2014

S. TSJA 19/2014, 26 de mayo de 2014

La DT 6ª CDFA no se opone a que puedan ser formuladas demandas de modificación de medidas que tengan por objeto el cambio del sistema de guarda de menores una vez transcurrido el plazo en ella señalado (STSJA 17/2013), pero hay que respetar el art. 79.5 CDFA, que no emplea la misma expresión que el art. 91 Cc., sino una más flexible («causas o circunstancias relevantes»), lo que se explica porque las medidas del art. 79.5 son todas ellas relativas a menores (SSTSJA 8 y 10/2011). En el caso que nos ocupa ha quedado acreditado que el régimen de custodia compartida es el más adecuado al interés del menor en este momento, y ha habido un relevante cambio que se concreta en la diferente edad del menor, que ha pasado de un año de edad a siete al tiempo en que se pronuncia la presente resolución, por lo que no cabe entender que se haya vulnerado el art. 79.5 CDFA por haber accedido a un cambio de medidas sin que concurra una alteración sustancial de circunstancias.

15 RDCA-XX-2014

S. JV Zaragoza nº2, 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 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.

41 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• RELATIVAS A MENORES: MODIFICACIÓN

S. TSJA 18/2014, 23 de mayo de 2014

Respecto de las medidas adoptadas en relación a los hijos menores, y por el impacto que en ellas tiene el principio de interés del menor que informa nuestro ordenamiento de familia, una tendencia jurisprudencial entiende que tal principio no afecta a la exigencia de una prueba rigurosa sobre la concurrencia de una alteración sustancial de circunstancias, mientras que la otra tendencia, seguida por la Secc. 2ª AP de

Zaragoza, entiende que el interés del menor ha de prevalecer en todo caso sin reparar en si se ha producido o no la alteración de circunstancias (STS 761/2013, de 12/12). El art. 79.5 CDFA no emplea la misma expresión que el art. 91 Cc. [«alteración sustancial de circunstancias»] para establecer el presupuesto que permite la modificación de las medidas definitivas previamente acordadas, sino la de «concurrentia de causas o circunstancias relevantes», lo que implica una mayor flexibilidad, que se explica porque las medidas a las que se refiere el art. 79.5 son todas ellas relativas a menores.

14 RDCA-XX-2014

S. TSJA 18/2014, 23 de mayo de 2014

En las medidas relativas a menores no se trata ya de constatar si ha quedado acreditada una alteración sustancial de circunstancias existentes en el momento en que recayó la previa decisión judicial, sino si concurren o no aquellas causas o circunstancias que por su relevancia justifican la modificación de las medidas, y ciertamente la tienen todas aquellas que evidencien que las acordadas ya no se convienen con el interés del menor que ha de quedar salvaguardado en todo caso (art. 76.2 CDFA). Y entre aquellas causas merece especial mención la adaptación al desarrollo del menor (art. 79.5 CDFA; STSJA 17/2013, de 13/3: entendió bastante para dar lugar al cambio pretendido el hecho de que la menor hubiere pasado de niña —10 años— a adolescente —14 años cumplidos—). En el presente caso, de la valoración de la prueba resulta que el interés del menor en el momento actual requiere el régimen de visitas ampliado aprobado, por lo que hay que entender que concurre causa o circunstancia relevante que justifica la modificación del régimen de visitas que venía acordado. Voto particular.

14 RDCA-XX-2014

S. TSJA 18/2014, 23 de mayo de 2014

Voto particular: La tesis de la mayoría, de que baste la mera alegación del interés del menor para legitimar el cambio de medidas, contradice la dicción literal de la norma (arts. 79.5 CDFA, 775.1 Lec.), desatiende la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo (S

15/2014, de 10/2), altera la doctrina sostenida por esta Sala del TSJA (ss. 42/2013, de 3/10, 17/2013, de 13/3), y posibilita una práctica procesal contraria al texto legal, e indeseable en sus efectos, de dar lugar a sucesivas e injustificadas pretensiones de modificación de medidas bajo la invocación genérica del principio general del interés del menor.

14 RDCA-XX-2014

MODIFICACIÓN DE MEDIDAS

• CAUSAS O CIRCUNSTANCIAS RELEVANTES

S. TSJA 27/2016, 1 de diciembre de 2016

El art. 775 Lec., y a su vez los arts. 79.5 CDFA y 90.3 Cc., previenen que las medidas aprobadas judicialmente en sentencia firme de divorcio o separación podrán ser modificadas, como excepción al régimen general de cosa juzgada y en atención a la naturaleza del proceso de divorcio o separación y de las medidas que se adoptan en relación con los hijos menores, cuando concurren causas o circunstancias relevantes, habida cuenta de los cambios que pueden producirse tanto por el crecimiento vital de los hijos menores como por las situaciones personales, profesionales y económicas de los progenitores. En el caso de autos es claro que el crecimiento de la hija menor ha supuesto un cambio notorio de circunstancias, y a partir de noviembre de 2014 se produjo un cambio en su régimen de vida, pasando a pernoctar con cada uno de los progenitores por días alternos, lo que justifica la posibilidad de la modificación de las medidas inicialmente adoptadas.

26 RDCA-XXIII-2017

• DOCTRINA CONSOLIDADA

S. TSJA 24/2016, 14 de octubre de 2016

De acuerdo con una consolidada doctrina de esta Sala (SS 42/2013 y 17/2013) en interpretación de lo dispuesto en el art. 79.5 CDFA y 775.1 Lec., para que pueda darse lugar a la modificación de las medidas definitivas acordadas

en una previa sentencia matrimonial es inexcusable la concurrencia de los siguientes requisitos: a) Que se haya producido, con posterioridad a dictarse la resolución judicial, 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 conyuntural, o esporádico. 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 beneficiosas.

2 RDCA-XXIII-2017

• **LA DESESTIMACIÓN DE LO PEDIDO NO INFRINGE EL ART. 79.5 CDFA**

S. TSJA 7/2016, 17 de febrero de 2016

El hecho de que el recurrente haya sido padre de una nueva hija no modifica sustancialmente las circunstancias concurrentes que determinaron la custodia individual de los hijos menores del matrimonio a favor de la madre, en su caso podría significar una menor disponibilidad para atender a éstos. También alega el recurrente la flexibilización del horario laboral por haber sido aprobado el Plan Concilia. Pero la Audiencia, partiendo de los hechos probados, estima que no se ha producido una modificación de suficiente entidad para modificar las medidas acordadas en la sentencia de divorcio. Estima el TSJA que en este caso, la decisión de la Audiencia no ha infringido el art. 79.5 CDFA.

2 RDCA-XXIII-2017

• **NATURALEZA DEL PROCESO DE MODIFICACIÓN DE MEDIDAS**

S. TSJA 7/2016, 17 de febrero de 2016

Esta Sala en diversas sentencias, como la 19/2014, de 26 de mayo, ha puesto de relieve que el contenido normativo del art. 79.5 del

CDFA tiene una mayor flexibilidad que el establecido en el art. 91 Cc., lo que se explica porque las medidas a las que se refiere el precepto aragonés son todas ellas relativas a menores. Cuando se solicita la modificación del régimen de custodia, ha de resultar probado el cambio de circunstancias y que la custodia que se solicita sea más conveniente para el interés del menor. Sólo procederá la modificación cuando de los nuevos hechos acreditados resulte un cambio cualitativo de las circunstancias concurrentes que determine que el interés del menor exige un cambio del sistema de guarda y custodia (STSJA 37/2014, de 19 de noviembre).

2 RDCA-XXIII-2017

PACTO DE RELACIONES FAMILIARES

• **MODIFICACIÓN**

S. TSJA 10/2016, 2 de marzo de 2016

Si en diciembre de 2013 se suscribió un pacto de modificación del pacto cuarto del convenio regulador, es llano que para determinar si luego ha habido o no un cambio de circunstancias a los efectos del art. 77.3 CDFA ha de partirse de la fecha de dicho pacto modificador del convenio aprobado en la sentencia de divorcio, y no de la de ésta. Además, los efectos de la modificación de medidas, a diferencia de lo que ocurre cuando son establecidas por primera vez, no se producen sino desde la fecha de la resolución modificadora (SSTS 26/3/2014, 15 y 23/6/2015), por lo que, extinguida ya en esa fecha la pensión respecto del mencionado hijo, ninguna virtualidad tendría ahora la modificación ulterior de las pensiones ya satisfechas.

6 RDCA-XXIII-2017

PLAN DE RELACIONES FAMILIARES

• **LIBERTAD DE FORMA**

S. TSJA 20/2013, 29 de abril de 2013

Ni el padre ni la madre propusieron un específico plan de relaciones familiares bajo tal denominación formal. Lo cual, sin embargo, no

impide concluir que el padre sí concretó con claridad cuál iba a ser el sistema de futura convivencia que proponía, porque en suplico de la demanda expuso con el detalle necesario cómo consideraba y solicitaba que debiera ser la relación entre los familiares afectados, padre, madre e hijo menor. La falta de nominación específica como «plan de relaciones familiares» no puede conllevar la imposibilidad de pronunciamiento sobre la relación sustantiva que es origen del plan, porque ello supondría un formalismo contrario a la efectiva decisión judicial sobre el fondo del asunto.

24 RDCA-XIX-2013

RÉGIMEN DE VISITAS

• CAMBIO DE RESIDENCIA DE LOS HIJOS

S. TSJA 11/2016, 8 de marzo de 2016

El pretendido traslado de los niños a Portugal, que comportaría un cambio sustancial en su entorno y en la relación con su padre que vive en Zaragoza, sin otra justificación que el voluntario (no forzoso) cambio de residencia de la madre, no tiene en cuenta el interés de los menores y compromete seriamente lo pactado respecto a la custodia compartida de los mismos (en el plazo de cuatro años desde la sentencia de divorcio), por lo que la sentencia recurrida, que concede la modificación del régimen de visitas con el padre solicitado por la madre, vulnera lo dispuesto en los arts. 76.3.a y 80.2 CDFA que se denuncian como infringidos. Hay voto particular.

7 RDCA-XXIII-2017

• COMUNICACIONES TELEFÓNICAS

S. TSJA 26/2012, 13 de julio de 2012

La no fijación en la sentencia recurrida de un régimen mínimo de comunicaciones telefónicas con los hijos a favor del padre no infringe el art. 79.2.a, pues de su texto no se deriva la necesidad de que el juzgador determine el modo y la frecuencia con la que han de verificarse las llamadas. Lo cual no impide en absoluto que, si se acreditara la obstaculización de las

comunicaciones telefónicas, pueda el padre recabar del Juzgador las medidas oportunas.

36 RDCA-2012-XVIII

• CUSTODIA INDIVIDUAL

S. TSJA 40/2013, 4 de septiembre de 2013

El derecho del hijo a relacionarse con ambos padres, aunque vivan separados (art. 60 CDFA), no se ha visto vulnerado por el fallo que desestima la petición de custodia compartida formulada por el padre y mantiene la custodia individual a favor de la madre, pero con un régimen de visitas a favor del padre con suficiente amplitud. Con ello no se desconoce ni infringe el derecho de los menores a relacionarse con ambos progenitores.

46 RDCA-XIX-2013

• DERECHO-DEBER DE PADRE E HIJO A RELACIONARSE ENTRE SÍ

S. TSJA 16/2013, 12 de marzo de 2013

De los arts. 59, 60, 79.2 y 80.1.3 se desprende que el padre tiene el derecho —un derecho-deber, en realidad— a relacionarse con el hijo. Pese a lo dicho en el art. 80.1.3, la sentencia recurrida deniega el establecimiento de una concreta forma para la efectividad de la relación y comunicación entre padre e hijo (poder disponer del número de teléfono del menor), por la concurrencia de dos circunstancias, por un lado la edad del joven, de 17 años, y por otro la condena del padre por maltrato a su hijo. Estas circunstancias, justifican que sea el joven quien libremente decida la forma de hacer efectivo lo que constituye para ambos, no solo para el padre, el derecho-deber de relación entre padre e hijo. Así se ha acordado en la sentencia de instancia, sin privar al padre de la comunicación con su hijo, y esta decisión no infringe los arts. 60, 79.2 y 80 CDFA en que se funda el recurso.

19 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 1/2016, 13 de enero de 2016

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

• **DIFICULTAD DE IMPONER UN RÉGIMEN CONCRETO DE VISITAS**

S. TSJA 32/2012, 16 de octubre de 2012

La sentencia no fija un concreto régimen de visitas para que el padre pueda relacionarse con sus hijas, con ello no infringe los arts. 59 y 60 CDFA porque no prohíbe la posibilidad de relación entre padre e hijas. Simplemente constata la dificultad de imponer un régimen concreto en contra de la voluntad de unas menores que cuentan quince años de edad y que venían desarrollando un sistema de visitas que se sustentaba ya en el deseo de las menores de ir con su padre cuando quisieran. En definitiva, padre e hijas deben decidir conjuntamente un régimen de visitas que permita mantener la necesaria relación personal, sin que deba imponerse en este caso un sistema rígido que no conduciría más que a distanciar y dificultar aún más la ya tensa relación que existe entre ellos.

45 RDCA-2012-XVIII

• **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 39/2014, 15 de diciembre de 2014

Conforme a los principios generales de ineludible observancia señalados por la STS 289/2014, de 26 de mayo (recurso 2710/2012) para la atribución de las cargas que implican los desplazamientos del régimen de visitas (interés del menor —art. 39 CE— y reparto equitativo de cargas), no resulta acertado el principio que, como regla general, imponga siempre al progenitor no custodio la carga de los traslados para la entrega y recogida de los menores en cumplimiento del régimen de visitas, pues el criterio normal o habitual exige que los progenitores repartan la carga que supone la entrega y recogida de los menores. El interés del menor exige el mejor desarrollo posible del régimen de visitas, que no es sólo un derecho de los progenitores no custodios (art. 80.1.3) sino de los hijos menores con ellos (arts. 76.3.a y 79.2.a), y debe

ser conseguido con la participación y colaboración de ambos progenitores. Los anteriores principios habrán de ser tenidos en cuenta en cada caso concreto y singularizados en las situaciones extraordinarias.

34 RDCA-XX-2014

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 regida 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

• **EXCEPCIONALIDAD DEL NO ESTABLECIMIENTO DE UN RÉGIMEN**

S. TSJA 16/2016, 10 de junio de 2016

En los casos de custodia individual se fijará un régimen de visitas con el otro progenitor (art. 80.1 CDFA), que es a la vez un derecho de los menores (art. 76.3.a) y de los padres (art. 80.1 en relación con el 59 b CDFA), añadido a las medidas a adoptar por los jueces ex art. 79.2.a CDFA. No se trata de un derecho exclusivo del menor ni libremente disponible por él, aunque esté permanentemente concebido en su interés y dirigido al mismo, pues en última instancia será dotado de eficacia, o suspendido, modificado o denegado por el Juez, atendiendo

a su interés (art. 60 CDFA). Es un derecho del menor, salvo si, excepcionalmente, el propio interés del menor desaconseja que exista (art. 60.1 CDFA). La voluntad del menor (de 12 años) no puede suponer, por sí sola, el elemento decisorio, pues tal decisión puede suponer un perjuicio para él mismo. No habiéndose dado la justificación excepcional que la norma exige, se han infringido los preceptos citados y la sentencia debe ser casada.

13 RDCA-XXIII-2017

• **FIJACIÓN DE UN RÉGIMEN MÍNIMO**

S. TSJA 16/2013, 12 de marzo de 2013

La situación de un menor de más de 12 años (art. 6 CDFA), e incluso mayor de catorce años, es bien distinta de la de un menor de corta edad que no tiene capacidad suficiente para organizar y decidir por sí solo la forma de comunicarse, visitar y relacionarse con sus progenitores. En este último caso puede ser preciso concretar los cauces para facilitar el contacto paternofilial (aunque no necesariamente convendrá establecer, en todos los supuestos, un régimen mínimo de comunicaciones telefónicas: STSJA 13/6/2012). Sin embargo, la valoración es diferente si nos hallamos ante un mayor de catorce años. En la STSJA 16/10/2012 se acordó que el régimen de visitas del padre con sus hijos —gemelas de 15 años de edad— fuese el que libremente decidieran de común acuerdo entre ellos. En el caso de autos, la edad de 17 años del menor y la condena del padre por maltrato al hijo, justifican que sea el hijo quien brevemente decida cómo desea relacionarse con su padre, sin que resulte aconsejable imponer judicialmente la forma de hacerlo.

19 RDCA-XIX-2013

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 redonda 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 beneficio-s para el menor.

39 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

S. APH 17 de febrero de 2009

En las decisiones que se adopten en relación con los hijos siempre ha de primar el interés superior del menor, no los intereses de los padres, aplicable también al régimen de visitas. En las relaciones con menores, especialmente en los casos de ruptura matrimonial, todos deben actuar con prudencia, generosidad y con la flexibilidad que requiera el interés del menor. Han de transmitir una sensación de estabilidad, de orden y normalidad en la relación con uno y otro progenitor, en el régimen de visitas y estancias con cada uno de ellos y con sus respectivas familias.

21 RDCA 2011, XVII

S. APZ 11 de marzo de 2009

El derecho de los progenitores a comunicarse con los hijos no solo se trata de un derecho a favor de aquéllos sino que desarrolla un efecto muy beneficioso en el desarrollo psico-emocional de los menores que mantienen de esta forma un vínculo natural con sus padres, siempre, eso sí, que las circunstancias en que se desarrolle este derecho sean las adecuadas y convenientes, porque está subordinado al interés del menor, de manera que han de adoptarse

aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del menor.

44 RDCA 2011, XVII

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

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

• LA OPINIÓN 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 autori-

dad 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.

39 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• *MENOR MAYOR DE 14 AÑOS*

A. APZ 6 de octubre de 2009

Los padres tienen el derecho y la obligación de visitar y relacionarse con el hijo (art. 56 LDp.), pero si el menor ha cumplido los 14 años, su capacidad de obrar exige valorar la decisión del menor, siempre que sea fruto de una reflexión madura adecuada y no se vea afectado su propio interés. El menor de manera espontánea y madura ha expuesto que prefiere la libre comunicación con su padre, por lo que procede modificar en este sentido el régimen de visitas del padre.

49 RDCA 2011, XVII

• *MODIFICACIÓN*

S. APZ 31 de marzo de 2009

La modificación de las medidas ya fijadas en anteriores procesos matrimoniales (aquí el régimen de visitas a favor del padre) requiere de una alteración de circunstancias, que para que sean tenidas en cuenta, han de revestir una serie de características, como que sean trascendentes y no de escasa o relativa importancia, que se trate de una modificación permanente o duradera y no aleatoria o coyuntural, que no sea imputable a la propia voluntad de quien so-

licita la modificación ni preconstituida y que sea anterior y no haya sido prevista por los cónyuges o el Juzgador en el momento en que las medidas fueran establecidas. Correspondiendo la carga de la prueba a la parte que propone la revisión de las medidas (art. 217 Lec.). Primacía del interés superior del menor.

45 RDCA 2011, XVII

• *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 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.

45 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• *POSIBILIDADES DE SUPERVISIÓN*

S. TSJA 31/2016, 21 de diciembre de 2016

La medida de supervisión de las visitas no vulnera el contenido normativo de los arts. 60.2 y 76.3 CDFA, por cuanto, en interés de la menor y a la vista de las circunstancias psíquicas que concurren en su padre, es posible establecer cautelas para asegurar que esas visitas tendrán lugar siempre en beneficio de la menor. Puede ordenarse que dicha supervisión pueda ser rea-

lizada por establecimiento cuyo nombramiento se promueva en su actual país de residencia, Bélgica; pero contraviene los preceptos citados el hecho de que la madre pueda decidir la persona de su confianza que llevará a cabo la supervisión de las visitas con el padre, que puede no existir y dar lugar a la imposibilidad de ejercicio del derecho de visitas. El cumplimiento de los deberes no puede quedar al arbitrio de una de las partes, en este caso la que aparece como deudora u obligada a realizar actos que hagan posible el ejercicio del derecho de relación que en la sentencia se ha reconocido.

28 RDCA-XXIII-2017

• *PRINCIPIO DE IGUALDAD*

S. TSJA 26/2014, 2 de julio de 2014

Los arts. 75.2 y 76.3, que contienen una declaración del legislador sobre la finalidad que persigue y un principio general, han de ser relacionados con la norma que los desarrolla para que puedan dar lugar a un recurso de casación (STSJA 15/2013, de 11/3). El principio de igualdad que ha de guiar la adopción de las medidas que procedan en relación a los hijos en caso de ruptura de convivencia de los progenitores resulta de los arts. 75.2 y 76.3, pero en modo alguno implica que ambos progenitores hayan de tener un régimen de comunicación igual en relación con su descendencia común, hasta el punto de que la norma aragonesa permite el establecimiento de una custodia individual cuando ello convenga para satisfacer el interés superior del menor (art. 80.2). Lo que sí impone es que cualquier diferencia de trato se halle justificada en razón de las circunstancias concurrentes (SsTSJA 12/2014, de 4/3; 11/2014, de 17/2; 43/2013, de 8/10).

21 RDCA-XX-2014

• *RELACIÓN DEL MENOR CON SUS ABUELOS*

S. TSJA 30/2012, 20 de septiembre de 2012

a) La adopción de las medidas necesarias para garantizar la relación del menor con sus abuelos la debe realizar el juez de oficio o ins-

tancia de cualquier persona interesada (79.2 CDFA); b) La responsabilidad de un eventual régimen de visitas la debe asumir el padre, sin perjuicio del régimen de relación que se pueda establecer entre el menor y sus abuelos (arts. 77.2.b y 79.2.a CDFA); c) Sin perjuicio de lo anterior, y sin que ello suponga la asunción por los abuelos de obligaciones propias del cumplimiento del régimen de visitas del padre, no cabe tampoco prohibirles la colaboración puntual y voluntaria que decidan prestar a su hijo para facilitar el mejor cumplimiento de las obligaciones parentales que a este le corresponden.

43 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 37/2013, 24 de julio de 2013

Proclamada la relación personal del menor con sus abuelos como un derecho del mismo (art. 60.1 CDFA) al que los padres no se pueden oponer salvo por interés de aquél (art. 60.2 CDFA), al mismo tiempo se dota al juez de un amplio margen de actuación, a instancia tanto del menor como del resto de los afectados, para suspender, modificar o denegar la relación y para hacerla eficaz, todo ello siempre en interés del menor (art. 60.3 CDFA). Se percibe así que no se trata de un derecho libremente disponible, tampoco para el menor, y también que no se trata de un derecho exclusivo del menor, aunque esté permanentemente concebido en su interés dirigido al mismo. La opinión de la menor (de 15 años de edad) contraria al régimen de visitas con el abuelo debe ceder, precisamente por su interés, en favor de unas relaciones que en opinión unánime de los especialistas son una oportunidad de que la niña encuentre otro mundo de relaciones distintas y más enriquecedoras.

43 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 50/2013, 18 de diciembre de 2013

La sentencia recurrida aprecia un incorrecto uso del tiempo de visitas con el padre lo que le lleva a la supresión de las visitas intersemanales, pero de ello no se deduce la alegada privación de la relación del niño con los abuelos paternos y con su tía paterna (art. 9.2 CDFA),

dicha relación se podrá seguir manteniendo, aun en menor tiempo (cuatro días al mes), sin perjuicio de que las partes lleguen a acuerdos que permitan su ampliación si, como estimaban, resultaba beneficioso para el menor.

56 RDCA-XIX-2013

65: RELACIONES PARENTALES Y TUTELARES. ADOPCIÓN, GUARDA. ACOGIMIENTO. PROTECCIÓN DE MENORES

ADMINISTRACIÓN VOLUNTARIA

• LIBERTAD DE TESTAR

S. TSJA 32/2014, 3 de octubre de 2014

Es claro que los arts. 9.2, 94.2 y 107 CDFA sí permiten que el administrador que, por ministerio de la ley, deben tener los hijos menores de edad pueda ser nombrado por el testador, con la consiguiente exclusión de la administración paterna. Expresamente se prevé así tal posibilidad en las normas citadas, dentro, por demás, de la amplia libertad de testar que al causante reconocen los arts. 31 8 y 405 del CDFA. En lo referente a los mayores de edad (o a los menores en que lo sean), la misma libertad de testar recogida en las normas citadas es la que autoriza a que el disponente establezca las limitaciones que tenga por conveniente respecto de las posibilidades de administración y disposición de quienes sean sus causahabientes, sin prejuzgar la acción que, por estricta defensa de la legítima pudiera, en su caso y momento, ejercitarse.

28 RDCA-XX-2014

ADOPCIÓN

• NECESIDAD DE ASENTIMIENTO DE LOS PADRES

S. TSJA 14/2013, 28 de febrero de 2013

El procedimiento para determinar la necesidad, o no, de asentimiento en la adopción (art. 781 Lec.) precisa examinar los supuestos

en los que, según el art. 177.2.2º Cc., tal asentimiento es necesario. La referencia del art. 177.2.2º cc. a la privación de la patria potestad o a hallarse incurso en causa legal para su privación, que exige comprobar «el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma» (art. 170 Cc.), debe entenderse hecha en Aragón al art. 90 CDFA, conforme al cual para la privación de la autoridad familiar se requiere «incumplimiento grave y reiterado de los deberes inherentes a la misma», enunciado que literalmente resulta más exigente que el del art. 179 del Cc.

16 RDCA-XIX-2013

CAUSAS DE REMOCIÓN

S. JPJ Ejea nº 1, 19 de marzo de 2013

En el presente caso se ha puesto de manifiesto un fuerte conflicto entre las dos hijas de la demandada. La tutela se atribuye solamente a una de ellas, por estar prevista la tutela plural solo en supuestos excepcionales. Sin embargo, la demandada tiene derecho a mantener el contacto con sus familiares. Derecho que está por encima de los intereses de las hijas, puesto que la tutela es una institución de protección del incapaz, y no un derecho de los parientes llamados a ejercerla. Por ello se reconoce expresamente el derecho de la demandada de estar en compañía de la hija no tutora y del resto de familiares (establece visitas). Por ello, la tutora deberá permitir el acceso al domicilio de la incapaz de los parientes que deseen visitarla, ya que la demandada pasa a residir en la vivienda de la tutora, este inmueble pasa a ser también el domicilio de la incapaz, por lo que tiene derecho a que la visiten allí; de impedir régimen de comunicaciones, que se establece en interés de la incapaz y para la protección de sus derechos, podría apreciarse causa de remoción de tutor.

57 RDCA-XX-2014

CURATELA

S. JPJ Ejea nº 1, 13 de abril de 2009

La sentencia declara la incapacitación parcial del demandado, que queda sometido a curatela. Especifica, de conformidad con el art.

136 LDp., que en la esfera personal la curatela se extenderá a la cuestión del control de la toma de medicación del demandado, y en la esfera patrimonial el demandado necesitará la asistencia del curador para la realización de aquellos actos patrimoniales que excedan de 300 euros. Ante la ausencia de parientes idóneos del demandado, corresponde atribuir las funciones de curatela a la entidad pública a que esté encomendada la protección de los incapacitados (art. 102 LDp.). En el caso que nos ocupa, dicha entidad es la comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos de la Comunidad Autónoma de Aragón.

61 RDCA-2010-XVI

• *DEL INCAPACITADO*

S. APH 3 de septiembre de 2010

Se declara la incapacidad de Celso con sujeción al régimen de curatela, precisando asistencia del curador para, entre otras cosas, enajenar o gravar bienes inmuebles, renunciar de derechos o transigir, disponer de bienes a título lucrativo y para cualquier acto relativo a su estado civil, matrimonio, nacionalidad, vecindad foral, etc., por cuanto pueden conllevar repercusiones patrimoniales económicas (otorgamiento de capítulos, renuncia a derecho de viudedad, etc.). La causa de la incapacidad proviene de su relación por internet con una dominicana a la que le envía dinero (200 euros mensuales de los 1000 que gana) así como el endeudamiento que ha asumido (sendos préstamos) para enviarle más dinero; lo que implica una especie de prodigalidad a causa de la deficiencia psíquica que padece y le impide plenamente regir su persona y bienes como dice el art. 35-3 LDp. (art. 38-2 CDFA).

69 RDCA-2012-XVIII

S. JPII Ejea nº 1, 21 de marzo de 2011

En el caso que nos ocupa, dado el grado de discernimiento del demandado, debe éste quedar sometido a curatela. El curador deberá prestar su asistencia al demandado para realizar cualquier acto de contenido patrimonial cuyo importe supere los 150 euros. Por otra parte,

según el art. 150. 2CDFA, se podrá conceder al curador «la representación para determinados actos de administración o disposición de bienes del incapacitado», así se atribuye al curador la gestión de la pensión de incapacidad que percibe (730 euros mensuales), de forma que cada mensualidad ahorre, al menos, la cantidad de 250 euros, y que cada semana el Sr. L pueda disponer de, al menos, la cantidad de 70 euros. De esta manera se limitan los efectos de su patología sobre su patrimonio; y también se garantiza la posibilidad de que lleve a cabo una vida autónoma, puesto que no se le incapacita en cuanto al aspecto personal, pero se incapacitaría de facto si no se le permitiese disponer de dinero.

82 RDCA-XIX-2013

• *FINALIDAD*

S. APZ (Secc. 2ª) 5 de julio de 2011

La curatela es una institución de guarda de la persona a la que se nombra un asistente, en atención a su grado de discernimiento para que pueda realizar determinados tipos de actos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 289 del Código Civil; la curatela es un órgano estable pero de actuación intermitente que se caracteriza porque la función no consiste en la representación de quien está sometido a ella, sino de completar la capacidad de quien la padece, pero necesita un plus para la realización de determinados actos. La diferencia se encuentra entonces en que el sometido a tutela carece de capacidad y por ello la medida de protección es la representación, mientras que el sometido a curatela es capaz pero requiere de un complemento de capacidad.

69 RDCA-XIX-2013

DELACIÓN DATIVA

• *PREFERENCIA*

S. JPII Ejea nº 1, 21 de marzo de 2011

Cuestión problemática es determinar la persona o institución que ha de ejercer la fun-

ción tutelar (en este caso, la curatela), puesto que los progenitores y los hermanos del Sr. L consideran que no son los más adecuados para ejercitarla. Él mismo solicita que sea una persona ajena a la familia. Sin embargo, la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos se opone a ser nombrada como curadora. Teniendo en cuenta la previsión del art. 116-2 CDFA, considero que procede nombrar como curador de J a la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos.

82 RDCA-XIX-2013

S. JPII Ejea n° 1, 19 de marzo de 2013

La cuestión central en el presente procedimiento es determinar la persona que debe ser nombrada tutora de la Sra. G. La incapacidad no es discutida, y es evidente a la vista de la documentación obrante en las actuaciones y del examen que se hizo de la demandada, y parece que tampoco es discutible que la demandada debe ser sometida a tutela. Sin embargo, sus dos hijas discuten sobre la persona idónea para ejercitar el cargo tutelar. El nombramiento de tutor debe hacerse de acuerdo con lo dispuesto en la ley, y en interés del incapaz. El art. 116 CDFA establece el orden de prelación para el nombramiento de tutor, que podrá alterarse, si concurren circunstancias que así lo justifiquen. Pero las dos hermanas tienen el mismo grado de parentesco respecto de la madre, sin que el Código establezca una norma que permita elegir a una frente a la otra. No procede tutela conjunta porque ambas hermanas se llevan mal. Ambas hermanas expresaron en la vista su deseo de ser nombradas tutoras y tienen capacidad. En razón de ello, estimo que un criterio objetivo es la edad: una tiene 47 años otra 62, parece más adecuado elegir a la más joven.

57 RDCA-XX-2014

DELACIÓN HECHA POR UNO MISMO

• VINCULACIÓN AL JUEZ

S. APZ 8 de septiembre de 2010

En la legislación estatal la autotutela tiene preferencia en el orden de llamamientos pero puede ser alterada atendiendo al interés del in-

capacitado, atribuyéndose el juez discrecionalmente la facultad de valorar la mayor idoneidad de los aspirantes mientras que en la legislación aragonesa se da una mayor relevancia a la voluntad del otorgante no siendo suficiente únicamente con acudir al criterio de la mayor idoneidad en el cargo para descartar la autotutela. El juez debe motivar las razones que los llevan a ello, y si no hay motivo alguno para ello, ni se ha producido ningún cambio de circunstancias significativo desde el otorgamiento que en beneficio o interés del incapacitado lo aconseje.

84 RDCA-2012-XVIII

JUNTA DE PARIENTES

• CONSTITUCIÓN JUDICIAL

A. JPI Zaragoza n° 14, 30 de abril de 2003

Los arts. 20.3 y 20.4 Comp. establecen como restricción o cortapisa el límite del cuarto grado en el llamamiento de la Junta de Parientes, entendiendo el legislador que más allá de dicho grado apenas existe una verdadera relación familiar. Este criterio también se adopta en el art. 202.2.2° Lsuc. Dicha restricción puede ser superada si así se establece por pacto o acuerdo adoptado por la familia, pues el criterio legal ha de entenderse supletorio de la voluntad de los particulares. Pero estos elementos no se dan en el caso. Ahora bien, aun cuando uno de los parientes que se proponen para constituir la junta lo es de 5° por línea paterna, no existiendo parientes vivos de 4° por esa línea, debemos admitir su idoneidad por cuanto en el presente caso el pariente propuesto mantiene un trato habitual con la familia conociendo sus pormenores y necesidades.

50 2005-2006 (XI-XII)

• DISPOSICIÓN DE INMUEBLES DE PUPILOS

A. Pres. TSJA 29 de octubre de 1992

Es precisa la autorización judicial para la enajenación de bienes raíces por el tutor de un mayor de edad declarado incapaz, de vecindad

foral aragonesa, debiendo aplicarse el art. 271.2 del Cc., sin que pueda sustituirse tal autorización judicial por la de la Junta de Parientes, tal como establece para el menor de edad el art. 13 de la Compilación, refiriéndose con carácter general al administrador de sus bienes. Se trata de un caso concreto no regulado en la Compilación, al que se aplica el Cc. como Derecho supletorio al no existir tampoco costumbre ni principio general tradicional aragonés que le sea de aplicación.

50 1996, II (núm. 1º)

• **EFICACIA DE LAS DECISIONES**

S. APH 23 de febrero de 2011

Conforme al artículo 178.1 CDFA las decisiones de la Junta de Parientes se presumen válidas y eficaces mientras no se declare judicialmente su invalidez. Por tanto, como con acierto razona la sentencia apelada, habría sido preciso que la actora hubiera impugnado —sobre la base de las causas de invalidez aludidas en el artículo 179 CDFA— la decisión de la Junta de parientes en la que sus dos miembros (un hermano de cada uno de los instituyentes) mantuvieron el incumplimiento grave de las obligaciones asumidas por instituida, lo que no ha hecho, ni mucho menos en el juicio verbal al que se refiere el artículo 180 CDFA. Por tanto, la presunción no desvirtuada de validez y eficacia de la decisión adoptada en Junta de parientes nos debe llevar a mantener la propia eficacia de la revocación unilateral de la institución de heredero, con arreglo al supuesto especialmente pactado para ello, el cual se corresponde con la regulación contenida en el artículo 400-1-b CDFA.

59 RDCA-XIX-2013

• **FIDUCIA**

S. APH 30 de julio de 1994

Composición de la junta de parientes para designar heredero del causante: Composición inadecuada según la voluntad de aquél: nulidad absoluta; anulabilidad. Prescripción de la acción. Adquisición por usucapión del heredero.

15 1996, II (núm. 1º)

S. TSJA 13 de junio de 1995

Composición de la Junta de parientes para designar heredero de la Casa según la voluntad del causante expresada en capítulos matrimoniales.

3 1996, II (núm. 1º)

A. APH 25 de noviembre de 1998

No es admisible la constitución judicial de la Junta de Parientes para la ejecución del encargo fiduciario. El proceso para la formación de la voluntad familiar es dilatado y debe efectuarse extrajudicialmente, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 21.3 Comp., al que se refiere su art. 117. El art. 22 se remite a las normas específicas del Título IV del Libro II, de forma que no es aplicable en bloque a la fiducia sucesoria, con carácter supletorio, la normativa general de la Junta de Parientes; el art. 118 quedaría vacío de contenido de seguir la tesis contraria, pues lo único que el Juez puede hacer es señalar un plazo para que los fiduciarios cumplan su cometido. A pesar de ello, el Juzgado admite la determinación judicial de los parientes que deben constituir la Junta.

24 1999, V (núm. 2º)

• **NULIDAD DE ACUERDOS**

S. JP II Ejea nº 2, 17 de marzo de 2000

Las condiciones impuestas por la Junta de Parientes a los hermanos no instituidos herederos para percibir su dote «al haber y poder de la casa» deben ser declaradas nulas por cuanto dichas condiciones no habían sido establecidas en la capitulaciones matrimoniales de los padres, que tan sólo encomiendan elección de heredero de la Casa, correspondiendo al resto de los hijos el ser atendidos en ella mientras vivieren y trabajaren en para la misma, debiendo ser dotados, al poder de la casa, al haber y poder de ésta.

52 2001-2002 (VII-VIII)

NOMBRAMIENTO, VIGILANCIA Y CONTROL

S. JPII Ejea n° 1, 19 de marzo de 2013

En el presente caso se ha puesto de manifiesto un fuerte conflicto entre las dos hijas de la demandada. La tutela se atribuye solamente a una de ellas, por estar prevista la tutela plural solo en supuestos excepcionales. Sin embargo, la demandada tiene derecho a mantener el contacto con sus familiares. Derecho que está por encima de los intereses de las hijas, puesto que la tutela es una institución de protección del incapaz, y no un derecho de los parientes llamados a ejercerla. Por ello se reconoce expresamente el derecho de la demandada de estar en compañía de la hija no tutora y del resto de familiares (establece visitas). Por ello, la tutora deberá permitir el acceso al domicilio de la incapaz de los parientes que deseen visitarla, ya que la demandada pasa a residir en la vivienda de la tutora, este inmueble pasa a ser también el domicilio de la incapaz, por lo que tiene derecho a que la visiten allí; de impedir régimen de comunicaciones, que se establece en interés de la incapaz y para la protección de sus derechos, podría apreciarse causa de remoción de tutor.

57 RDCA-XX-2014

OPOSICIÓN A LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO

S. APZ (Secc. 2ª) 8 de noviembre de 2011

Para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos ni con unos buenos propósitos, sino que es menester que esta evolución 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 encuentra y especialmente indica el TS teniendo en cuenta entre otros factores si

el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico.

71 RDCA-XIX-2013

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 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

• APLICACIÓN DEL ART. 118.1 CDFA

S. TSJA 39/2013, 26 de julio de 2013

La sentencia recurrida ha aplicado el art. 118.1 CDFA que define la situación de desamparo, y tal aplicación no se opone a la interpretación restrictiva propuesta en el apartado 2 del mismo artículo pues, en los términos expuestos en la sentencia, no se trata de una mera situación de riesgo sino de un riesgo efectivo y grave que ocasiona desamparo. Para el retorno a la familia biológica el TS exige no sólo una evolución positiva de los padres y su propósito de desempeñar adecuadamente sus roles, sino que esta evolución sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo frente a la situación de acogimiento familiar en la que se encuentren.

45 RDCA-XIX-2013

• **ASENTIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN**

S. APZ (Secc. 2ª) 11 de febrero de 2014

El art.º 177.2.2.º 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 art.º 170 Cc.), resulta claro que no se hace necesario su asentimiento en la adopción, debiéndose únicamente ser oídos.

52 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• **FLEXIBILIDAD EN LA ADMISIÓN DE PRUEBAS**

S. TSJA 40/2012, 4 de diciembre de 2012

Las consideraciones legales y jurisprudenciales expuestas en la sentencia permiten extraer la conclusión de que la clara prevalencia del interés del menor en casos como el presente exige la búsqueda de la realidad de lo acontecido y enjuiciado de la manera más completa que sea posible, atendiendo con amplitud interpretativa la posible admisión de pruebas, sean propuestas por una u otra parte, o de oficio por el tribunal e, incluso, con atención a lo sucedido con posterioridad al momento de presentación de la demanda. La omisión de la práctica de las pruebas solicitadas, consideradas necesarias, supuso la privación injustificada de acceso a la plena cautela judicial, y con efecto de posible indefensión, lo que conlleva la estimación del recurso por infracción procesal (469.1, motivos 3º y 4º Lec.).

56 RDCA-2012-XVIII

TUTELA

• **CAPACIDAD, EXCUSA Y REMOCIÓN**

S. APZ (Secc. 2ª) 29 de julio de 2008

Se desestiman las causas de inhabilidad alegadas y recogidas en el art. 111 LDp., pero se estima que, conforme al art. 112-1 LDp., el recurrente alegó excusa para desempeñar el cargo de tutor cuando dijo que el conjunto de circunstancias expuestas le hacían especialmente gravoso y difícil el ejercicio de la función tutelar. Se revoca el nombramiento y se nombra tutora a la Comisión de Tutelas de la DGA.

47 RDCA-2010-XVI

• **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 11 de mayo de 2010

En la adopción de la designación de tutor por parte del Juzgado ha de primar el interés y beneficio del incapaz sobre cualquier otro y por tanto sobre el deseo de cualquiera de sus hijos de ser nombrado tutor, designando el juez al que considere más idóneo. Habiendo dos hijos una posibilidad hubiera sido la separación de cargos prevista en el art. 120 Lsuc. (art. 134 CDFA), que señala que la tutela se ejercerá por un solo tutor salvo cuando se haya separado la

tutela de la persona y de los bienes, pero esta posibilidad queda supeditada a la concurrencia de unas circunstancias en la persona del tutelado o de sus bienes que aconsejen este desdoblamiento, lo que no se produce en este caso; considerando la Sala, y con ello modificando el criterio de la instancia que es persona más idónea el hijo de la incapacitada para ejercer la tutela de la persona y bienes de ésta.

77 RDCA-2012-XVIII

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

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 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 en tanto permanezca aquí, son evidentes las ventajas ofrecidas por la especialización y cercanía de sus servicios.

54 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• DISPOSICIÓN DE INMUEBLES DE PUPILOS

A. Pres. TSJA 29 de octubre de 1992

Es precisa la autorización judicial para la enajenación de bienes raíces por el tutor de un mayor de edad declarado incapaz, de vecindad foral aragonesa, debiendo aplicarse el art. 271.2 del Cc., sin que pueda sustituirse tal autorización judicial por la de la Junta de Parientes, tal como establece para el menor de edad el art. 13 de la Compilación, refiriéndose con carácter general al administrador de sus bienes. Se trata de un caso concreto no regulado en la Compilación, al que se aplica el Cc. como Derecho supletorio al no existir tampoco costumbre ni principio general tradicional aragonés que le sea de aplicación.

50 1996, II (núm. 1º)

A. Pres. TSJA 17 de marzo de 1993

Tanto del Derecho histórico como del vigente se desprende la necesidad de la autorización judicial para la disposición de bienes muebles del pupilo mayor de edad por el tutor; exigencia que coincide con la norma del art. 271.2º del Cc. En cambio la exigencia del art. 2.015 Lec. de que la enajenación se lleve a cabo en subasta pública resulta hoy legalmente innecesaria e impropcedente. El tutor contiene consideraciones de tipo general sobre la regulación aragonesa de la tutela, en Derecho histórico y vigente, y la aplicación del Derecho supletorio.

52 1996, II (núm. 1º)

A. APH 12 de abril de 2000

La enajenación de las fincas del incapaz, autorizada judicialmente (art. 271.3 Cc.), debe hacerse en pública subasta y previo avalúo, según ordena el art. 2015 LEC, siguiendo el procedimiento regulado en los arts. 2016 y ss LEC. La norma es imperativa, no cabe una interpretación «contra legem», no es aplicable el art. 1811 Cc. para derogar lo establecido con carácter general en el art. 271.3 Cc. Tampoco la Compilación ofrece soluciones favorables a la recurrente, pues ni contempla especialidades procedimentales para esta enajenación ni cabe aplicar por analogía lo dispuesto en el art. 13.2 en cuanto a la autorización de la Junta de Padres respecto de los bienes del menor de catorce años.

20 2001-2002 (VII-VIII)• **INVENTARIO***S. JPII Ejea n° 1, 19 de marzo de 2013*

A la vista de la conflictividad entre las hijas de la incapacitada, que se da no sólo en el ámbito personal sino también en el patrimonial, deben adoptarse otro tipo de cautelas. Ya con la demanda se solicitaron medidas cautelares relativas a las cuentas de la incapaz. Tras el dictado de la presente resolución, será la tutora la que gestionará el patrimonio de la demandada, procediendo dejar sin efecto las medidas cautelares adoptadas. No obstante, dado el conflicto existente entre las dos hermanas, tanto del inventario que deberá elaborar la tutora (artículo 141 CDFA) como de la rendición de cuentas anual se dará traslado, además de al Ministerio Fiscal, a la hermana no tutora, para que pueda alegar lo que a su derecho convenga con carácter previo a su aprobación.

57 RDCA-XX-2014• **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 compraven-

ta de bienes por parte del sujeto a tutela era y es necesaria la autorización de la Junta de padres o del Juez, al no haber intervenido en dicho acto de compraventa ni uno ni otro el mismo es anulable tal y como establece el art. 19 CDFA.

70 RDCA-XXI-XXII-2015-2016• **NÚMERO DE TUTORES***S. APZ 11 de mayo de 2010*

En la adopción de la designación de tutor por parte del Juzgado ha de primar el interés y beneficio del incapaz sobre cualquier otro y por tanto sobre el deseo de cualquiera de sus hijos de ser nombrado tutor, designando el juez al que considere más idóneo. Habiendo dos hijos una posibilidad hubiera sido la separación de cargos prevista en el art. 120 Lsuc. (art. 134 CDFA), que señala que la tutela se ejercerá por un solo tutor salvo cuando se haya separado la tutela de la persona y de los bienes, pero esta posibilidad queda supeditada a la concurrencia de unas circunstancias en la persona del tutelado o de sus bienes que aconsejen este desdoblamiento, lo que no se produce en este caso; considerando la Sala, y con ello modificando el criterio de la instancia que es persona más idónea el hijo de la incapacitada para ejercer la tutela de la persona y bienes de ésta.

77 RDCA-2012-XVIII*S. APH 30 de julio de 2010*

La regla general indica que la tutela se ejercerá por un solo tutor, pero no se excluye la posibilidad de tutela plural, si bien se contempla como excepción, fruto de la voluntad del otorgante. Sin embargo, para la tutela dativa o judicial, la norma parece más bien restringir esta libertad de nombramientos (arts. 101 y 102 LDp.). Por ello, en la tutela dativa, el nombramiento de más de un tutor: uno de la persona y otro de los bienes, como en este caso, requiere justificación de su conveniencia. Justificación que viene dada, conforme a la mejor doctrina, cuando en el campo de los bienes nos encontremos con un gran patrimonio, bienes en lugares distintos o cuando se trate de bienes que tengan alguna especialidad y requieran de conocimien-

tos especializados o necesiten de una gestión independiente. En el caso de autos no hay ninguna especialidad de los bienes que justifiquen la necesidad de separar los cargos de tutor de la persona y de los bienes.

67 RDCA-2012-XVIII

• *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

• *PRELACIÓN*

A. APZ 19 de febrero de 2001

En lo que se refiere a la prelación que ha de observarse en el discernimiento del cargo de tutor, rige el art. 234 Cc. y ante la falta de la delación testamentaria, única que regula la Compilación, y el precepto referido establece un orden de llamamientos, tiene como norma de cierre la posibilidad de que el Juez de forma motivada prescinda o altere dicho orden en base al interés del menor.

32 2003-2004 (IX-X)

• *RESPONSABILIDAD DEL TUTOR*

S. TSJA 38/2014, 20 de noviembre de 2014

Puede entenderse que la tutora conoció, al hacer inventario del patrimonio de su pupilo, que había unas participaciones consorciales en un fondo de inversión por valor de 130.000 euros y no aludió a ellas. Aun cuando no fuera así, la aceptación de la herencia de la mujer del pupilo a favor de la tutora y su subsanación para incluir en ella como bienes privativos dichas participaciones, pusieron de manifiesto que se planteó la cuestión de si el fondo era consorcial o privativo. Y en ese momento debió averiguar-

se la procedencia del dinero que sirvió para la constitución del fondo que, sin duda, era consorcial. Debe apreciarse que en el momento de aceptar la herencia de su esposa, que la tutora no actuó con la diligencia que le era exigible, pues omitió sin causa alguna relacionar que el fondo era patrimonio común de los cónyuges, con la consiguiente pérdida patrimonial para el incapacitado. Concurren los requisitos para declarar la responsabilidad de la tutora, que ha de indemnizar a los herederos del incapacitado en el perjuicio económico reclamado, que es la mitad del valor del fondo. Frente a ello, no es oponible que la tutora (y heredera) haya podido adquirir el fondo por usucapión, por cuanto no se ejercitó una acción reivindicatoria sobre el mismo.

33 RDCA-XX-2014

TUTELA ADMINISTRATIVA

S. APT 24 de julio de 2000

Declarada la situación de desamparo de la menor, sus padres —cualquiera que sea su vecindad civil— han sido privados de la autoridad familiar (en Aragón no existe la patria potestad) sobre su hija lo cual conlleva el que, mientras sea menor, estará sometida a las normas administrativas que rigen en esta Comunidad Autónoma y a las civiles que están vigentes en la región en la que tengan su vecindad civil, a la vista de lo prevenido en el art. 14.3.3 del Código civil.

31 2001-2002 (VII-VIII)

• *DESAMPARO*

S. TSJA 1/2010, 4 de enero de 2010

En la situación de desamparo derivada del «imposible ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes» (104 LDp.) se pueden evaluar previsible situaciones de imposible cumplimiento de tales deberes, incluso hacia el futuro, derivadas de circunstancias previas al nacimiento del niño. La declaración del desamparo lleva de forma preventiva, incluso antes del nacimiento del niño, a las consecuen-

cias de tutela administrativa y acogimiento pre-adoptivo, de tal forma que una vez producido el nacimiento se desenvuelven las consecuencias legales que llevan a separación del niño del medio familiar.

1 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 4 de enero de 2010

Del art. 104 Ldp. así como del art. 59 de la Ley 12/2001 aragonesa, se deduce que la situación de desamparo no sólo se produce a causa del incumplimiento efectivo del ejercicio de los deberes de protección atribuidos por las leyes, sino también por el imposible ejercicio de los mismos, que como en este caso, se ponían ya de manifiesto cuando la madre estaba embarazada, pues debido a su inteligencia límite e inestabilidad mental, la hacían incapaz para cuidar a su hijo cuando naciera, sobre todo cuando la futura madre rechazaba también los apoyos sociales que se le ofrecieron, lo que evidencia la situación de desamparo del hijo al nacer.

17 RDCA 2009, XV

A. TSJA 12 de julio de 2010

La declaración de desamparo y la posibilidad de que el menor se reinerte en su familia biológica presentan interés casacional (STS de 31 de julio de 2009): 1) declarada la situación de desamparo se ha producido con posterioridad un cambio de circunstancias con relación al momento en que se produjo dicha declaración, que permite determinar si los padres se encuentran en situación de asumir nuevamente la patria potestad; 2) Para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con la evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno, sino que es menester que esa evolución sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación de riesgo de desamparo del menor. El caso de autos nada de ello presenta, y solo pretenden recurrir la prueba, lo que no cabe en casación.

8 RDCA 2010, XVI

• OPOSICIÓN

S. APZ 17 de febrero de 2005

La defensa de los intereses y derechos de los menores se orienta sobre dos bases fundamentales: el interés preferente del menor y el derecho de la familia natural a la educación de sus hijos. Estos dos principios en ocasiones se tornan difícilmente compatibles o incluso antagónicos, en cuyo caso prima —sin lugar a dudas— el interés del menor o «favor filii». Los procedimientos en materia de menores e incapaces tienen una especial naturaleza procesal, así el art. 752 Lec. establece una excepción a los principios generales de la «perpetuatio iurisdictionis» y de la preclusión del período para proponer pruebas. Y ello precisamente porque es materia de «ius cogens», con obligada búsqueda de la verdad material, por encima de la formal, que rige en derecho patrimonial.

36 2007, XIII

• 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

• **PROTECCIÓN DE MENORES**

S. JPII Teruel n° 1, 27 de abril de 1995

La denominada «tutela administrativa» implica una actuación de carácter muy amplio encaminada a garantizar el cuidado y educación del menor y a procurarle una formación integral, sin que el ejercicio de la misma determine necesariamente el internamiento, sino que por el contrario, como señalan los arts. 12 y 13 del Decreto 119/1988, de 21 de junio, de la DGA, las actuaciones en el campo de la protección de menores han de perseguir la plena integración del menor en su propio núcleo familiar, quedando supeditado el internamiento a la imposibilidad de resolver la problemática del menor con otras medidas.

51 1997, III (núm. 1°)

**66: RÉGIMEN ECONÓMICO
CONYUGAL**

**661: RÉGIMEN ECONÓMICO
CONYUGAL EN GENERAL**

DERECHO SUPLETORIO

S. TSJA 26 de febrero de 1999

A la vista del art. 1 Comp., la mención a los arts. 1347 y 1362 del Cc. como principalmente infringidos, puesta en relación con los arts. 36 y 37 de la Compilación, 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.

4 1999, V (núm. 1°)

**DETERMINACIÓN DE LA LEY
APLICABLE**

S. TSJA 10 de marzo de 1999

La cuestión a dilucidar es la vecindad civil de los cónyuges al momento de contraer matrimonio (arts. 16 y 9 Cc.). El régimen económico

matrimonial inicial no es alterado por el cambio de vecindad civil consiguiente a la residencia continuada en otro territorio, sino que permanece inmutado, sin perjuicio de la facultad que los cónyuges tienen de modificarlo por pacto. Las normas del régimen económico de un determinado matrimonio deben ser aplicadas por los jueces y tribunales conforme al principio «da mihi factum, dabo tibi ius».

5 1999, V (núm. 1°)

S. JPI Zaragoza n° 14, 10 de septiembre de 1999

En la fecha en que contrajeron matrimonio ambos litigantes, 29-3-1967, y también durante la vigencia del mismo, estaba en vigor la redacción de art. 14.4 Cc. que establecía la obligación de la mujer casada de seguir, en cuanto vecindad foral, la condición de su marido, y como quiera que éste poseía la aragonesa en el momento de contraer matrimonio la esposa adquirió dicha vecindad, no habiéndose acreditado en autos que tuviese tal vecindad durante toda la duración del matrimonio.

69 2001-2002 (VII-VIII)

S. APH (Sala de lo Penal) 11 de diciembre de 2001

El régimen económico del matrimonio era el de separación de bienes de Cataluña, al ser ambos de vecindad civil catalana al tiempo de contraerlo. El esposo residió en Sabadell desde los 9 años y se casó a los 25 con Dolores. Tenía entonces vecindad civil catalana al tiempo de contraerlo (art. 320 y 15 del Cc, en la interpretación de la STS de 21 de septiembre de 2000, que contradice lo dispuesto en el art. 225 RRC). La mujer también residía en Sabadell desde 1963, por ello también era catalana; es más, aunque ella no hubiera adquirido por residencia dicha vecindad, así se hubiera considerado, pues a la fecha de contraer matrimonio, la ley aplicable decía que ella seguiría la vecindad del marido. De aplicarse el 9.2 del Cc vigente, también el régimen debería ser el legal catalán, pues la residencia común inmediatamente posterior a la celebración fue en dicha Comunidad autónoma. La posterior residencia en Aragón y la adquisición de vecindad aragonesa, no hacen

mutar el régimen económico, salvo que hubieran otorgado capítulos.

19 2003-2004 (IX-X)

S. APH 24 de octubre de 2003

Se trata de determinar el r.e.m. de los litigantes (consorciales o separación de bienes). Al tiempo de la celebración del matrimonio, los esposos tenían distinta vecindad civil (él catalana y ella aragonesa). El matrimonio se celebró en Huesca, donde establecieron su residencia habitual, el 21 de abril de 1990, antes de entrar en vigor la reforma del Cc. de 1990; por ello no puede aplicarse ésta y mucho menos la redacción del 9.2 Cc. según el D. de 1974, al haber sido declarado inconstitucional en virtud de la STC de 14 de febrero de 2002. Por ello y en atención a ésta nos corresponde llenar esta laguna que se produce por la declaración de nulidad del ya derogado art. 9.2 (D. 1974), y atendiendo a los actos propios de las partes hemos de convenir que el r.e.m. que rige entre ellos es el de separación de bienes, pues este régimen expresaron que tenían ante notario en la adquisición de bienes que efectuaron constante matrimonio.

20 2005-2006 (XI-XII)

S. JPII Monzón n° 1, 7 de febrero de 2006

De conformidad con los arts. 107 y 9-2 Cc., sin perjuicio de que el divorcio es objeto de regulación por el Cc., la ley aplicable a los efectos y medidas del presente supuesto de divorcio es la legislación de Derecho civil foral aragonés, puesto que consta que los cónyuges, uno de los cuales era de nacionalidad chilena, fijaron su residencia en Monzón y, en definitiva, el lugar de celebración del matrimonio se halla en esta Comunidad Autónoma.

49 RDCA-2008-XIV

S. JPI Zaragoza n° 6, 31 de marzo de 2008

Al tiempo de contraer matrimonio el esposo era de vecindad civil común y ella aragonesa; su residencia la fijaron Madrid. El Cc., tras la reforma de 1974, determinó el derecho aplicable conforme al art. 9.2, haciendo prevalecer

la vecindad del marido; en 1990 se reforma el art. 9.2 para darle la redacción ahora vigente. En los casos de matrimonios celebrados entre 1978 y 1990, la clave la establece la STC de 14/2/2002, que señala que la redacción preconstitucional del 9.2 es inconstitucional. No es la misma solución para los matrimonios contraídos antes de 1978.

57 RDCA 2010, XVI

S. APH 13 de enero de 2009

Los litigantes se casaron en 1988 en Huesca; ella tenía la vecindad civil aragonesa y él la catalana. El matrimonio residió en Huesca desde su celebración y no otorgaron capitulaciones matrimoniales. La actual norma de conflicto contenida en el art. 9.2, modificado por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, no puede ser aplicada por no existir en la fecha de celebración del matrimonio. Tampoco puede ser aplicada la norma del art. 9.2 en la redacción de 1974, por ser inconstitucional (STC 39/2002, de 14 de febrero). La sentencia integra la laguna con fundamento en los actos propios de las partes que han elegido el régimen de separación de bienes en las diversas escrituras públicas de disposición de bienes inmuebles otorgadas constante matrimonio.

19 RDCA 2011, XVII

• **LEY DE RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL Y VIUDEDAD (LEY 2/2003)**

S. TSJA 1 de junio de 2005

Para resolver el presente recurso se ha de determinar si resulta de aplicación a los hechos y actos jurídicos la normativa contenida en la Ley 2/2003 de 12 de febrero o bien la Compilación derogada por ella. Extremo que conforme a las DT 1 y 2 de la Ley 2/2003 debe resolverse en atención al momento en que tuvo lugar la adquisición por parte del marido de los derechos derivados de un plan de pensiones suscrito por éste. Como la cantidad fue recibida por el marido en los años 2001 y 2002 resulta aplicable la Compilación y no la Lrem.

6 2005-2006 (XI-XII)

S. APH 9 de noviembre de 2006

Para establecer la composición del activo se ha de tener en cuenta la DT 2ª Lrem., de manera que al disolverse el matrimonio el 17 de enero de 2002 (y por lo tanto, habiendo sido celebrado antes de la entrada en vigor de esta Ley), la determinación común o privativa de los elementos que integran el activo debe hacerse de acuerdo con la Compilación.

31 RDCA 2008, XIV• **SEPARACIÓN DE BIENES DE CC.***S. APZ (Secc. 2ª) 24 de junio de 2008*

Antes de casarse, la novia (nicaragüense) y el novio (castellano), residentes ambos en Valladolid, otorgaron en dicha capital capítulos matrimoniales de separación de bienes el 14 de septiembre de 1994, estableciendo la cláusula cuarta que dicho régimen de separación se regía por el Código civil. Ambos contrajeron matrimonio en Zaragoza y allí fijaron su domicilio familiar sin haber ejercitado las partes opción alguna de las permitidas por el art. 9-2 Cc., por lo que la ley aplicable al matrimonio es la aragonesa, en concreto la Compilación. El pacto capitular es válido, por lo que el art. 1438 Cc. es aplicable al caso no compartiendo esta Sala el criterio del Juzgador de instancia.

46 RDCA-2010-XVI• **VECINDAD COMÚN DE LOS CÓNYUGES***S. AP Lleida 17 de enero de 1995*

Al seguir la mujer la condición civil aragonesa del marido, el matrimonio quedó sujeto al Derecho civil aragonés, por lo que a falta de instrumento público que modificara tal situación, los cónyuges se sometieron al régimen matrimonial aragonés, de comunidad de muebles y adquisiciones. En consecuencia, el derecho de viudedad regulado en la Compilación aragonesa corresponde al cónyuge supérstite, conforme a los arts. 72 Comp. y 16.2 Cc.

39 1997, III (núm. 1º)**MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN LEGAL***S. APZ 8 de noviembre de 2001*

No habiendo capítulos matrimoniales, resulta aplicable el régimen legal aragonés, y no cabe admitir la hipótesis de la existencia de un régimen de separación entre los cónyuges desde 1997, ya que aunque residían separados por motivos de trabajo a todos los efectos el domicilio del actor seguía siendo el conyugal donde residía los fines de semana.

43 2003-2004 (IX-X)• **DERECHO SUPLETORIO***S. TSJA 7 de julio de 2003*

La deuda que ha dado lugar al embargo trabado se generó vigente el régimen consorcial aragonés, puesto que la escritura por la que éste se modifica es de fecha posterior. Además, dicha escritura de capítulos en la que se adjudica la mitad indivisa del bien ahora embargado, no había sido inscrita en el registro de la propiedad hasta una fecha muy posterior a la resolución administrativa por la que se ordena el embargo. Resulta de aplicación el art. 1333 del Cc., norma supletoria de la Compilación, en cuanto que previene que los pactos que modifiquen el régimen del matrimonio, en cuanto afecten a inmuebles, se tomará razón en el registro, y sólo desde la fecha de la inscripción correspondiente perjudicará a terceros de buena fe, tal y como tiene declarado la jurisprudencia del TS.

1 2003-2004 (IX-X)• **DERECHOS ADQUIRIDOS POR TERCEROS***A. Pres. TSJA 24 de diciembre de 1992*

Las capitulaciones matrimoniales, otorgadas vigente matrimonio, no perjudican en ningún caso los derechos adquiridos por terceros, que si conservan sus créditos contra el cónyuge deudor, también el cónyuge no deudor responde con los bienes que le hubieren sido adjudicados, porque la responsabilidad real de

la masa común no desaparece por el hecho de que hayan sido adjudicados. Doctrina legal del TS (Ss. 17-11-1987, 28-4-1988 y 25-1-1989) trasladable al régimen matrimonial legal aragonés, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 1.1 y 2, 41.5, 42, 43.2, 46.1, 52.1 y 56.2 de la Compilación.

51 1996, II (núm. 1º)

• **INOPONIBILIDAD A TERCEROS**

S. APZ 10 de mayo de 1994

La modificación del régimen económico matrimonial no afecta a los derechos ya adquiridos por terceros. Responsabilidad de los bienes comunes por las deudas posteriores a la celebración del matrimonio de uno de los cónyuges.

33 1996, II (núm. 1º)

S. APZ 21 de febrero de 1996

Una parte de los descubiertos que el esposo de la tercerista tenía contra la Seguridad Social son anteriores al otorgamiento de los capítulos matrimoniales —por los que se sustituye el régimen de comunidad por el de separación de bienes—, consiguientemente y en aplicación del art. 1.317 Cc., el embargo no procede levantarse, al ser una traba consecuente a créditos no afectados por la capitulación. Y, a mayor abundamiento, por el hecho de que los capítulos esgrimidos por la tercerista no le son oponibles a los terceros de buena fe, al no estar inscritos en ningún Registro público.

21 1997, III (núm. 2º)

S. APZ 12 de abril de 1997

Como establece el art. 1.317 Cc., la modificación del régimen económico no puede perjudicar a terceros, por lo que la separación de bienes pactada en 1994 no puede perjudicar a un acreedor de 1993.

39 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. TSJA 7 de julio de 2003

La deuda que ha dado lugar al embargo trabado se generó vigente el régimen consorcial

aragonés, puesto que la escritura por la que éste se modifica es de fecha posterior. Además, dicha escritura de capítulos en la que se adjudica la mitad indivisa del bien ahora embargado, no había sido inscrita en el registro de la propiedad hasta una fecha muy posterior a la resolución administrativa por la que se ordena el embargo. Resulta de aplicación el art. 1333 del Cc., norma supletoria de la Compilación, en cuanto que previene que los pactos que modifiquen el régimen del matrimonio, en cuanto afecten a inmuebles, se tomará razón en el registro, y sólo desde la fecha de la inscripción correspondiente perjudicará a terceros de buena fe, tal y como tiene declarado la jurisprudencia del TS.

1 2003-2004 (IX-X)

RÉGIMEN PACCIONADO Y RÉGIMEN LEGAL

S. APT 26 de mayo de 1997

El régimen económico matrimonial, en defecto de pacto (ex art. 36 Comp.), lo constituye una comunidad denominada de muebles y adquisiciones, similar en su contenido al régimen legal de gananciales del Derecho común.

21 1998, IV (núms. 1º y 2º)

• **NATURALEZA**

S. APZ 26 de octubre de 1994

Renuncia de uno de los cónyuges a liquidar la sociedad conyugal, así como a su participación en los bienes consorciales y a la viudedad foral y universal concedida por su esposa: nulidad; contravención de norma imperativa; desprecio del derecho de terceros. No se puede renunciar a practicar la liquidación de la sociedad conyugal con carácter anticipado. La comunidad conyugal es una comunidad de tipo germánico. Son válidas la renuncia a la viudedad foral y al legado del usufructo.

42 1996, II (núm. 1º)

RESPONSABILIDAD FRENTE A TERCEROS

S. JPI Zaragoza nº 17, 2 de febrero de 2007

Contrato de arrendamiento de inmueble como vivienda habitual del matrimonio celebrado por el marido casado en régimen de separación de bienes. Crisis matrimonial y abandono de la vivienda por parte del marido. No se sigue el procedimiento previsto en los arts. 12 y 15 de la LAU para la sustitución del arrendatario por el cónyuge o conviviente, por lo que los elementos personales del contrato no se han modificado. Impago de las rentas y demás gastos derivados del contrato de arrendamiento. Responde el marido por la relación contractual con el arrendador, pero también la mujer por la responsabilidad solidaria frente a terceros de buena fe por las obligaciones contraídas por cualquiera de los cónyuges para atender las necesidades familiares (arts. 7 y 27 Lrem.).

54 RDCA 2009, XV

662: RÉGIMEN MATRIMONIAL PACCIONADO

CAPITULACIONES

• CONTENIDO

S. JPII Jaca nº 2, 22 de diciembre de 1998

A tenor del art. 25 Comp. las capitulaciones matrimoniales, aunque otorgadas con ocasión del matrimonio, pueden contener estipulaciones que incluso sean ajenas al mismo: creación de derechos de crédito y reconocimientos de deudas entre cónyuges, pactos sucesorios, e incluso estipulaciones que carezcan de contenido económico directo (el reconocimiento de un hijo, por ejemplo).

25 2000, VI (núm. 1º)

• EFECTOS RETROACTIVOS

S. TSJA 23 de junio de 2004

Los cónyuges decidieron dejar sin efecto su régimen económico de separación de bienes;

pactar a partir de entonces régimen económico consorcial aragonés y otorgar a dicho pacto efectos retroactivos (conforme posibilita la Compilación aragonesa del Derecho Civil) y «para mayor claridad» concretan que son consorciales todos los bienes por ellos adquiridos a título oneroso tras la celebración del matrimonio: todo ello es válido en Aragón.

5 2003-2004 (IX-X)

• EFICACIA

S. JPII Jaca nº 2, 22 de diciembre de 1998

La disolución del matrimonio por el divorcio extinguió el pacto matrimonial relativo al régimen de separación de bienes entre los cónyuges. Ahora bien, seguirán vigentes todos los demás pactos capitulares independientes del vínculo, como la distribución de bienes que hicieron los cónyuges (y que fue hecha constante matrimonio) por razón de la cual el marido se adjudicó el domicilio conyugal, así como el derecho de crédito de cinco millones que se constituyó en favor de la esposa, y que no extingue el divorcio de los cónyuges.

25 2000, VI (núm. 1º)

• FORMA

S. JPI Zaragoza nº 2, 3 de junio de 1996

El pacto contenido en documento privado carece de validez porque, a tenor del art. 25.2 Comp., «los capítulos y pactos habrán de constar en escritura pública», requisito de forma que no tiene un mero carácter de prueba sino «ad solemnitatem», sin el cual carecen de toda validez y eficacia jurídica.

8 1999, V (núm. 1º)

• INOPONIBILIDAD A TERCEROS

S. APZ 21 de febrero de 1996

Una parte de los descubiertos que el esposo de la tercerista tenía contra la Seguridad Social

son anteriores al otorgamiento de los capítulos matrimoniales —por los que se sustituye el régimen de comunidad por el de separación de bienes—, consiguientemente y en aplicación del art. 1.317 Cc., el embargo no procede levantarse, al ser una traba consecuente a créditos no afectados por la capitulación. Y, a mayor abundamiento, por el hecho de que los capítulos esgrimidos por la tercerista no le son oponibles a los terceros de buena fe, al no estar inscritos en ningún Registro público.

21 1997, III (núm. 2º)

A. APZ 25 de febrero de 1998

La transformación del régimen económico conyugal, del consorcial aragonés al de separación de bienes regulado en los arts. 1435 a 1444 Cc., no puede producir efectos contra terceros, tal y como lo establece el art. 26 Comp. Lo acordado en dichos capítulos no puede afectar al embargo realizado, que es anterior a aquéllos.

38 1999,V (núm. 2º)

A. APZ (Secc. 4ª) 17 de julio de 2000

La publicidad del Registro civil no puede prevalecer en materia de bienes inmuebles sobre la publicidad del Registro de la propiedad, pues el tercero puede confiar en la pertenencia de los bienes o en el poder de disposición que, en virtud de capítulos matrimoniales, pactos o resoluciones afecten a dichos inmuebles, publica el Registro de la propiedad. Aunque el hecho modificativo consten el Registro civil Civil, si no figura en el Registro de la propiedad, no perjudicará a terceros de buena fe en relación con el inmueble (vid. ahora art. 16.2 Lrem).

41 2001-2002 (VII-VIII)

A. APZ (Secc. 4ª) 18 de julio de 2000

La publicidad del Registro civil no puede prevalecer en materia de bienes inmuebles sobre la publicidad del Registro de la propiedad, pues el tercero puede confiar en la pertenencia de los bienes o en el poder de disposición que, en virtud de capítulos matrimoniales, pactos o resoluciones afecten a dichos inmue-

bles, publica el Registro de la propiedad. Aunque el hecho modificativo consten el Registro civil Civil, si no figura en el Registro de la propiedad, no perjudicará a terceros de buena fe en relación con el inmueble (vid. ahora art. 16.2 Lrem).

42 2001-2002 (VII-VIII)

A. APZ (Secc. 4ª) 18 de julio de 2000

Aun cuando ahora la titularidad de los bienes que antes fueron consorciales lo sea de uno sólo de los cónyuges en virtud de capítulos matrimoniales, no impide que los derechos de los terceros anteriores a la modificación no puedan verse afectados por la misma, a tenor del art. 1317 Cc.

42 2001-2002 (VII-VIII)

S. APZ (Secc. 4ª) 24 de julio de 2000

La modificación del r.e.m. mediante el otorgamiento de capítulos matrimoniales no puede perjudicar los derechos de terceros anteriores a dicha modificación, sin que para ello sea necesario utilizar la acción rescisoria por fraude de acreedores. En el caso de autos, siendo la deuda anterior a la modificación, los capítulos otorgados con posterioridad no son oponibles al Banco acreedor, incluido el derecho de uso y habitación constituido en los capítulos que sobre el bien más importante del consorcio disuelto.

43 2001-2002 (VII-VIII)

S. APZ 27 de marzo de 2002

Ha de resultar aplicable lo dispuesto en los arts. 1317 y 1401 Cc., que contemplan directamente el caso entre acreedor-cónyuge, [...] por todo lo cual conjugando el art. 41 Comp. con los anteriores no se puede admitir la eficacia de los capítulos matrimoniales en los que se pactó un régimen de separación con el olvido y fraude del crédito legítimamente contraído por el tercero, so pretexto de que se aplique el art. 43.2 en relación con el 41.5, que no son ahora aplicables, pues la falta de bienes comunes se debe al cambio de régimen económico, debiendo establecerse por aplicación del Cc., la res-

pensabilidad de ambos cónyuges, si bien respecto del no deudor haciéndole responder sólo con los bienes que le hayan sido adjudicados.

70 2003-2004 (IX-X)

S. JPI Zaragoza n° 14, 8 de mayo de 2008

Tal y como establece el art. 12 Lrem., la modificación del régimen económico del matrimonio no perjudicará, en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros. En el presente caso, la escritura de capitulaciones matrimoniales suscrita por los cónyuges y en la que ponen fin a la comunidad matrimonial sustituyéndola por el régimen de separación absoluta es posterior a la deuda contraída por el banco.

58 RDCA 2010, XVI

• INTEGRACIÓN DE LAGUNAS

S. TSJA 12/2013, 26 de febrero de 2013

La Sentencia desestima el recurso por infracción procesal pero estima el de casación. En el Tit. IV del L. I de la Compilación, «del régimen económico conyugal», se observa 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 previsiones legales del art. 23 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.

13 RDCA-XIX-2013

• LÍMITES

S. JPII Jaca n° 2, 22 de diciembre de 1998

El único límite de las capitulaciones matrimoniales es que no contengan pactos contra-

rios a los fines del matrimonio, siendo ello una consecuencia directa del principio *Standum est Chartae* recogido en el art. 3 Comp.

25 2000, VI (núm. 1°)

• RESCISIÓN

S. JPII Teruel n° 1, 13 de septiembre de 1994

Se declara la rescisión por fraude de acreedores de la modificación del régimen económico matrimonial, en cuanto perjudique a la Hacienda Pública como acreedora de ambos cónyuges, así como la rescisión de varias donaciones otorgadas por los cónyuges, cuyo régimen será el de la sociedad conyugal tácita aragonesa en cuanto pueda perjudicar a los acreedores.

19 1996, II (núm. 2°)

S. APZ 28 de marzo de 2001

La circunstancia de que la modificación de los capítulos sea inoponible frente a terceros que hubieran adquirido derechos antes de la modificación o de su publicidad impide, por regla general, que se articule con éxito la acción rescisoria, al ser ésta subsidiaria. Ahora bien, se ha de tener en cuenta que las nuevas capitulaciones crean una apariencia y su inscripción registral hace también ineficaz el principio legal de inoponibilidad, sobre todo cuando la deuda que se reclama no es consorcial, sino privativa. Por ello, en estos supuestos puede acogerse la acción rescisoria.

35 2003-2004 (IX-X)

INSTITUCIONES FAMILIARES CONSUECUDINARIAS

• ACOGIMIENTO

S. APH 22 de febrero de 1995

El acogimiento se da cuando por una familia sin hijos o por un viudo se recibe en su casa a un matrimonio, uniendo ambos patrimonios para que éstos, en su momento, pasen a los hijos de los acogidos. Este caso no puede ser el

de autos, pues las aportaciones del acogido se limitaron a ganados y trabajo, y en forma alguna se demuestra que se pactase la sucesión de los bienes reunidos a través de la asociación.

10 1997, III (núm. 1º)

S. APH 10 de junio de 1998

El matrimonio y el hermano del marido formaban una comunidad con una caja o fondo común integrado por el fruto de su trabajo y los productos, rentas e ingresos de sus respectivos bienes; con el fondo común se atendían indistintamente las necesidades de sus integrantes. Situación que no cabe calificar de dación personal, ni de acogimiento, pues estas instituciones del art. 33 Comp. precisan pacto expreso; tampoco hay aportación irrevocable de bienes. La sentencia entiende que el fondo común acumulado ha de dividirse a partes iguales entre los tres, con base en la presunción de igualdad del art. 393 Cc. y en la regla de equidad aludida en el art. 34 Comp.

12 1999, V (núm. 2º)

• **CASAMIENTO A SOBRE BIENES**

S. APZ 9 de noviembre de 1998

El marido, en liquidación de la sociedad conyugal tras separación judicial, reconviene alegando un contrato verbal de «acogimiento o casamiento a sobre bienes», concertado entre él mismo y su mujer, de una parte, como acogidos y los padres de su esposa, como acogentes. Se desestima, por falta del requisito de escritura pública de capitulación. El hecho de que el marido se trasladara a la localidad y casa de habitación de los padres de su mujer y se dedicase al cultivo y gestión de las fincas de los suegros no acredita la realidad del pacto. Son privativas de la mujer las imposiciones a plazo fijo efectuadas a lo largo de muchos años, procedentes del dinero que le donaron sus padres (se entiende que por subrogación).

49 1999, V (núm. 2º)

• **CASAMIENTO EN CASA**

S. APH 6 de julio de 2010

El casamiento en casa no justifica, ni conlleva, la transmisión de la fiducia acordada para el

primer matrimonio. El casamiento en casa, al que alude el art. 19 Lrem. (201 CDFA) es, una institución familiar consuetudinaria en la que se está a lo pactado y se interpretará con arreglo a la costumbre y usos locales; como indica la doctrina, es una modalidad consuetudinaria de la viudedad foral por la que los instituyentes (o la Junta de Parientes) autorizan, en capitulaciones matrimoniales, a volverse a casar al contrayente que queda viudo, con prórroga del usufructo viudal y su comunicación al nuevo cónyuge, siempre que las segundas nupcias fueran convenientes para la casa. No consta que la costumbre del lugar le dé a esta institución otro alcance.

65 RDCA-2012-XVIII

• **COMUNIDAD FAMILIAR**

S. APH 22 de febrero de 1995

El contrato celebrado verbalmente entre un tío y su sobrino, por el que aquél cede a la sociedad parte de su ganado y su trabajo a cambio de ser cuidado y asistido por la familia de su sobrino, no responde a ninguna especie de comunidad de tipo foral, estimándose que lo convenido entre los litigantes fue una sociedad civil.

10 1997, III (núm. 1º)

S. TSJA 5 de julio de 1995

Entre las partes contratantes —un matrimonio y el tío de uno de los cónyuges— ha existido un contrato atípico —de contenido «do ut des» y con clara preponderancia del elemento «familiar»— que creó una situación permanente de comunidad familiar que se prolongó durante nueve años, comunidad que fue disuelta de mutuo acuerdo y a su liquidación le es de aplicación el art. 34 Comp.

4 1996, II (núm. 1º)

A. APH 2 de octubre de 1996

Incidencias en ejecución de la S. TSJA 5 julio 1995. Formación de inventario, liquidación y partición, previa valoración por un perito, a efectos de atribuir a las partes por mitad los bienes muebles e inmuebles que no

fueron ya atribuidos a alguna de ellas por la S. TSJA.

11 1997, III (núm. 2º)

S. JPII Monzón 13 de septiembre de 1997

Para la existencia de comunidad familiar en el sentido del art. 33 Comp. es preciso que se haya pactado expresamente. En el caso, se descarta la existencia de comunidad familiar aragonesa, típica o atípica, y se aprecia existencia de una comunidad ordinaria de bienes a la que se aplican los arts. 392 ss. Cc.

21 1999, V (núm. 1º)

• **DACIÓN PERSONAL**

S. JPII Fraga 4 de mayo de 1994

Frente a demanda de liquidación y partición de sociedad civil verbal entre tío y sobrino casado, opone éste tratarse de la comunidad familiar basada en «dación personal». Se estima la demanda, excluyéndose en el caso la alegada «dación personal», cuyas características se analizan brevemente. Es costumbre plasmar el pacto de dación personal en escritura pública especificando que se decide y acuerda compartir vida y trabajo con una familia normalmente constituida a la que por vía de institución hereditaria se transmite el dominio de todos sus bienes y cualesquiera derechos que sobre ellos pudiera corresponderle.

11 1996, II (núm. 2º)

S. APH 22 de febrero de 1995

La dación personal se produce cuando una persona soltera o viuda sin descendencia se asocia a una familia para mantenerse en ella de por vida, cediendo a la comunidad creada todo su patrimonio, aportando su trabajo en la medida de sus fuerzas, a cambio de recibir las atenciones propias de un miembro de la familia de la que entra a formar parte. En vista de ello, el caso planteado no responde a esta institución, puesto que no se aportó por el demandante todos sus bienes a la figura asociativa pactada.

10 1997, III (núm. 1º)

S. APH 9 de marzo de 1995

Entre las partes litigantes, y dentro de la libertad de contratación que permite el art. 1.255 Cc., se ha celebrado un contrato de cesión de bienes a cambio de alimentos. La S. TS de 1 de julio de 1982 marca las diferencias entre este contrato y la renta vitalicia, señalando que aquél puede tener por objeto diversos tipos de prestaciones, bien en dinero, bien en alimentos, ya sean estos prestados en sentido estricto (in natura) ya en sentido amplio (asistencia, cuidados, servicios, etc., además de los alimentos propiamente dichos), modalidad esta última, de la que cabe encontrar ejemplos en el Derecho extranjero, pero también en el Derecho consuetudinario español donde se encuentra la figura análoga llamada «dación personal» y la importante especialidad de Galicia denominada «vitalicio».

13 1997, III (núm. 1º)

S. TSJA 5 de julio de 1995

El contrato concertado entre las partes, por el que un matrimonio se asocia con el tío de uno de los cónyuges, aportando éste su patrimonio e industria, comprometiéndose los otros a asistirlo y cuidarlo formando una única familia, teniendo lugar el reparto de beneficios entre ellos, no está comprendido en los que enunciativamente señala como instituciones consuetudinarias el art. 33 Comp.

4 1996, II (núm. 1º)

S. JPII Monzón 13 de septiembre de 1997

La dación personal supone la cesión de todo el patrimonio de la persona, soltera o viuda sin descendientes, que pasa a insertarse en la familia a cambio de los cuidados que ésta se obliga a prodigar. En el caso, mal puede admitirse su existencia, cuando se mantiene patrimonio inmobiliario propio y, posteriormente, se ceden parte de los bienes a favor de los sobrinos a cambio de alimentos.

21 1999, V (núm. 1º)

S. APH 10 de junio de 1998

El matrimonio y el hermano del marido formaban una comunidad con una caja o fondo común integrado por el fruto de su trabajo y los productos, rentas e ingresos de sus respectivos bienes; con el fondo común se atendían indistintamente las necesidades de sus integrantes. Situación que no cabe calificar de dación personal, ni de acogimiento, pues estas instituciones del art. 33 Comp. precisan pacto expreso; tampoco hay aportación irrevocable de bienes. La sentencia entiende que el fondo común acumulado ha de dividirse a partes iguales entre los tres, con base en la presunción de igualdad del art. 393 Cc. y en la regla de equidad aludida en el art. 34 Comp.

12 1999, V (núm. 2°)

• *JUNTAR DOS CASAS**S. TSJA 29 de septiembre de 1992*

Consortio universal entre matrimonios o «juntar dos casas» con previsión hereditaria de unidad y fiducia sucesoria. Incumplimiento de la cláusula capitular que regula la sucesión en el patrimonio del consorcio familiar: infracción del principio «standum est chartae».

8 1995, I (núm. 1°)

• *OTRAS SITUACIONES DE COMUNIDAD**S. APZ 15 de junio de 2009*

Inexistencia de situación permanente de comunidad familiar sobre la vivienda en la que conviven un padre, jubilado, hija y yerno. No hay pacto alguno que ordene una suma de esfuerzos individuales y que organice las tareas desarrolladas en común, pues ninguna había. La convivencia y asistencia al difunto es un dato irrelevante, que además no es exclusivo de la parte recurrente. Alegación interesada del art. 34 Comp. para dividir la propiedad de la vivienda en tres partes iguales.

48 RDCA-20101-XVII

LIBERTAD DE PACTO• *ART. 29 COMP.**S. JPI Zaragoza n° 2, 18 de mayo de 1994*

El régimen económico matrimonial en la Compilación permite a los cónyuges una libertad de pactos muy superior a la recogida en el Código civil para la sociedad de gananciales, y así el art. 29 Comp. otorga a los cónyuges la libertad de realizar pactos y declaraciones en escritura pública, «aun fuera de capítulos», por los cuales atribuyan a bienes muebles la condición de sitios o a éstos la de muebles.

13 1996, II (núm. 2°)

S. JPI Zaragoza n° 2, 3 de junio de 1996

Validez de la escritura de capitulaciones en la que se acuerda la disolución del régimen legal y el establecimiento para lo sucesivo del régimen de separación de bienes, adjudicando a la mujer, como liquidación de la comunidad conyugal, todo el patrimonio común con su pasivo; se le adjudica también un crédito que ahora dice el marido que es privativo suyo. Oposición que resulta improsperable si nos atenemos a la facultad libérrima y sin necesidad de causa que otorga a los cónyuges el art. 29 de la Compilación.

8 1999, V (núm. 1°)

S. JP II Tarazona 5 de diciembre de 1997

En la escritura de compraventa del inmueble, los cónyuges pactaron y reconocieron que el precio de la venta tenía la consideración de bien sitio y era propio de la esposa. La validez que a este pacto le otorga el art. 29 Comp. desvirtúa la presunción del art. 40 de la misma, debiendo atribuirse a la finca embargada la condición de privativa de la esposa.

25 1999, V (núm. 1°)

S. APZ 9 de diciembre de 1999

Una de las características que resulta de los pactos y declaraciones regulados en tal precepto es que el mismo permite una atribución sin causa de los bienes, pero no se puede utilizar para perjudicar la solvencia del cónyuge deudor.

45 2000, VI (núm. 2º)

S. APZ (Secc. 4ª) 20 de junio de 2003

Cuando el marido constante matrimonio en capítulos matrimoniales aporta a la sociedad conyugal el inmueble de su propiedad para hacerlo común al matrimonio, efectúa un acto de liberalidad al que le es aplicable el art. 29 Comp. Por ello, al tiempo de la liquidación no puede ahora exigir un reembolso por la transmisión al consorcio que en su momento realizó.

34 2005-2006 (XI-XII)

• **ATRIBUCIÓN DE COMUNIDAD**

S. APT 31 de mayo de 1999

Aun cuando la vivienda es privativa del marido, su cónyuge está legitimada para interponer la acción que se plantea, por cuanto la reparación de la misma será carga de la comunidad (art. 41.3 Comp.). Además, los cónyuges tienen la posibilidad de otorgar a un bien privativo la condición de ganancial (sic), otorgamiento que hay que entender que realiza el esposo desde el momento que presenta la demanda alegando la propiedad compartida de la vivienda. Por ello la excepción de falta de legitimación activa debe desestimarse.

22 2000, VI (núm. 2º)

RÉGIMEN DE SEPARACIÓN

S. APZ 20 de mayo de 2005

En contra de lo argumentado por la sentencia de instancia, la Audiencia considera que instaurado el régimen de separación absoluta de bienes del matrimonio por capítulos otorgados

en 1993, con antelación, por tanto, a la entrada en vigor de la Lrem., no le es de aplicación la regulación contenida en la misma, por aplicación de lo establecido en su DT 2ª, quedando sujeto dicho régimen económico a la normativa del Código civil sobre dicha materia, conforme al sistema de fuentes jurídicas establecido en el art. 1-2 Comp., al tratarse de materia no regulada en la misma. Pese a ello, la sentencia no considera que en el caso resulte de aplicación lo previsto en el art. 1438 Cc., al no haberse extinguido por la separación judicial el régimen de separación y, además, porque la esposa no ha contribuido con su trabajo en casa más que lo ha hecho el marido.

44 2007, XIII

• **ALIMENTOS A HIJOS NO COMUNES**

S. APZ (Secc. 4ª) 2 de marzo de 2000

El sostenimiento de la prole extramatrimonial habida por uno de los cónyuges antes de la nueva unión, que no conviva en su seno, no es una carga de la misma. Dicha responsabilidad sólo incumbe al otro cónyuge en Aragón en los términos de art. 41, por lo que en ningún caso puede ser reclamado al cónyuge no progenitor en los regímenes de separación absoluta en el que cada cónyuge tiene la exclusiva responsabilidad por sus deudas.

34 2001-2002 (VII-VIII)

• **APLICACIÓN DEL ART. 1438 Cc.**

S. TSJA 12/2013, 26 de febrero de 2013

Pactado en 2002 el «régimen de separación de bienes», como en esa fecha su definición no existía en la Compilación, sino en el Código civil, ante la ausencia de establecimiento completo del régimen económico que se deseaba, debe acudirse, 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 art. 23.2 son realmente ineficaces [...]. La dificultad de complemento mediante Compilación impone acudir al

mecanismo supletorio general del art. 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. No habiendo pactado las partes la exclusión de la aplicación del art. 1438 Cc., procede la aplicación de dicha norma al darse los presupuestos para la fijación de la compensación que prevé.

13 RDCA-XIX-2013

• BIENES COMUNES

S. JPI Zaragoza n° 14, 17 de abril de 1997

El marido reclama como propia una participación en entidad mercantil (parcela de camping) adquirida a nombre de la mujer tras haber pactado ambos régimen de separación; subsidiariamente, que se declare que el bien les corresponde por mitad y el pago de la mitad de los gastos. A esto último accede el juzgador, pues «pese al régimen de separación de bienes existente, debe entenderse adquirido conjuntamente por ambos esposos, se presume que el mismo tiene la consideración de común (art. 40.1 Comp.), perteneciendo por mitad a ambos litigantes (art. 393 párr. 2° Cc.)».

15 1999, V (núm. 1°)

• INEXISTENCIA DE COMPENSACIÓN ECONÓMICA POR EL TRABAJO DOMÉSTICO

S. APZ 24 de enero de 2005

Inaplicación del art. 1438 Cc. porque el régimen de separación de bienes entre aragoneses está regulado en la Ley del 2003, de aplicación inmediata desde su entrada en vigor, y en ella no existe un reconocimiento específico de ese derecho de compensación ni cabe acudir a la aplicación supletoria de la separación de bienes del Código civil (art. 22). Y ello porque siendo el régimen legal de comunidad, quien capitula para acogerse al de separación lo hace de manera reflexiva, y por ello se hace tributario a los mismos cónyuges de la facultad de autorregulación del mismo y en concreto de de-

terminar cuál ha de ser el alcance de los derechos de cada uno en el régimen de separación. A falta de pacto, en el régimen del consorcio conyugal, de aplicación subsidiaria, no existe una norma que justifique el derecho a una compensación por el trabajo doméstico.

31 2007, XIII

• REGIDO POR EL Cc.

S. APZ (Secc. 2ª) 24 de junio de 2008

Aunque la ley aplicable al matrimonio es la aragonesa, los novios (ella nicaragüense y él castellano) antes de casarse otorgaron en Valladolid capítulos matrimoniales de separación de bienes en los que establecieron que el régimen de separación se regía por el Código civil, por lo que el art. 1438 Cc. es aplicable al caso. La indemnización compensatoria del art. 1438 Cc. se diferencia de la pensión compensatoria del art. 97 Cc.

46 RDCA-2010-XVI

• RÉGIMEN JURÍDICO

S. APZ (Secc. 2ª) 19 de mayo de 2003

El régimen de separación de bienes se caracteriza por un dato negativo: la ausencia de comunidad de bienes, e incluso de cualquier participación de cada esposo en el resultado o actividad del otro. Cada esposo gobierna y administra sus bienes, obtiene para sí sus ingresos y puede enajenar sus bienes libremente sin perjuicio, en su caso, de la viudedad del otro (art. 72 Comp) y, todo ello, además, sin perjuicio de la responsabilidad los bienes de cada cónyuge al levantamiento de las cargas familiares (art 41. 1 y 43 Comp.).

32 2005-2006 (XI-XII)

• TITULARIDAD DE LOS BIENES

S. APZ (Secc. 2ª) 19 de mayo de 2003

Los bienes del matrimonio pertenecerán a alguno de los cónyuges: a aquel que a través de los medios oportunos demuestre la titularidad

exclusiva los mismos. A falta de tal prueba es evidente que juegan una suerte de presunciones: en concreto la cotitularidad de los mismos, tal y como ahora afirma el art. 24 de la Ley aragonesa de régimen económico matrimonial y viudedad, que aun no aplicable al caso de autos (DT 1ª en relación con la DF 3ª) recoge los principios que tradicionalmente han inspirado el régimen de separación de bienes en Aragón, tal y como se deducía de la aplicación supletoria del régimen legal aragonés al régimen pactonado de separación de bienes.

32 2005-2006 (XI-XII)

6631: CONSORCIO CONYUGAL: ACTIVO

S. APH 15 de diciembre de 1994

Activo: naturaleza privativa o común de determinados bienes; carácter común de las mejoras realizadas a costa del caudal común sobre bienes privativos de uno de los cónyuges; los bienes enajenados por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro se han de computar en el activo actualizando el importe de venta. Pasivo: deuda contraída por uno de los cónyuges antes del matrimonio para adquirir un bien común. Separación matrimonial: Los gastos de educación y crianza de los hijos son a cargo del caudal común, siendo su régimen jurídico el establecido en el art. 90 Cc. y no el del art. 41.1 Comp.

18 1996, II (núm. 1º)

S. APZ 14 de febrero de 2005

La sentencia resuelve, en ocasiones con extensión y cita de preceptos de la Comp. y Lrem., así como de jurisprudencia del TS, las objeciones que las partes han puesto al inventario realizado en la sentencia de primera instancia sobre la condición consorcial del piso o domicilio familiar, la no inclusión en el inventario de otro piso por ser materia nueva, la existencia de un crédito del esposo por el dinero privativo empleado en la adquisición de acciones consorciales, la condición consorcial de varios apartamentos por pacto en escritura pública, la

condición de las acciones compradas durante el matrimonio, la titularidad privativa del Plan de Jubilación pero debiendo reintegrar al patrimonio consorcial las cantidades aportadas durante el matrimonio, la condición de las cantidades donadas por los padres del esposo, etc.

34 2007, XIII

AMPLIACIÓN O RESTRICCIÓN DE LA COMUNIDAD

• BIENES SITIOS

S. APT 7 de abril de 2001

La diferencia entre bienes muebles y sitios viene fijada entendiendo que estos últimos, los sitios, comprenden no sólo los inmuebles por naturaleza o incorporación, sino todos aquellos que por su adscripción a un ciclo productivo, su diferenciabilidad o su permanencia los hacen fácilmente diferenciales, en tanto que los primeros, los muebles, son o se deben incluir en dicho concepto, todos los demás bienes. En resumen, los muebles pueden ser ordinarios o especiales. Los primeros son los normales, muebles por naturaleza o los que siendo inicialmente «sitios», por pacto ex art. 29, les atribuyen la condición de muebles. Los segundos, especiales, son los que también se estiman de significación extraordinaria (art. 39 Comp.), salvo pacto en contrario.

21 2003-2004 (IX-X)

• FORMA

A. APZ (Secc. 4ª) 16 de diciembre de 2011

En este caso existe una comunidad ordinaria sobre un bien que no integraba el activo del consorcio, pero que ha sido calificado de consorcial en el convenio regulador y adjudicado en plena propiedad a la esposa. Por lo que podrían hacerse dos potenciales planteamientos sobre esa división, a saber, uno si las partes quisieron aportar sus mitades indivisas al consorcio y el segundo si simplemente aprovecharon el proceso liquidador del consorcio, integrando aquel bien común pero no consorcial, en el

proceso liquidatorio, poniendo fin a la comunidad. La primera posibilidad debe rechazarse. No ya porque no se utilizase el requisito de forma ad solemnitatem que se exige para atribuir la condición consorcial, esto es escritura pública (art. 29 de la Compilación; y 33 de la Ley 2/2003, hoy 215 CDFA) sino porque es difícil entender que fuese su voluntad de aportar al consorcio con ocasión de un acto liquidatorio el mismo.

75 RDCA-XIX-2013

BIENES COMUNES

S. APH 26 de julio de 1994

Bienes que integran el activo de la comunidad: rentas percibidas por inmuebles comunes, así como un vehículo sobre el que se aplica la presunción de comunidad.

14 1996, II (núm. 1º)

S. JPII Monzón 15 de febrero de 1995

Forman parte del activo común los saldos de las cuentas corrientes de los cónyuges y la imposición a plazo fijo existentes en el momento de la disolución, más todos los intereses y rendimientos posteriores de las mismas; el mobiliario de la vivienda es todo común (art. 37.3 Comp.) y debe dividirse por mitad (art. 58 Comp.).

44 1997, III (núm. 1º)

S. APH 10 de julio de 1995

Aun cuando la edificación o reconstrucción sobre solar privativo de uno de los cónyuges haya de considerarse también como privativa del mismo, en virtud del art. 38.7º Comp., se deben estimar comunes los medios económicos invertidos en la reconstrucción, en primer lugar porque nada consta en contra, así como por lo dispuesto en el art. 40 Comp., que presume comunes todos aquellos bienes cuyo carácter privativo no pueda justificarse.

18 1997, III (núm. 1º)

S. APZ 10 de abril de 1996

Los saldos de cuentas corrientes, así como una plaza de garaje y un local, han de ser considerados como bienes consorciales por haber sido adquiridos constante matrimonio, la misma condición presenta el ajuar doméstico.

22 1997, III (núm. 2º)

S. JPII Huesca nº 2, 19 de abril de 1996

Se discute si la adquisición en pleno dominio de un lote de bienes del IRYDA realizada constante matrimonio y a título oneroso por el marido para su sociedad conyugal, y con cargo al caudal común, es privativa o común, puesto que los derechos de explotación de los que esta adquisición trae causa devienen de los causantes del marido, quienes fueron adjudicatarios provisionales y quienes abonaron parcialmente las cuotas anuales fijadas hasta la muerte y cesión de los derechos de la concesión. La sentencia se inclina por la consideración de que los tales bienes son comunes, aunque sin excluir el posible crédito que en la liquidación de la sociedad conyugal pudiera corresponder a los herederos del marido por la parte del precio que fue gratuitamente facilitada por su madre al tiempo de la cesión.

66 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. TSJA 29 de noviembre de 1996

En el patrimonio común estaría integrado el dinero aportado por cualquiera de los cónyuges al matrimonio que no se encontrase en los supuestos que lo convierten en sitio, según el art. 39.6 y de acuerdo con el núm. 4º del art. 37, todos ellos de la Compilación.

3 1997, III (núm. 1º)

S. APZ 12 de abril de 1997

Conforme al art. 37.3 Comp., son comunes los frutos de los bienes privativos, desde que aparecen o se devengan; por lo que los bienes embargados habrán de responder de la deuda del esposo.

39 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APT 26 de mayo de 1997

Los bienes consorciales en Aragón son los que resultan de aplicar el art. 37 Comp.

21 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APZ 13 de enero de 1998

Aun cuando en verdad se pudiera sostener que el predio tuviera carácter de bien privativo del marido de la actora, la cosecha de este inmueble siempre sería ganancial (sic), y en consecuencia la esposa ha de tener aptitud para reclamarla.

31 1999, V (núm. 2º)

S. JPI Huesca nº 1, 28 de abril de 1998

La sentencia afirma que el fondo de dinero Postaldiner por importe de 2.542.319 pts. es de naturaleza consorcial por cuanto se abrió constante matrimonio.

6 2000, VI (núm. 1º)

S. JPI Zaragoza nº 14, 10 de septiembre de 1999

Los bienes reclamados, en virtud de la vecindad aragonesa de los cónyuges deberían ser comunes, ex art. 37.1 Comp., pero lo cierto es que en el momento de adquirirse dicho bien el matrimonio llevaba separado de hecho 4 años, separación que excluye el fundamento de la comunicación de bienes ganados. La reclamación del actor es un acto contrario a la buena fe con manifiesto abuso de derecho, y por ello no puede reclamar la elevación a escritura pública de los contratos celebrados por su esposa.

69 2001-2002 (VII-VIII)

S. APZ 27 de septiembre de 1999

El piso adquirido constante matrimonio con dinero en parte de la esposa ha de considerarse común, puesto que no estamos ante un supuesto de subrogación automática sino de adquisición realizada con el producto de la venta de un bien privativo, que no mantiene su carácter por falta de los requisitos del art. 39.6

Comp. Para que diese la subrogación sería necesario un convenio entre los cónyuges para que el propietario cobrara anticipadamente el crédito que tiene frente a la sociedad (art. 47.2), así como la intención de subrogar de la que habla el art. 38.4, ninguno de los cuales se da en el presente caso.

40 2000, VI (núm. 2º)

S. TSJA 6 de octubre de 1999

Las ganancias obtenidas en la empresa G. Z., S.A. integran el patrimonio consorcial conforme al art. 37.3 Comp., que declara patrimonio común los frutos de los bienes privativos. Y no puede ser obstáculo a esta consideración la forma de sociedad anónima bajo la cual actuaba la indicada empresa, ya que se ha constatado el carácter privativo del negocio respecto del patrimonio del recurrente, quien había suscrito la mayor parte de las acciones, continuando bajo esta forma social un negocio precedente, resultando, además, ser el marido administrador único de la sociedad.

3 1999, V (núm. 2º)

S. APZ (Secc. 4ª) 12 de junio de 2000

El coche y el mobiliario del camping que el apelante reclama como privativos, se han de considerar comunes, puesto que fueron adquiridos constante matrimonio a título oneroso, jugando, por consiguiente, la presunción del art. 40 Comp.

38 2001-2002 (VII-VIII)

S. JPI Zaragoza nº 1, 14 de julio de 2000

La finca sobre la que la esposa reclama su propiedad privativa debe reputarse consorcial, por cuanto en la escritura de adquisición, realizada constante matrimonio, se afirma que la adquiere para su sociedad conyugal. Son igualmente bienes comunes, la casa prefabricada y los muebles adquiridos para la misma (art. 37 comp.). También lo son los rendimientos de los saldos bancarios sean éstos comunes o privativos.

58 2001-2002 (VII-VIII)

S. TSJA 6 de octubre de 2000

El recurrente, tal y como como se acredita documentalmen- te, en estado de soltero efectuó entregas para la compra del piso y garaje la cantidad de 250.000 ptas., lo que representa el 39,71% del precio, por lo que en aplicación del art. 38.1 Comp., el carácter privativo del inmueble —en ese porcentaje— vendría determinado por subrogación; el resto del inmueble (el 60,29%) será común al pagarse con cargo a fondos comunes.

4 2000, VI (núm. 2º)*S. APZ (Secc. 5ª) 4 de diciembre de 2000*

Un crédito aislado, generado de la gestión ordinaria de un negocio privativo no es, todavía, fruto o rendimiento (art. 37.3). El fruto de ese negocio serán los beneficios o ganancias que se obtengan de ese bien privativo, pero no, al menos, en principio, un crédito aislado, respecto del cual el art 48-2.2º Comp. residencia la legitimación en el cónyuge que tiene los bienes a su nombre exclusivamente.

46 2001-2002 (VII-VIII)*S. APZ 7 de mayo de 2002*

Los bienes sobre los que se impugna la composición del inventario realizado por el Juzgado, debe ser estimada en parte y ello porque aun cuando la parcela discutida perteneciera a los padres del demandado, la misma debe ser considerada común y no privativa del marido ya que se adquirió por compra constante matrimonio, sin que conste el carácter privativo del dinero, lo mismo cabe afirmar sobre el otro inmueble discutido, que igualmente fue adquirido a título oneroso y constante matrimonio. (art. 37.1 Comp.).

67 2003-2004 (IX-X)*S. APZ 17 de junio de 2002*

La suma que reclama la demanda como bien común y que consiste en una cantidad de dinero percibida por el marido en concepto de atrasos debe ser acogida, puesto que dicha cantidad la percibe el marido a consecuencia del

recurso contencioso administrativo interpuesto frente al Ministerio en virtud del cual se modificó su categoría profesional correspondiéndole un mayor salario, y la cantidad que percibe son los atrasos que corresponden a dicha categoría profesional. Por ello, siendo salario, y no una indemnización, ha de estimarse dicha cantidad como bien común (art. 37.1 Comp.).

68 2003-2004 (IX-X)*S. JPII Boltaña 20 de marzo de 2003*

Sí puede existir un crédito de la sociedad de gananciales frente al cónyuge que hizo las aportaciones ya que éstas se hicieron constante la sociedad legal de gananciales con dinero ganancial: conforme al art. 1397.3ª del Cc. dicha cuantía habrá de incluirse en el activo de la sociedad como crédito de ésta frente al marido.

42 2005-2006 (XI-XII)*S. APH 10 de junio de 2003*

Pretende la actora que se incluya en el activo de la sociedad conyugal un crédito frente al esposo por importe igual al sufragado para el pago de la hipoteca de la vivienda. Y ello porque considera que dichos pagos se hicieron con el sueldo que ganaba la esposa sin que nada aportase el marido. La pretensión debe ser desestimada por cuanto, siendo la vivienda consorcial (se adquirió constate matrimonio) y consorcial también el salario percibido por la esposa, no puede haber reconocimiento de ese crédito a favor del consorcio.

17 2005-2006 (XI-XII)*S. APH 9 de noviembre de 2006*

El activo privativo inicial del marido no se mantuvo separado del caudal común, sino que en el mejor de los casos para el esposo, quedó confundido con éste. Es decir, tanto el dinero inicialmente aportado por el esposo como el procedente de las ventas de sus títulos privativos ingresó en caudal común confundiéndose con éste, de manera que no se puede afirmar que el dinero empleado en las adquisiciones sucesivas que se realizaron fuera privativo y a través del mecanismo de la subrogación, también lo ad-

quirido. No se cumplen los requisitos de la subrogación y el reemplazo previstos en la Compilación, y lo único que hay es confusión de caudales. Los bienes comprados serán comunes, y forman parte del activo del consorcio, y el marido tiene derecho al crédito que ha generado la confusión de su dinero con el común, siendo este reembolso pasivo del consorcio conyugal.

31 RDCA 2008, XIV

S. APZ 29 de abril de 2010

La vivienda familiar, comprada antes del matrimonio por uno de los cónyuges que pagó casi cinco millones de pesetas, aplazándose el resto del precio y siendo abonado a través de un préstamo hipotecario, es considerada por ambos como común, ex art. 38.1ª Comp., y por ello, como dice la actora, nace a favor de ella un reintegro por el precio pagado antes del matrimonio (art 41-1 Comp.). Respecto de los bienes muebles habidos en el domicilio conyugal, habiendo sido adquiridos con anterioridad a la Lrem. debe considerarse comunes: arts. 37-4ª y 40-1 Comp.

76 RDCA-2012-XVIII

S. TSJA 3 de diciembre de 2010

Lo edificado con dinero consorcial sobre terreno ajeno al tiempo de la construcción debe calificarse como consorcial, sin perjuicio de que ahora el solar sobre el que se construyó corresponda al marido al adquirirlo por herencia del anterior propietario.

10 RDCA 2011, XVII

• *APEROS DE LABRANZA*

S. APT 27 de octubre de 1998

La calificación de los aperos de labranza como bienes de uso personal del marido no impide su consideración de bienes comunes, pues aquella calificación tan sólo concede al marido un derecho de adjudicación preferente en su haber, hasta donde este alcance, a la hora de hacer la liquidación. Los aperos de labranza forman parte integrante de la explotación agrícola (art. 39.1 Comp.) y deben tener la misma

naturaleza que ésta, que sin duda es de carácter consorcial.

26 1999,V (núm. 2º)

• *BIENES DE ORIGEN FAMILIAR*

S. TSJA 31/2012, 5 de octubre de 2012

Siendo inaplicable art. 34 Lrem., porque la adquisición del bien de origen familiar tuvo lugar en 1966, la compra por el esposo para el consorcio conyugal de 5/6 de la propiedad de la finca objeto del litigio, desde que la Constitución y la reforma de 1985 hacen que la administración y disposición de los bienes comunes correspondan a ambos cónyuges conjuntamente o a uno de ellos con consentimiento del otro, implicó la extinción de la propiedad exclusiva del esposo, y la pérdida para la finca de su condición de troncal. En momentos históricos pasados, como en 1966, el marido era el administrador de la sociedad conyugal, con facultades de disposición (art. 49 Apéndice), por lo que la compra de un bien por el marido para la sociedad, y no para sí, no afectaba a su carácter troncal, ya que, en cualquier caso, el mismo cónyuge que lo traía a la comunidad mediante compra seguía siendo su gestor, y tenía incluso facultades para disponer de él.

44 RDCA-2012-XVIII

• *BIENES MUEBLES*

S. JPI Zaragoza nº 13, 10 de mayo de 1995

La mesa y el espejo heredados por el actor de su madre y que ahora reclama de la esposa eran —según dice la sentencia— «de propiedad privativa del esposo por haberlos adquirido por sucesión (arts. 38.1 Comp. y 1346.2 Cc.)» (sic).

53 1997, III (núm. 1º)

S. APT 26 de mayo de 1997

En Aragón el concepto de bienes muebles no es coincidente con el que recoge el art. 331 Cc., dado que dentro del concepto de bienes «sitios» se integran no sólo los bienes inmue-

bles reales o por naturaleza sino también (art. 39) los bienes que por su naturaleza son muebles pero se adquieren como sitios.

21 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. JPII Huesca nº 2, 10 de diciembre de 1997

Los bienes muebles, salvo que se encuentren en los supuestos previstos en los arts. 38 y 39 Comp., son bienes comunes. Por consiguiente, ni la ropa de hogar, ni la cristalería, ni la vajillería, ni la cubertería son bienes privativos de la esposa, aun cuando ella los hubiera aportado al matrimonio (art. 37.4 Comp.). Sólo el pacto o la reserva los podrían haber hecho privativos de la actora, pero no su procedencia ni la alegación de que fueron donados por sus familiares, sin demostrar que fueron excluidos de la comunidad consorcial.

28 1999, V (núm. 1º)

S. APH 12 de febrero de 1998

Son bienes comunes, ex art. 37.3 Comp. los frutos, desde que aparecen o se devengan, tanto de bienes comunes como privativos. Por lo tanto, han de considerarse como bienes comunes los rendimientos del capital mobiliario aun cuando éste fuera privativo, en parte, del marido.

5 1999, V (núm. 2º)

S. APZ 2 de diciembre de 1998

Son comunes los muebles existentes en el domicilio conyugal, teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 40 Comp. y 1.361 Cc., ya que «no se ha desvirtuado la presunción de ganancialidad» (se omite referencia al art. 37.4 Comp.). Es privativo el negocio de venta al por menor de pescado, pues se adquirió varios años antes del matrimonio (art. 39.1 en relación con el 38 Comp.), si bien la comunidad acredita frente al cónyuge la cantidad abonada durante el matrimonio; de modo similar respecto del puesto de venta de pescado adquirido antes del matrimonio y pagado en parte durante el mismo (art. 1.357 Cc.).

50 1999, V (núm. 2º)

S. APH 23 de enero de 2009

Los bienes muebles deben ser considerados comunes, porque no lo son del art. 39 Comp. y en la formación del activo resulta aplicable la Comp.: art. 37-4 Comp. y DT 2º Lrem.

19 RDCA 2009, XV

• *CLÍNICA VETERINARIA*

S. APZ 8 de noviembre de 2001

La clínica veterinaria se abrió constante matrimonio, se solicitó comúnmente un préstamo para ello, y el actor también aportó su trabajo a la misma, por ello dicho negocio así como los muebles y enseres del mismo deben ser considerados consorciales.

43 2003-2004 (IX-X)

• *CONTRATO DE ACCESO DIFERIDO A LA PROPIEDAD*

S. APZ 16 de enero de 2006

El contrato de acceso diferido a la propiedad genera ya desde el primer momento un derecho del beneficiario y ese derecho, sea el que fuere, surge constante el matrimonio y por tanto con carácter consorcial. Este derecho está definido como un pacto con reserva de dominio, viniendo a constituir una garantía para el pago del precio aplazado, cuyo completo pago actúa como condición suspensiva de la adquisición por el comprador del pleno dominio de la cosa comprada; y una vez cumplida la condición, los efectos de la obligación condicional se retrotraen al día de su constitución. La consolidación del derecho, por más que acaeciera siendo viudo el beneficiario, no puede mudar la naturaleza consorcial del bien, y lo único que generaría sería un crédito frente al consorcio por lo pagado con dinero privativo.

40 RDCA-2008-XIV

• *DERECHO DE ARRENDAMIENTO DE LA VIVIENDA*

S. APT 23 de noviembre de 1998

Contrato de arrendamiento de vivienda celebrado por el novio con su empresa pero con-

dicionado al proyectado matrimonio de aquél; contrato oneroso perfeccionado una vez contraído el matrimonio por lo que el derecho de arrendamiento de la vivienda debe considerarse bien consorcial al haberse adquirido onerosamente, y en cualquier caso por aplicación de la presunción de comunidad. Se reconoce a la esposa el carácter de cotitular del contrato de referencia. La renuncia del marido a él solo puede afectarle.

27 1999, V (núm. 2º)

S. JPI Zaragoza nº 3, 3 de septiembre de 2009

El art. 28.i Lrem., en aplicación del principio tradicional aragonés de protección de la vivienda familiar, atribuye al consorcio, y no a uno de los cónyuges (el titular del contrato) todos los derechos que como arrendatarios se deriven del contrato de arriendo que se celebre vigente matrimonio. La consecuencia es que en estos supuestos no es necesario verificar ningún tipo de subrogación, por cuanto la celebración del contrato, vigente el consorcio conyugal, con independencia de quien figure contractualmente como titular, atribuye los derechos del arrendatario a aquél y no sólo al cónyuge que firme el contrato de arriendo. Será necesaria la subrogación, y en consecuencia el cumplimiento de los requisitos del art. 16 LAU, en los arrendamientos anteriores a la celebración del matrimonio y en aquellos otros en que el régimen matrimonial no sea el consorcial.

66 RDCA 2011, XVII

S. TSJA 14 de mayo de 2010

Ingresa en el patrimonio común los derechos de arrendamiento por contratos celebrados durante el consorcio, aunque sólo haya contratado uno de los cónyuges, con los efectos respecto de la gestión que determinan los arts. 47 y siguientes, y en cuanto a las situaciones entre patrimonios en los términos comprendidos en el art. 44. Sin embargo, este carácter consorcial produce sus efectos dentro del matrimonio, pero no para quien contrató con uno de los cónyuges. Por tanto, no existe incompatibilidad entre la Ley aragonesa 2/2003 y la Ley de arrendamientos urbanos,

pues operan en ámbitos distintos perfectamente compatibles (sic).

5 RDCA 2010, XVI

S. TSJA 14 de mayo de 2010

Con una excelente argumentación, el magistrado disidente afirma que tanto vigente la Compilación como ahora de forma expresa y clara afirma la Lrem. en el art. 28.2.i), los derechos arrendaticios concertados por uno solo de los cónyuges constante matrimonio tiene naturaleza consorcial, tanto entre los cónyuges como frente al arrendador contratante de manera que no es necesario, muerto el cónyuge firmante que el viudo se subroge en el contrato, por ser ya el derecho de naturaleza común, al igual que lo es el inmueble que uno sólo de los cónyuges adquiere constante matrimonio permitiendo al no contratante exigir el cumplimiento y entrega del inmueble y al vendedor exigir del consorcio el pago del precio.

5 RDCA 2010, XVI

• **ESTANCO**

S. APH 29 de julio de 2011

El supuesto de estancos, como en los similares de Administración de Loterías, taxis, farmacias, hay que afirmar que la titularidad que se atribuye a quien figura al frente del establecimiento es meramente administrativa, acomodada a la normativa especial que rige los estancos y por tanto se trata más bien de tipo formal impuesta por exigencias de la Administración, que no excluye la titularidad civil. En este caso, la concesión se produjo constante matrimonio, y sin olvidar que la propia normativa citada en el recurso sobre la transmisión de expendedurías de tabaco (...) contempla la posibilidad de que se produzca dicha transmisión, bien que con sujeción a los requisitos establecidos en las respectivas disposiciones reglamentarias. Todo ello nos inclina por mantener en el inventario no sólo la expendeduría en sí sino también el negocio, asumiendo en este particular la STS de 1 de abril de 2007, cuya argumentación en este particular creemos compatible con el Derecho Aragonés, con la consiguiente desestima-

ción del presente recurso. Por ello, cabe calificarlo de consorcial.

60 RDCA-XIX-2013

• INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO

S. APZ 24 de septiembre de 1997

La indemnización percibida por la esposa por la rescisión de su contrato laboral tiene en su integridad el carácter de bien común consorcial, conforme al art. 37.2 de la Compilación, sin que quepa diferenciar una porción privativa y otra común.

7 1999, V (núm. 1º)

S. TSJA 25 de noviembre de 1998

El montante indemnizatorio por la resolución contractual laboral debe ser considerado bien común ex art. 37.2º Comp. No cabe distribuir el «quantum» indemnizatorio en proporción al tiempo de trabajo de soltero y de casado, considerando privativo el primero y común el segundo. No se trata de salarios diferidos, sino de una indemnización de origen legal, tasada sin referencia a los daños causados, que viene a compensar por la pérdida del empleo. Se trata de frutos del trabajo o la actividad, actualizados en momento idóneo.

3 1999, V (núm. 1º)

S. TSJA 24 de mayo de 1999

La indemnización por despido constituye las cantidades obtenidas en función del trabajo o actividad y nunca integran un derecho en razón de la persona sino del trabajo prestado, y por ello como un bien integrado en el art. 37.2 Comp.

1 1999, V (núm. 2º)

S. APH 23 de enero de 2007

No resulta aplicable el art. 28-2 Lrem., por haberse percibido la indemnización vigente la Compilación, y esta es la norma que debemos aplicar en razón de la DT 2ª Lrem. Esta AP calificó como bienes privativos a estas indemnizaciones, pero tanto el TSJ de Aragón (S. de 29 de mayo de 1999) como el legislador las califican

de bienes comunes; así lo hace ahora también esta AP confirmando la calificación del juzgado, por cuanto lo dicho ahora por la Lrem. nos sirve para interpretar el art. 37-3 Comp., reforzando así el fallo habido en su momento en casación.

19 RDCA 2009, XV

• INDEMNIZACIÓN POR JUBILACIÓN

S. APT 26 de mayo de 1997

Ha de ser considerada como un bien común, lo que se ha de calificar como rendimiento del trabajo ex art. 37.2 Comp.

21 1998, IV (núms. 1º y 2º)

• INMUEBLES EDIFICADOS SOBRE TERRENO EN PARTE DE UNO DE LOS CÓNYUGES

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 general 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

• **PAGA EXTRAORDINARIA**

S. APZ 21 de septiembre de 2005

No se discute que la percepción de una paga extraordinaria por un trabajador de la enseñanza privada es bien común si se recibe constante matrimonio (art. 37-2 Comp.). En el caso el derecho a la paga nace del Convenio colectivo de Empresas de enseñanza privada de 2000, verdadera fuente jurídica de las relaciones laborales, y no del acuerdo sectorial de la Enseñanza Privada de 2004, que simplemente regulará la forma y tiempo, para hacer efectivo ese pago. Aunque el matrimonio se separa judicialmente en el año 2002, el derecho a la paga está devengado constante matrimonio y forma parte del activo consorcial, aunque no se haya cobrado hasta 2004.

50 2007, XIII

• **PARTICIPACIONES SOCIALES**

S. JPI Zaragoza nº 14, 24 de febrero de 1998

Es cierto que es únicamente la mujer quien forma parte de la sociedad civil (para la construcción y adjudicación de viviendas a los socios), pero no lo es menos que la vivienda le fue adjudicada a la mujer como bien ganancial en virtud de su participación social; por ello, la deuda que grava la vivienda citada debe considerarse como carga de la comunidad (art. 41.5º Comp.), teniendo, en consecuencia, plena legitimación e interés en el pleito el esposo de aquella.

5 2000, VI (núm. 1º)

S. APZ 17 de noviembre de 2005

Para que las participaciones sociales sean consorciales es preciso que hayan sido adquiridas a costa del patrimonio común, aunque sea a nombre de uno solo de los cónyuges (art. 28-2-k Lrem.). Si existieren participaciones sociales adquiridas durante el matrimonio, pero ocultas —bien a nombre de otro socio o mediante contabilidad opaca— es palmario que serían consorciales. Y que para ello preciso sería acudir a la doctrina del «levantamiento del velo».

53 2007, XIII

S. APZ 27 de marzo de 2007

Las sociedades mercantiles tienen personalidad jurídica y, por tanto, no son en sí mismas ni comunes ni privativas. Comunes o privativas serán las acciones o participaciones sociales, lo que vendrá dado en función del carácter de las aportaciones de los socios a la sociedad. Por otra parte, las sociedades no son asimilables a las «explotaciones y empresas» de que habla el 28-2-j Lrem. (3839 Comp.), que son explotaciones o empresas individuales sin personalidad jurídica propia. Si las participaciones sociales son privativas, sólo serán incluibles en el activo consorcial sus beneficios; si son comunes, se incluyen tanto las participaciones como sus beneficios.

45 RDCA 2009, XV

• **PENSIÓN**

S. APH 12 de febrero de 1998

Son también bienes comunes, los bienes que los cónyuges obtienen con su trabajo o actividad (art. 37.2 Comp.), concepto en el cual ha de incluirse la pensión que cobraba el Sr. Albas.

5 1999, V (núm. 2º)

• **PLAN DE PENSIONES**

S. APZ 8 de noviembre de 2001

Respecto del plan de pensiones suscrito por el marido, debe ser considerado común su valor consolidado, al ser hechas las aportaciones con dinero común.

43 2003-2004 (IX-X)

• **RENDIMIENTOS DE LOS BIENES PRIVATIVOS**

S. APH 17 de noviembre de 2008

En la liquidación el cónyuge titular de la vivienda privativa pide al consorcio una compensación por el uso que la familia ha hecho de ella durante el matrimonio. La petición no puede prosperar porque los rendimientos de los bienes privativos, y el uso u ocupación por la

familia es una forma de aprovechamiento, son bienes comunes y, desde otro punto de vista, las rentas o alquileres de los edificios (a los que se equipara esta compensación) son frutos civiles que también son comunes (art. 355 Cc. y 28-2-f Lrem.).

28 RDCA-2010-XVI

• Y EN PARTE PRIVATIVOS

S. TSJA 31/2012, 5 de octubre de 2012

El esposo adquiere 1/6 del inmueble por herencia y los otros 5/6 se compran directamente para la sociedad conyugal. Partiendo de tales hechos realmente sucedidos, no existe apoyo legal alguno en los arts. 37, 38 o 40 Comp. que permita considerar que un bien en su totalidad tenga la condición de privativo de un cónyuge, una vez que han sido adquiridos a título oneroso para la sociedad conyugal 5/6 del bien.

44 RDCA-2012-XVIII

BIENES PRIVATIVOS

S. APH 13 de diciembre de 1994

Piso y garaje anejo comprado a precio aplazado por ambos cónyuges en estado de solteros. Naturaleza privativa del bien: pertenece por mitad a cada uno de los cónyuges. El precio aplazado de dicho piso y garaje satisfecho constante matrimonio y hasta la disolución de dicho vínculo es una deuda que por mitad deben ambos cónyuges a la sociedad conyugal. No es relevante que sólo el marido o su madre pagasen efectivamente el inmueble para que dicho bien sea en su mitad indivisa titularidad del cónyuge que nada pagó, pues en todo caso habrá que presumir que esto es una donación de un cónyuge a otro o en el peor de los casos, para el cónyuge que nada pagó, un préstamo.

17 1996, II (núm. 1º)

S. APH 24 de abril de 1995

El piso objeto de la litis debe considerarse como un bien privativo del marido (actor-apela-

do), pues dicho bien fue obtenido con el producto de los bienes hereditarios de la abuela del demandante —sin perjuicio de la deuda existente en favor de la comunidad por la parte del precio que quedó aplazado—, pues se ha de distinguir entre el capital privativo empleado en la adquisición del bien —de carácter privativo por subrogación directa e inmediata ex art. 38. 5 comp.— y el capital empleado para la cancelación del precio aplazado después de su adquisición.

14 1997, III (núm. 1º)

S. APH 5 de octubre de 1995

La finca en cuestión es un bien privativo de la demandada, de acuerdo con lo dispuesto en art. 38.1 Comp., pues los inmuebles o sitios aportados al matrimonio o los adquiridos durante él a título lucrativo son privativos.

19 1997, III (núm. 1º)

S. APH 15 de marzo de 1996

La parte actora no demuestra su condición de dueño del inmueble. La casa, cuya declaración de propiedad se solicita, pertenecía a los suegros del actor. Fallecidos éstos, en principio, ha de concluirse que, en virtud de lo dispuesto en el art. 38-1º, la casa pasó a ser un bien privativo de la esposa del actor.

5 1997, III (núm. 2º)

S. APZ 10 de abril de 1996

No puede considerarse bien común el que es adquirido por la esposa en estado de soltera, aun cuando hubieran convivido en él ambos cónyuges «more uxorio» antes del matrimonio.

22 1997, III (núm. 2º)

S. APZ 28 de junio de 1999

Para que pueda darse entrada a las normas comunes en el sistema del Derecho civil propio es menester que éste carezca de recursos para dar solución al conflicto, lo que no ocurre en el presente caso, en el que la proporciona la acción coordinada de los arts. 38 y 7 Comp., a tenor de los cuales los bienes inmuebles aportados al matrimonio siguen siendo privativos aun

cuando el precio esté aplazado y el inmueble sea la vivienda familiar. Todo ello, sin perjuicio del reintegro de patrimonios, a que haya lugar, y sin que sean aplicables los arts. 1354 y 1357 Cc.

35 2000,VI (núm. 2º)

S. JPI Zaragoza nº 14, 10 de septiembre de 1999

Los bienes reclamados, en virtud de la vecindad aragonesa de los cónyuges deberían ser comunes, ex art. 37.1 Comp., pero lo cierto es que en el momento de adquirirse dicho bien el matrimonio llevaba separado de hecho 4 años, separación que excluye el fundamento de la comunicación de bienes ganados. La reclamación del actor es un acto contrario a la buena fe con manifiesto abuso de derecho, y por ello no puede reclamar la elevación a escritura pública de los contratos celebrados por su esposa.

69 2001-2002 (VII-VIII)

S. APZ (Secc. 4ª) 12 de junio de 2000

De la prueba se deduce que en estado de casada la mujer enajenó un bien inmueble privativo suyo, cuyo dinero destinó a pagar parte de la vivienda familiar. Por consiguiente, el dinero obtenido tiene carácter privativo (art. 39.6ª Comp.), nace a favor de la esposa un derecho de crédito por dicho importe contra la sociedad consorcial.

38 2001-2002 (VII-VIII)

S. APZ 8 de noviembre de 2001

El vehículo objeto de discusión debe ser considerado privativo de la esposa, pues consta en autos que fue donado por la madre de la esposa antes de la celebración del matrimonio, sin que sea relevante que, constante matrimonio, se produjera una transferencia administrativa en la titularidad del vehículo. Lo mismo debe decirse respecto de la que ha sido la vivienda familiar del matrimonio, pues se adquirió a través de una donación encubierta. Por lo demás no es de aplicación lo dispuesto en el art. 1354.

43 2003-2004 (IX-X)

S. APT 4 de diciembre de 2002

Aun cuando la participación sobre la que los herederos del causante reclaman su propiedad figurara a nombre de éste, es evidente que la misma es un bien privativo de la esposa (cónyuge supérstite), ya que la misma perteneció a su padre, y a su fallecimiento fue adquirida por su hija por herencia. Si figura a nombre de su marido, lo es tan sólo, porque en aquella época era normal que las participaciones sobre comunidades de montes figuraran a nombre del cabeza de familia con independencia que fuera o no propietario.

61 2003-2004 (IX-X)

S. JPI Jaca nº 1, 5 de mayo de 2003

Las construcciones realizadas sobre diversos bienes privativos del marido deben ser consideradas también privativas (accesión), en perjuicio del derecho de reembolso (art. 47 Comp.) a que dé lugar.

43 2005-2006 (XI-XII)

S. TSJA 9 de septiembre de 2005

Aplicando el principio de subrogación previsto en el art. 38.4 Comp., se han de considerar privativos los bienes que vienen a sustituir a otros de igual naturaleza, si se adquieren con el importe percibido por la enajenación de otros privativos, que es lo que sucede en este caso. Pues bien, las participaciones adquiridas a nombre de ambos cónyuges serán comunes, pues así las adquirieron ambos cónyuges, sin perjuicio, en virtud del artículo antes referido, de que el 80% de valor de dichas participaciones deba ser reembolsado al marido, ya que se ha demostrado que fueron adquiridas con su dinero privativo (vendió un piso privativo para adquirir parte de dichas participaciones).

2 2007, XIII

S. TSJA 27 de febrero de 2006

El bien inmueble cuya condición se discute fue adquirido con anterioridad a la celebración del matrimonio por el marido y tiene naturaleza privativa a tenor de lo dispuesto en el art. 38.1º Comp., que concuerda con el art. 29.1 Lrem, aunque éste no sea aplicable al caso. En

la Compilación no se contemplaba de forma expresa la adquisición de un bien con precio aplazado que se pagaba con cargo al consorcio. Podía defenderse que si la adquisición se hacía con el ánimo de defraudar al consorcio, podría considerarse el bien como aportado al consorcio por entender que se compró con el ánimo de hacerlo consorcial; pero en este caso tal consideración no se ha hecho en la sentencia impugnada ni se desprende de los hechos, por ello lo pagado a costa del caudal común dará derecho a reembolso en favor del consorcio (art. 47 Comp.)

8 2007, XIII

S. TSJA 9 de enero de 2007

Deben ser privativos los bienes inmuebles (un piso y un garaje) adquiridos por el marido constante matrimonio por cuanto los mismos fueron comprados con dinero privativo obtenido con la venta de dos fincas también privativas, no resultando aplicable el art. 8 Apéndice, que habla de actos «normales» y, a falta de norma, cabe recurrir al art. 1396.4 Cc., que califica de bienes privativos a los adquiridos con dinero privativo de uno solo de los esposos. Además, nada permite deducir que el Apéndice quisiera diferenciar el régimen económico matrimonial aragonés del Código civil en supuestos de la importancia cuantitativa del presente con tan vaga regulación como lo es la del art. 48.1 del Apéndice.

4 RDCA 2008, XIV

S. JPI Zaragoza n° 17, 12 de septiembre de 2007

La compra de un bien por parte de uno de los cónyuges con anterioridad a contraer matrimonio y con precio aplazado, aun cuando el bien sea la vivienda familiar, no se regula por los arts. 1.354 y 1.357 Cc., sino por el art. 38.1 Comp. (en este caso) equivalente al ahora vigente art. 29-1 Lrem., de manera que el bien será privativo del cónyuge adquirente por entero, dando lugar el pago hecho con dinero consorcial a un reintegro entre patrimonio en los términos que establece el art. 47 Comp., ahora 44 Lrem.

67 RDCA 2009, XV

S. TSJA 26 de septiembre de 2007

El inmueble, vivienda familiar, que se reclama por la actora como consorcial, no puede ser considerado común, aun cuando se pagara con dinero consorcial y constante matrimonio, a excepción del pago de 25.000 ptas., que fue el primer plazo del piso; y ello porque dicho inmueble aparece escriturado a nombre de la madre del demandado, propiedad, ahora, de éste al haberlo adquirido por sucesión. Por lo tanto, no es aplicable al caso el art. 37 Comp. que se denuncia como infringido. Ahora bien, sí debe incluirse en el activo el crédito que tiene el consorcio conyugal frente al esposo, por haber pagado a cargo del patrimonio común una deuda privativa.

10 RDCA 2008, XIV

S. TSJA 28 de septiembre de 2007

La vivienda familiar fue comprada por los cónyuges antes de contraer matrimonio constando que la adquirirán al 50%. Constante matrimonio la misma fue pagada, si bien, en un porcentaje importante se aplicó para el pago dinero privativo del marido, que recibió de FOGASA. Por lo que el marido alega que él debe ser propietario en un porcentaje mayor que su esposa. Pues bien, la vivienda pertenece a ambos al 50%, pues así fue adquirida, otra cosa es que el crédito del marido frente al consorcio sea mayor si él pagó más con dinero privativo.

12 RDCA 2008, XIV

S. APH 23 de enero de 2009

El piso, el garaje y el trastero son bienes privativos del marido y de la mujer al 50%, así lo pactaron y los adquirieron antes de contraer matrimonio y de iniciarse entre ellos el consorcio conyugal; ahora bien, al haber sido satisfecha buena parte del precio de los mismos con dinero consorcial, nace a favor del consorcio un crédito por el dinero abonado.

19 RDCA 2009, XV

• *ACCESIÓN*

S. JPII Boltaña 7 de diciembre de 1994

Comunidad conyugal legal: construcción en suelo privativo con dinero común (art. 38.7

Comp.): las edificaciones pertenecen al esposo propietario del solar privativo, pero quedando deudor a la comunidad conyugal por el dinero que empleó de ésta para levantar las construcciones, ya que el esposo no era titular exclusivo del dinero empleado en la obra.

25 1996, II (núm. 2º)

S. APH 10 de julio de 1995

En virtud de lo dispuesto en el art. 38.7º Comp. son bienes privativos las accesiones o incrementos de los bienes propios; y en el caso de autos nadie discute que los solares sobre los que se reedificaron las casas en litigio correspondían al causante —que estaba casado—, luego estas edificaciones a él pasaron a pertenecer según lo que establece el art. 353 del Cc., y ello sin perjuicio de que los medios económicos que se emplearan para la reconstrucción deban estimarse comunes.

18 1997, III (núm. 1º)

S. JPII Huesca nº 2, 14 de abril de 1997

Las obras realizadas sobre posesiones privativas, en cuanto que incorporan nuevos elementos y construcción a las mismas, deben tener el concepto de accesiones, y tienen la naturaleza igualmente privativa.

14 1999, V (núm. 1º)

S. APT 4 de febrero de 2004

Lo dispuesto sobre accesión en el Cc. (arts. 353 y ss.) es aplicable en Aragón como Derecho supletorio (art. 1.2 Comp.). El art. 38.7 Comp., el vigente 29.4 Lrem. y el 1359 Cc., vienen a considerar bienes privativos las accesiones o incrementos de los bienes propios (lo edificado sobre solar privativo del marido), sin perjuicio, en cualquier caso, del reembolso del valor satisfecho bien por el otro cónyuge, bien por la sociedad conyugal si se hiciere con bienes comunes.

65 2005-2006 (XI-XII)

S. JPI Zaragoza nº 12, 28 de septiembre de 2007

Lo edificado con bienes comunes sobre solar privativo de uno de los cónyuges sigue la condi-

ción de privativo, sin perjuicio de los reembolsos a que haya lugar. Así resulta del art. 38-7 Comp., e igual solución establecía el Derecho aragonés vigente al tiempo de construir la casa, el Apéndice, puesto que no resultaba aplicable el art. 1.404-2 Cc. (antes de la reforma del 81, en la que se acoge a solución aragonesa), como expresamente declaró el TS en S. de 7 de enero de 1945.

69 RDCA 2009, XV

S. JPII La Almunia nº 2, 18 de enero de 2010

Habiendo sido edificado durante el consorcio conyugal tanto el almacén como la caseta en fincas privativas del causante, las edificaciones construidas sobre ellas le pertenecen con carácter privativo en virtud del principio de accesión, todo ello sin perjuicio del derecho de reembolso a favor del consorcio conyugal al haberse hecho las citadas construcciones con fondos comunes, lo que hay que presumir al no resultar acreditado que las obras se sufragaron a costa únicamente del causante.

70 RDCA 2011, XVII

S. APH 11 de mayo de 2010

La casa edificada con dinero consorcial sobre un terreno propiedad de la familia del actor, finalmente heredado por éste tras la disolución de la sociedad conyugal, debe ser considerada privativa del marido, ya que al heredar éste a su tío se ha producido una suerte de confusión entre patrimonios de uno y otro de modo que el actor ya no puede decir que su sociedad conyugal edificó sobre terreno ajeno, pues el terreno ha terminado siendo heredado por el actor y, por lo tanto, la edificación es también privativa (art. 29h Lrem.) sin perjuicio de la deuda que tiene el dueño del terreno frente a la sociedad conyugal por el dinero empleado en la edificación de la casa.

64 RDCA-2012-XVIII

• *ADQUIRIDOS EN LA PARTICIÓN DE UNA COMUNIDAD*

S. APT 29 de enero de 2009

La vivienda es privativa porque la adquirió el marido a título de herencia, siéndole adjudi-

cada por los coherederos en pago de su hijuela. La compensación en metálico a los coherederos hecha con dinero consorcial no trueca la naturaleza del título y modo de adquisición (a título gratuito), por lo que no puede considerarse que nos hallemos ante una compraventa a plazos ni ante la adquisición de un bien en proindiviso en parte privativo y en parte consorcial. La aportación de dinero consorcial es un derecho de crédito que tiene el consorcio contra el marido.

33 RDCA 2011, XVII

• **ATRIBUCIÓN DE PRIVATIVIDAD EN CONVENIO REGULADOR**

A. Pres. TSJA 22 de diciembre de 1993

La atribución de privatividad a un bien inmueble de la comunidad conyugal puede formalizarse en convenio regulador aprobado por sentencia declarando la separación, ya que se trata de un pacto válido en Aragón, con arreglo al axioma de la libertad civil, otorgado, con ocasión de la disolución de la comunidad conyugal, en «instrumento público» de conformidad con el art. 52.1 de la Compilación, sin que quepa alegar la necesidad de escritura pública exigida por el art. 29 de la Compilación.

53 1996, II (núm. 1º)

• **BIENES SITIOS**

S. APT 7 de abril de 2001

El coche debe ser considerado adquirido como sitio, constante matrimonio, a título oneroso y con dinero, no de la comunidad, sino en la mayor parte aportado por la mujer y en parte por el marido, en consecuencia, el vehículo es propiedad de ambos litigantes, pero en la proporción que resulte de las respectivas aportaciones. Ahora bien, el valor del vehículo no es el mismo hoy que el que tenía hace cuatro años, cuando se compró, por ello se ha de fijar el valor que el vehículo tenía en el momento en que se decretó la disolución de

la sociedad conyugal, así como el porcentaje que corresponde a cada uno de los propietarios sobre la base principal de su respectiva aportación a fin de que a quien le sea adjudicado indemnice al otro en la parte correspondiente a dicho valor.

21 2003-2004 (IX-X)

• **FONDO DE COMERCIO**

S. TSJA 9 de mayo de 2000

El fondo de comercio de una farmacia se origina fundamentalmente por la preparación profesional del titular y de la persona o personas que en su función le asisten, es un elemento afecto a la explotación de la farmacia (art. 39.1 Comp.) y tiene, por ello, el mismo carácter privativo que tiene ésta (fue abierta antes del matrimonio).

1 2000, VI (núm. 1º)

• **GESTIÓN**

S. TSJA 15 de marzo de 2007

El art. 61.2 Lrem. permite a un cónyuge, que actúa con el consentimiento o sin la oposición de su consorte, la realización de actos de administración de los bienes privativos de éste, con las obligaciones y responsabilidades de un mandatario pero con las especialidades que la propia norma contempla. El citado precepto es aplicable al caso, por cuanto queda acreditado que el demandante ejerció la agricultura cultivando la finca de su mujer, y ha realizado actos posesorios sobre dicho predio contando con la aquiescencia de aquella, teniendo un mandato tácito para actuar. Sin embargo, el precepto citado no legitima para actuar procesalmente en la forma en que ha ejercitado la acción reivindicatoria antedicha, ya que no ha demandado para que se reponga a su cónyuge en la plenitud del dominio de su finca, sino que ha accionado en su propio nombre y derecho, interesando que se le declare copropietario del camino.

12 2007, XIII

• **INDEMNIZACIÓN POR CESE DE ACTIVIDAD PROFESIONAL**

S. APH 7 de mayo de 1997

La indemnización por la pérdida del trabajo, que en esta ocasión equivale a una jubilación anticipada, no puede ser considerada como una de las utilidades que derivan del trabajo mismo, sino que ha de incluirse en el art. 38.2 Comp.

7 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APZ 25 de mayo de 2005

Durante la vigencia de la Compilación, la indemnización percibida por el marido al cesar su relación laboral con la empresa en la que trabajaba tiene, según la moderna jurisprudencia posterior a la STS 22 diciembre 1999, carácter privativo, al no constituir retribución de un trabajo precedente ni complemento a los sueldos recibidos, sino que proviene de la pérdida de dicho trabajo. Y ello tanto se entienda que tales indemnizaciones son derecho patrimonial inherente a la persona, como un bien adquirido en sustitución de otro genuinamente particular como sería el salario futuro. En la misma dirección, la STS 29 junio 2000.

45 2007, XIII

S. TSJA 28 de septiembre de 2007

Es este un tema que ahora resuelve directamente la Lrem. En este caso se aplica la Compilación, que expresamente nada decía.

Esta indemnización debe considerarse privativa porque, aun cuando la percibió el trabajador ya casado, el derecho a la misma fue anterior a la celebración del matrimonio; por ello siendo la causa del cobro anterior al inicio del consorcio conyugal, la indemnización no puede ser consorcial.

12 RDCA 2008, XIV

• **INDEMNIZACIÓN POR FALLECIMIENTO DE CÓNYUGE**

S. AP Barcelona 20 de abril de 1995

La percepción por el viudo de indemnizaciones de importancia por el fallecimiento en

acción terrorista de la esposa e hijas, o son indemnizaciones motivadas por seguros del ramo vida, o son la compensación del daño moral que, quien tenía que pagarlas estimó correspondían a los deudos de quienes fallecieron en aquella ocasión. Pero no se trata de capital de la herencia de la hija sobre el que los padres herederos pudieran tener derecho alguno. No es dinero que los fallecidos tuvieran en vida y que legaran a sus sucesores sino indemnizaciones que se pagaron al demandante (esposo y padre de las víctimas) precisamente por el hecho de haber muerto y las circunstancias que concurrieron. El caudal de la herencia debe referirse al activo y pasivo propio del causante y existente en el momento de su fallecimiento (art. 659 Cc.).

38 1997, III (núm. 1º)

• **INDEMNIZACIÓN POR INCAPACIDAD LABORAL**

S. APZ 25 de mayo de 2005

Las indemnizaciones por incapacidad laboral permanente total e incapacidad permanente absoluta son privativas por tratarse de sumas percibidas para compensar un daño personal del esposo, que lo es la pérdida de su capacidad para el trabajo, en aplicación de los arts. 38-5 y concordantes de la Comp. Son indemnizaciones privativas al sustituir una capacidad para trabajar que integra un bien personalísimo e inherente a la persona (art. 38-2 y 5 Comp.).

45 2007, XIII

• **INDEMNIZACIÓN POR JUBILACIÓN**

S. APZ 26 de febrero de 2001

La suma por la que se discute su calificación, si es común o privativa, se percibió con posterioridad a la separación matrimonial, pero el crédito a ella surgió constante matrimonio, pero ello no conduce a que dicha partida deba ser calificada como bien común. La razón es que dicha cantidad de dinero la percibió el marido en razón de un plan de prejubilación promovido por la empresa para la que trabajaba y que se articuló dentro de un expediente de

regulación de empleo que motivó la extinción de la relación laboral, y el acogimiento a dicho plan le otorgaba el derecho a una indemnización. Esta cantidad de dinero ha de considerarse privativa del marido, tal y como se desprende del art. 38. 2º o 5º Comp.

33 2003-2004 (IX-X)

• *INMUEBLES O SITIOS APORTADOS AL MATRIMONIO*

S. JPI Zaragoza nº 6, 21 de febrero de 1995

Del contrato de compraventa de 1984 se deduce que la esposa, antes de contraer matrimonio, adquirió ella sola la vivienda aquí discutida, elevando también como única titular la compraventa a escritura pública y adquiriendo también la posesión en 1986, es decir todavía antes del matrimonio, por lo que no cabe duda alguna que si bien en virtud del art. 1357.2 Cc. el piso al menos en parte tendría que ser común, sin embargo al tratarse de un matrimonio aragonés se rige la cuestión por el art. 38 Comp., de manera que ha de reputarse el inmueble como privativo de la esposa, sin perjuicio de que al liquidar el consorcio éste sea deudor del marido en la cantidad por éste aportada para pagar el precio aplazado de dicho bien.

46 1997, III (núm. 1º)

S. APZ 12 de abril de 1995

Al supuesto de un piso adquirido por el marido antes de contraer matrimonio, y pagado, en un primer momento, con dinero de su pertenencia y alguna aportación de la novia, y después, ya contraído el matrimonio, con dinero de los cónyuges, la Sala aplica el art. 1354 del Cc., en relación con el 1357.2, y considera, por tanto, que pertenece «pro indiviso» a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas. Añade seguidamente: «a igual solución debe llegarse con la aplicación de los arts. 37.2 y 38.4 de la Compilación».

34 1997, III (núm. 1º)

S. TSJA 29 de noviembre de 1996

Tanto el piso como el turismo adquiridos por la esposa antes del matrimonio, aun cuando ya convivía en esas fechas «more uxorio» con su futuro marido, son a los fines liquidatorios del consorcio conyugal bienes privativos del cónyuge aportante por aplicación del art. 38.1º de la Compilación. A tal efecto, basta estimar ese momento de la adquisición y que la «aportación al matrimonio» se efectuó por la esposa «titular documental». Esta aportación es independiente de la validez de los títulos sobre los que reposa el derecho de propiedad del cónyuge aportante ante el matrimonio y frente a terceros, debiendo equipararse como documentación acreditativa bastante la de naturaleza administrativa. No procede hacer declaración de propiedad exclusiva en favor del cónyuge aportante tampoco de copropiedad de ambos).

3 1997, III (núm. 1º)

S. APH 5 de junio de 1998

La pulsera de oro y el colgante de plata son bienes privativos de la mujer, con independencia de que uno de ellos hubiera sido donado por el esposo y tenga el carácter de mueble, pues tal negocio jurídico es válido entre cónyuges (art. 24 Comp.) y nos encontramos ante un objeto precioso sobre el que recae la presunción de sitio (arts. 38.1º y 4º y 39.5º Comp.). Es también privativo el saldo que tenía la mujer con su madre en una cuenta bancaria el día antes de contraer matrimonio (arts. 37.4º y 39.6º Comp.).

11 1999, V (núm. 2º)

S. APZ 2 de diciembre de 1998

Es privativo el negocio de venta al por menor de pescado, pues se adquirió varios años antes del matrimonio (art. 39.1 en relación con el 38 Comp.), si bien la comunidad acredita frente al cónyuge la cantidad abonada durante el matrimonio; de modo similar respecto del puesto de venta de pescado adquirido antes del matrimonio y pagado en parte durante el mismo (art. 1.357 Cc.). El edificio y piscina construidos sobre finca rústica privativa son privativos, pero al hacerse la mejora con dinero común habrá de abonarse a la comuni-

dad el aumento de valor (art. 1.359.2 Cc. y art. 47.1 Comp.).

50 1999, V (núm. 2º)

S. APT 31 de mayo de 1999

El inmueble, sobre el que se solicita indemnización en función de los daños sufridos, aun cuando es la vivienda familiar, es privativo del esposo, ya que, tal y como se desprende de la escritura pública, lo adquirió el marido antes de la celebración del matrimonio. Y no modifica dicha calificación la circunstancia de que se adquiriese con precio aplazado y que la mayor parte del mismo se satisfaga con cargo a bienes comunes.

22 2000, VI (núm. 2º)

S. TSJA 6 de octubre de 2000

El recurrente, tal y como se acredita documentalmente, en estado de soltero efectuó entregas para la compra del piso y garaje la cantidad de 250.000 ptas., lo que representa el 39,71% del precio, por lo que en aplicación del art. 38.1 Comp., el carácter privativo del inmueble —en ese porcentaje— vendría determinado por subrogación; el resto del inmueble (el 60,29%) será común al pagarse con cargo a fondos comunes.

4 2000, VI (núm. 2º)

S. APZ 9 de febrero de 2006

El negocio de peluquería, en el sentido imaterial de negocio o explotación comercial, se considera que es un negocio en funcionamiento aportado al matrimonio por la esposa, aunque luego haya cambiado de ubicación, por lo que, de acuerdo con el art. 39-1º en relación con el 38-1º de la Comp., se califica como bien privativo de la mujer.

43 RDCA-2008-XIV

S. APT 24 de octubre de 2006

Los inmuebles o sitios aportados al matrimonio son bienes privativos (art. 38 Comp.); para que un bien inmueble adquiera carácter consorcial se exige que haya sido adquirido a costa del caudal común, y que, además, tal ad-

quisición se haya efectuado constante matrimonio (art. 37 Comp.). El empleo de fondos comunes para la adquisición de un inmueble privativo únicamente genera un derecho personal de crédito de un cónyuge frente al otro.

37 RDCA-2008-XIV

S. APZ 27 de marzo de 2007

La vivienda adquirida de solteros en 1999, por mitad y en proindiviso, constituye un bien privativo aportado al matrimonio luego contraído por sus compradores conforme al art. 38-1 Comp. y DT 2ª Lrem. En consecuencia, el préstamo hipotecario que grava el mueble tendrá también carácter privativo.

45 RDCA 2009, XV

• **PACTO DE MUEBLES POR SITIOS**

S. JPII Tarazona 5 de diciembre de 1997

En la escritura de compraventa del inmueble, los cónyuges pactaron y reconocieron que el precio de la venta tenía la consideración de bien sitio y era propio de la esposa. La validez que a este pacto le otorga el art. 29 Comp. desvirtúa la presunción del art. 40 de la misma, debiendo atribuirse a la finca embargada la condición de privativa de la esposa.

25 1999, V (núm. 1º)

S. APZ 21 de diciembre de 2009

En virtud de un pacto entre ambos cónyuges plasmado en escritura pública de 1991, al amparo de la facultad conferida por el art. 9 Comp. y al efecto de restringir la comunidad conyugal, atribuyen la condición de bienes sitios, propios con carácter exclusivo de la mujer, a unas participaciones sociales de carácter consorcial. Ese pacto origina un derecho de crédito del patrimonio consorcial frente al privativo de la mujer por aplicación del art. 47.1 Comp. Previsión normativa recogida en el art. 33.2 Lrem., sin que esta Ley suponga, por lo tanto, variación sustancial alguna sobre dicha materia.

54 RDCA 2011, XVII

S. APZ 1 de junio de 2010

El recurrente considera que debe incluirse en el pasivo del consorcio conyugal un crédito a su favor correspondiente al valor actual de la vivienda aportada a la sociedad conyugal, mediante escritura de capítulos, en virtud de lo dispuesto en los art. 29 y 47-1 Comp. El art. 29 regulaba un supuesto de ampliación o restricción de la comunidad que suponía, a la postre una donación entre los cónyuges si no se reservaba el derecho a pedir el reintegro. La regulación actual, art. 33 Lrem. (215 CDFA) sí prevé el derecho de reintegro salvo renuncia al mismo, pero no era así vigente el art. 29 Comp.

80 RDCA-2012-XVIII

• *PLAN DE PENSIONES**S. JPII Boltaña 20 de marzo de 2003*

El plan de pensiones suscrito por el marido no tiene carácter ganancial y sí privativo conforme al art. 1346.5° Cc., dado que se trata de una inversión exclusiva del partícipe, que no puede rescatar a su libre voluntad, sino sólo cuando se dan las contingencias exigidas, en este caso la jubilación.

42 2005-2006 (XI-XII)

S. TSJA 1 de junio de 2005

La suma percibida por el marido no tiene naturaleza de salario en la forma que lo define el art. 26 ET; además, la percepción económica la obtuvo el marido una vez disuelta la comunidad conyugal por haberse dictado sentencia de separación, de manera que no corresponde valorar el bien en función de las normas del consorcio sino que se ha de estar a la reglas de adquisición personal.

6 2005-2006 (XI-XII)

S. APZ 20 de octubre de 2005

Los planes de pensiones, contratos especiales de estructura compleja, son instrumentos de previsión social voluntaria, con la finalidad de dar cobertura a las contingencias pensionables: jubilación, supervivencia, viudedad, orfandad o

invalidez. La Sala entiende que, frente al carácter común que cabría imputar a las aportaciones de la empresa al fondo de pensiones en razón al convenio colectivo, lo que no deja de ser un rendimiento, aun indirecto, del trabajo (art. 37-2 Comp.), debe primar el aspecto compensador de un perjuicio personal (art. 38-5 Comp.), como lo es la merma física que le anula de manera absoluta su capacidad laboral. Es indiferente que la causa de la incapacidad laboral sea una enfermedad común o un accidente de trabajo: el art. 38-5° Comp. no merece una interpretación tan restrictiva que equipare daño personal a accidente; también es indiferente que el rescate del capital lo fuera en cuota única y que se produjera constante matrimonio.

52 2007, XIII

• *PRESUNCIÓN DE MUEBLES POR SITIOS**S. JPII Huesca n° 2, 14 de abril de 1997*

La parte de herramientas a la que se hace referencia en cuanto material afecto a una explotación que desarrolla profesionalmente el marido, pueden incluirse en el párrafo 1° del art. 39 de la Compilación, y por lo tanto excluirse de la comunidad por tener un carácter privativo, por considerarse aportados al matrimonio o adquiridos como sitios.

14 1999, V (núm. 1°)

S. JPII Huesca n° 2, 10 de diciembre de 1997

En aplicación de los arts. 38 y 39 Comp., son privativos de la esposa las joyas señaladas (un colgante de plata y una pulsera) ex art. 39.5° y el dinero existente en una cuenta de ahorro al tiempo de contraer matrimonio ex art. 39.6° Comp.

28 1999, V (núm. 1°)

S. APZ 2 de febrero de 1998

La presunción de muebles por sitios (art. 39.6) es a los efectos del art. 38 Comp., que fija los bienes que constituyen el patrimonio privativo de cada cónyuge, por tanto no es transmi-

ble esa equiparación de dinero a bienes inmuebles, a los efectos formales del art. 632 Cc. Por ello, y aun cuando se trate como en el caso de autos de una donación, no se requiere para su validez el otorgamiento de escritura pública.

35 1999, V (núm. 2º)

S. APZ 7 de mayo de 1999

No puede admitirse, tal y como reclama la actora, que el numerario de las libretas de ahorro y plazos fijos del bínubo premuerto formen parte del activo inventariable del consorcio conyugal, puesto que dichos bienes pertenecían al marido y a su difunta esposa antes de haber contraído aquél segundas nupcias con la actora, por lo que resulta aplicable lo dispuesto en el art. 39 números 3º y 6º siendo dichos bienes privativos del marido (art. 38 Comp.).

30 2000, VI (núm. 2º)

S. APZ 6 de julio de 1999

El dinero obrante en diversos depósitos bancarios es privativo de la causante porque procede de la administración de los bienes de su primer marido.

37 2000, VI (núm. 2º)

• **PRESUNCIÓN DE PRIVATIVIDAD**

S. JPI Zaragoza nº 8, 27 de octubre de 2000

De acuerdo con el art 38. 1 y 4 Comp. la tercera parte del bien en litigio debe considerarse privativa de la esposa, ya que se adquirió con el dinero obtenido de la venta de un bien privativo, sin que desvirtúe tal carácter el hecho de que el mismo se inscribiera con el carácter de consorcial. Tal manifestación de voluntad no sirve de causa del desplazamiento patrimonial de dicho bien privativo en favor del consorcio conyugal.

61 2001-2002 (VII-VIII)

• **RETRACTO**

S. APH 12 de noviembre de 1994

Ejercicio del retracto de abolitorio; requisitos: la venta con pacto de retro del bien objeto

de retracto no hace perder al bien el carácter de troncal, pues aun retraído constante matrimonio sigue siendo un bien privativo de uno de los cónyuges. Moderación por el tribunal del ejercicio del derecho de retracto. No procede el retracto por falta del fundamento de esta institución: conservar unidas las propiedades pertenecientes a la familia.

16 1996, II (núm. 1º)

• **SEGUROS SOBRE LA VIDA**

S. APZ 20 de octubre de 2005

Los seguros de vida e invalidez, como los planes de pensiones, concertados en cumplimiento de lo pactado en convenio colectivo laboral tienden a reparar un daño personal, por lo que tienen la naturaleza de mejora voluntaria de la Seguridad Social. No debería existir un tratamiento diferente de estos mecanismos de previsión social que nacen del vínculo laboral con las prestaciones mismas del sistema público de la Seguridad Social. Este es esencialmente contributivo y con la misma razón podría defenderse que las pensiones que nazcan de esas contribuciones, sea por la cuota empresarial sea por las cuotas obreras, aun cuando beneficio derivado del trabajo, no por ello la pensión ante la producción de la contingencia pasa a ser un bien común ni, reconocido su carácter privativo, se puede defender un crédito a favor del consorcio por el valor de aquellas cuotas.

52 2007, XIII

• **SUBROGACIÓN REAL**

S. JPII Fraga 26 de septiembre de 1994

Según interpretación tradicional y constante del art. 38.4 Comp. se debe entender propiamente como reemplazados aquellos bienes deteriorados por el uso o el paso del tiempo, o en el supuesto de la venta de bienes privativos por una determinada cantidad de dinero y la compra casi inmediata o en corto espacio de tiempo de otros por el mismo importe o valor. De otro modo, nada impide la adquisición de bienes constante matrimonio con cargo al fondo común que se declaren privativos de uno

de los cónyuges de mutuo acuerdo, pero sin olvidar nunca el derecho de reembolso entre los patrimonios conyugales (art. 47 Comp.).

21 1996,II (núm. 2º)

• **TRASPASO DE NEGOCIO**

S. APZ 21 de mayo de 2001

Teniendo el negocio el carácter de bien privativo (el negocio de bar pertenecía al marido con anterioridad a la celebración del matrimonio), y no acreditándose una mejora en el mismo mediante aportación económica del consorcio, es obvio que el beneficio obtenido en el traspaso en modo alguno puede tener naturaleza ganancial (arts. 38 y 39 Comp.).

39 2003-2004 (IX-X)

• **VIVIENDA FAMILIAR**

S. APZ 26 de noviembre de 2001

El referido piso comprado por el marido con precio aplazado antes de la celebración del matrimonio no ha de considerarse en parte privativo y en parte consorcial, tal y como afirma el art. 1354 Cc. En Aragón, por aplicación de los arts. 38 y 47 Comp. es privativo del esposo, que lo aportó al matrimonio, sin perjuicio de los reintegros, por razón de los pagos hechos con bienes consorciales.

45 2003-2004 (IX-X)

S. APZ 18 de marzo de 2002

Pretende la esposa y actora que la vivienda familiar comprada por precio aplazado por su marido antes de la celebración del matrimonio se considere «ganancial» al haberse pagado el resto del precio aplazado con fondos comunes, ex art. 1354 Cc. Pues bien, en Aragón resulta aplicable el art. 38 Comp., de manera que la vivienda familiar al ser adquirida por el marido antes del matrimonio debe ser considerada privativa sin perjuicio del reembolso en favor del consorcio a que haya lugar en virtud del art. 47 Comp.

63 2003-2004 (IX-X)

S. APZ (Secc. 2ª) 4 de octubre de 2011

Respecto de la vivienda que fue domicilio familiar () se trata efectivamente de vivienda adquirida con anterioridad al matrimonio por la recurrida, la contribución del apelante al abono de las cuotas hipotecarias (26.664,20€), obra en el activo societario como crédito contra la recurrida, es de aplicación lo dispuesto en el artículo 38 y 47 de la Compilación de Aragón vigente en el momento de la adquisición del inmueble, que debe ser calificado como privativo de la actora, procede desestimar el recurso en su primer alegato.

70 RDCA-XIX-2013

**INAPLICACIÓN A LA CONVIVENCIA
«MORE UXORIO»**

S. APZ 10 de abril de 1996

El piso adquirido por la demanda en estado de soltera se abonó con los beneficios que ella y su cónyuge obtuvieron de la explotación de un negocio de bar. Por ello, aunque no puede existir una comunidad patrimonial conyugal, lo que existe sobre el piso en cuestión, al igual que sobre un vehículo adquirido de igual forma, es una comunidad ordinaria del art. 392 y ss Cc.

22 1997, III (núm. 2º)

S. TSJA 29 de noviembre de 1996

Los arts. 37, 38 y 39 de la Compilación son de aplicación a la comunidad matrimonial, pero no a la situación de mera convivencia de hecho que existió previamente entre las partes.

3 1997, III (núm. 1º)

NATURALEZA

A. JP II Huesca nº 2, 21 de marzo de 1996

Al no ser la comunidad de muebles y adquisiciones una comunidad romana o por cuotas, sino una comunidad germánica, ninguno de los comuneros tiene derecho a bienes concretos de

la misma mientras ésta dura y sólo cuando se verifique la liquidación y adjudicación cabe sostener la titularidad de los que a cada uno le hubieren sido atribuidos.

63 1998, IV (núms. 1º y 2º)

PRESUNCIÓN DE COMUNIDAD

S. JPI Zaragoza nº 2, 18 de mayo de 1994

Pese a adquirir el bien inmueble constante matrimonio, en la escritura de compraventa se puso como estado civil el de soltera y así accedió al Registro de la Propiedad; posteriormente el viudo heredero, al inventariar los bienes y aceptar la herencia de su esposa, consigna tal bien como privativo por haberlo adquirido en estado de soltera. No existiendo prueba alguna que permita saber al tiempo de su compra el verdadero carácter privativo o consorcial del piso comprado, debe prevalecer sobre la apariencia escriturada la presunción derivada del art. 40.2 Comp. y, por lo tanto, considerarlo consorcial.

13 1996, II (núm. 2º)

S. APZ 19 de diciembre de 1994

Presunción de comunidad. Son bienes comunes los adquiridos constante matrimonio a título oneroso. Testamento mancomunado: posibilidad de revocar las propias disposiciones. Testamento abierto realizado por el cónyuge supérstite: Ineficacia: el cónyuge supérstite no puede alterar la disposición testamentaria que su consorte haya otorgado conjuntamente con él mediante testamento mancomunado. Nulidad de la aceptación de la herencia.

44 1996, II (núm. 1º)

S. APZ 10 de abril de 1996

Sobre la naturaleza privativa o consorcial de una furgoneta, no procede aplicar la presunción de comunidad, cuando la misma no consta como titularidad, al menos, de alguno de los cónyuges.

22 1997, III (núm. 2º)

S. APH 17 de abril de 1997

Los gastos efectuados constante matrimonio en un piso que a ambos cónyuges pertenecía proindiviso, han de considerarse sometidos a la presunción de ganancialidad del art. 40 Comp., pues no se ha acreditado que fueran sufragados con dinero de propiedad privativa del marido.

5 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. JPI Zaragoza nº 14, 17 de abril de 1997

El marido reclama como propia una participación en entidad mercantil (parcela de camping) adquirida a nombre de la mujer tras haber pactado ambos régimen de separación; subsidiariamente, que se declare que el bien les corresponde por mitad y el pago de la mitad de los gastos. A esto último accede el juzgador, pues «pese al régimen de separación de bienes existente, debe entenderse adquirido conjuntamente por ambos esposos, se presume que el mismo tiene la consideración de común (art. 40.1 Comp.), perteneciendo por mitad a ambos litigantes (art. 393 párr. 2º Cc.)».

15 1999, V (núm. 1º)

S. APT 26 de mayo de 1997

El art. 40 Comp. viene a establecer una presunción similar a la del art. 1.321 Cc. Así, el dinero invertido por el cónyuge premuerto en un fondo de inversiones ha de presumirse consorcial, al no constar que la primera imposición se hiciera con dinero privativo del marido.

21 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APZ 24 de septiembre de 1997

La presunción de comunidad de los bienes de los cónyuges sólo puede ser destruida mediante prueba satisfactoria y cumplida que permite apreciar ya el carácter privativo de tales bienes, ya su pertenencia a terceras personas.

7 1999, V (núm. 1º)

S. JPII Tarazona 5 de diciembre de 1997

En la escritura de compraventa del inmueble, los cónyuges pactaron y reconocieron que el precio de la venta tenía la consideración de bien sitio y era propio de la esposa. La validez que a este pacto le otorga el art. 29 Comp. desvirtúa la presunción del art. 40 de la misma, debiendo atribuirse a la finca embargada la condición de privativa de la esposa.

25 1999, V (núm. 1º)

S. TSJA 25 de noviembre de 1998

La presunción de comunidad no puede ser destruida sino por prueba en contrario suficiente, satisfactoria y convincente del carácter privativo de los bienes, sin que baste para ello con el reconocimiento por el otro cónyuge del expresado carácter o la prueba testifical. La presunción de comunidad sólo actúa una vez conste que los bienes son propiedad de los cónyuges, no cuando aparezca su pertenencia a terceros. Referencias a la tradición jurídica aragonesa.

3 1999, V (núm. 1º)

S. APZ 2 de diciembre de 1998

Son comunes los muebles existentes en el domicilio conyugal, teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 40 Comp. y 1.361 Cc., ya que «no se ha desvirtuado la presunción de ganancialidad» (se omite referencia al art. 37.4 Comp.).

50 1999, V (núm. 2º)

S. JPI Zaragoza nº 2, 11 de diciembre de 1998

Los bienes inmuebles adquiridos conjuntamente por los cónyuges constante matrimonio se someten a la presunción de comunidad (art. 40 Comp.) ya que no existe prueba auténtica que demuestre la privaticidad de cualquiera de los cónyuges. La manifestación de la esposa en un testamento de que dichos inmuebles se adquirieron a costa de su patrimonio privativo no tiene fuerza para destruir dicha presunción.

23 2000, VI (núm. 1º)

S. TSJA 10 de marzo de 1999

El art. 393 Cc. no es de aplicación al consorcio o sociedad de bienes existentes entre los cónyuges, ya se rija por el Código civil, ya por alguno de los derechos propios de comunidades autónomas, en los que no se establece una norma similar de presunción de igualdad entre las participaciones, sino reglas precisas y detalladas acerca de los bienes que constituyen el activo de la sociedad conyugal.

5 1999, V (núm. 1º)

S. APZ 7 de mayo de 1999

El ajuar familiar, entendido éste como el conjunto de bienes de uso doméstico ordinario, goza de la presunción de consorcialidad no sólo a tenor de la regla general del art. 40 sino de la más específica del art. 55.2 Comp.

30 2000, VI (núm. 2º)

S. APZ (SECC. 4ª) 12 de junio de 2000

El coche y el mobiliario del camping que el apelante reclama como privativos, se han de considerar comunes, puesto que fueron adquiridos constante matrimonio a título onerosos, jugando, por consiguiente, la presunción del art. 40 Comp.

38 2001-2002 (VII-VIII)

S. APZ 21 de mayo de 2001

En el consorcio conyugal aragonés se presumen comunes los bienes, de cualquier clase, adquiridos a título oneroso, e incluso se presume que es común todo aquel bien del que no se pueda aportar prueba de su privaticidad. Prueba que recae sobre quien alegue carácter no consorcial del bien. En este caso, queda demostrado a través de los saldos de las c.c. del marido antes del matrimonio que el dinero que tenía se empleó en la adquisición del negocio por lo que éste debe ser considerado privativo, desvirtuándose así la presunción.

39 2003-2004 (IX-X)

S. JPII Jaca n° 1, 1 de junio de 2004

Para destruir la presunción «iuris tantum» de comunidad es necesario la existencia de una prueba en contrario suficiente, satisfactoria y convincente respecto al desplazamiento a la situación de privatividad y cuya justificación se ha de hacer mediante la aportación de documentos fehacientes que acrediten la propiedad exclusiva por parte de uno de los cónyuges.

87 2005-2006 (XI-XII)*S. JPII Calamocha n° 1, 20 de septiembre de 2004*

A falta de estipulación en contrario, y aunque la escritura no lo diga expresamente, la adquisición del marido se presume hecha para la sociedad conyugal, conforme al art. 35 Lrem (que recoge lo establecido en el art. 40 Comp. y ya anteriormente en el Apéndice y la jurisprudencia reiterada). Así las cosas, la condición consorcial de un bien resulta de la titularidad de uno de los esposos, siempre que no resulta la adquisición anterior al matrimonio, o la posterior lucrativa o la reserva de titularidad exclusiva expresamente pactada.

94 2005-2006 (XI-XII)*S. APZ 7 de marzo de 2005*

Los bienes adquiridos constante matrimonio (especialmente los muebles: 37-4° Comp.) tenían la condición de comunes, salvo clara prueba en contrario. La presunción de consorcial general (art. 40 Comp.) y específica (art. 37-4° Comp.) no se elimina con unas declaraciones tan genéricas como las de la hija común. Lo donado a los cónyuges había que considerarlo consorcial, siempre que no conste con claridad la voluntad contraria de los donantes, por aplicación supletoria del art. 1353 Cc. Se descarta la existencia de un «acto propio» del marido que le vincule a tener por privativas las acciones que la mujer vendió con su autorización.

38 2007, XIII*S. TSJA 27 de febrero de 2006*

En aplicación del art. 40 Comp., concordante con lo establecido ahora por el art. 35 Lrem. no demostrándose la existencia de

dinero privativo en las imposiciones bancarias realizadas, éstas deberán tener la condición de consorciales, puesto que la carga de la prueba recae sobre el cónyuge que alegue la privatividad, no siendo aplicable a este caso lo previsto en el art. 217.6 Lec., pues no tenía el marido que defiende la privatividad del dinero una situación que hiciera más difícil el control de ingresos e inversiones en comparación con su cónyuge.

8 2007, XIII*S. APH 29 de octubre de 2007*

Hasta la conclusión del consorcio conyugal por divorcio hemos de presumir que el dinero aplicado por el marido para el pago de hipoteca era consorcial (suponemos que derivado de su sueldo como guardia civil), conforme a los arts. 28 y 35 Lrem.

37 RDCA 2009, XV• **APÉNDICE***S. APT 24 de junio de 2008*

La disolución del matrimonio, por fallecimiento del esposo, tuvo lugar el 9 de julio de 1937, por lo que en la determinación del carácter común o privativo de los bienes son de aplicación las normas del Apéndice de 1925 vigente en aquella fecha y en particular su art. 48-3°, según el cual por presunción legal tienen la consideración de bienes comunes de la sociedad conyugal cualesquiera bienes cuya pertenencia exclusiva al marido o la mujer no esté suficientemente comprobada. Esta presunción legal desplaza la carga de probar el carácter privativo a aquel que lo afirme.

34 RDCA-2010-XVI• **LÍMITES***S. APH 20 de octubre de 2002*

Al no existir prueba bastante de que la madre de los litigantes hubiera adquirido el inmueble para su sociedad conyugal a título de compraventa, hemos de entender que dicha finca forma parte de la herencia de su madre. La condición del carácter consorcial de los

bienes cuya condición privativa no pueda demostrarse no alcanza a un caso como el presente en el cual el inmueble litigioso habría sido heredado naturalmente por la referida Sra. de no existir otro título adquisitivo.

51 2003-2004 (IX-X)

• **PRUEBA EN CONTRARIO**

S. APH 17 de noviembre de 2008

El que niega el carácter consorcial del bien tiene la carga de la prueba que destruya la presunción de comunidad proclamada con carácter general en el art. 35 Lrem., prueba en contrario que ha de ser suficiente, satisfactoria y convincente respecto al desplazamiento a la situación de privatividad (Ss. TSJA 25-11-1998 y 11-5-2005 con cita de las del TS de 23-3-1993 y 18-7-1994).

28 RDCA-2010-XVI

**6632: CONSORCIO CONYUGAL:
PASIVO**

S. APZ 11 de julio de 1994

El demandado apelado vende un inmueble privativo, haciéndose cargo de los gastos de comunidad los compradores, siendo esta deuda a cargo del vendedor. De la reintegración de la misma a los compradores responde el patrimonio privativo del cónyuge deudor.

36 1995, I (núm. 1º)

S. APH 15 de diciembre de 1994

Activo: naturaleza privativa o común de determinados bienes; carácter común de las mejoras realizadas a costa del caudal común sobre bienes privativos de uno de los cónyuges; los bienes enajenados por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro se han de computar en el activo actualizando el importe de venta. Pasivo: deuda contraída por uno de los cónyuges antes del matrimonio para adquirir un bien común. Separación matrimonial: Los gastos de educación y crianza de los hijos son a cargo del caudal común, siendo su régimen jurídico el

establecido en el art. 90 Cc. y no el del art. 41.1 Comp.

18 1996, II (núm. 1º)

ASPECTOS PROCESALES

A. APZ 16 de julio de 1997

La *quaestio iuris* está en si ha de llamarse o no a esta ejecución a la viuda del deudor demandado. Desde el punto de vista procesal, la jurisprudencia se halla conforme en que la ejecución de una sentencia no puede efectuarse sin la audiencia de aquel tercero que pudiera verse afectado por ella. Desde el punto de vista civil, el hecho de que se demande a uno solo de los cónyuges no convierte en privativa una deuda consorcial; si la deuda es privativa también habrá de ser puesta en conocimiento de la viuda (art. 1373 Cc.). Tras la muerte del cónyuge deudor habrá de traerse a la ejecución a las partes representantes de la comunidad postmatrimonial y, por ende, a la viuda del deudor condenado. Sin perjuicio de que, personada en autos concrete la real situación del patrimonio consorcial y, en su caso, la naturaleza de las deudas aquí en litigio.

49 1998, IV (núms. 1º y 2º)

A. APZ 3 de diciembre de 1997

El auto del juez no admite a trámite la demanda de la Sindicatura relativa a la individualización y concreción de los bienes consorciales del concursado y su esposa, de los privativos de ambos cónyuges y de las deudas que tengan la calificación de comunes, alegando que no caben más incidentes que los explícitamente previstos en la ley ritual. Afirmación que rechaza la Audiencia. Cuestión distinta y harto discutible es que en cualquier procedimiento pueda seguirse un incidente entre las partes del mismo y —además— un tercero ajeno a aquél, salvo que se trate de una tercería. Sin entrar en el fondo, se rechaza el recurso de apelación por existir acumulado al Concurso un juicio en el que, siendo parte la Sindicatura, el concursado y su esposa, se discute precisamente la disolución y liquidación de la sociedad de consorciales.

54 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APZ 20 de abril de 1999

El patrimonio consorcial carece de personalidad jurídica, y aun cuando no se trata de un supuesto de propiedad indivisa, sí hay sobre él un concurrencia de titularidades que en la esfera procesal produce una situación litisconsorcial.

Por lo tanto, en el caso de autos ha sido más que conveniente dirigir también la demanda contra la cónyuge del deudor demandado. La legitimación pasiva del cónyuge no deudor resulta del hecho de que de esa deuda responde también el patrimonio consorcial.

28 2000, VI (núm. 2º)

A. APH 30 de enero de 2003

En el caso que ahora nos ocupa, la liquidación se ha llevado a cabo con el solo acuerdo de los dos cónyuges, quienes han confeccionado el convenio regulador de su separación. Es claro que no es este el procedimiento contemplado en el art. 541.3 LEC, norma que no puede ser de aplicación cuando la liquidación del patrimonio consorcial ya se ha hecho. En un caso como el presente en el que la separación conyugal y la liquidación consorcial son posteriores al embargo del bien común, pero anteriores a la comunicación del procedimiento a la esposa, no es el art. 541 la vía procesal adecuada para la defensa de los intereses del cónyuge no deudor, dado que dicha norma presupone que la liquidación no se ha practicado.

14 2005-2006 (XI-XII)

CARGAS DEL MATRIMONIO

S. JPI Zaragoza nº 14, 31 de enero de 1995

Es carga de la comunidad conyugal el importe de los materiales usados en las obras llevadas a cabo en el domicilio conyugal; la suma reclamada por la olla rápida, pagada al contado por el actor cuando el matrimonio ya estaba separado de hecho no ocupando la esposa el domicilio conyugal, no puede catalogarse como una carga del art. 41.1º.

41 1997, III (núm. 1º)

S. JPII Monzón 15 de febrero de 1995

Los gastos de la vivienda conyugal son de cargo de la comunidad, con derecho de reintegro en favor del cónyuge que hubiera aportado bienes privativos para su pago; no obstante, hasta la disolución de la comunidad conyugal se presume que tales pagos se han realizado con dinero común (arts. 37.2 y 40 Comp.); los gastos jurídicos y «litis expensas» forman parte del pasivo del patrimonio consorcial (art. 1318.3 Cc.).

44 1997, III (núm. 1º)

S. JPI Zaragoza nº 13, 19 de julio de 1995

Las deudas reclamadas por el actor (gastos de la comunidad de propietarios y derramas extraordinarias devengadas en relación arreglo de la fachada del inmueble) encuentran su fundamento en el uso que de dicho inmueble se viene haciendo por ambos esposos, y los gastos que tal utilización comporta se han de encuadrar en el apartado 1º del art. 41 Comp., siendo, en consecuencia, esta deuda una carga de la comunidad matrimonial desde el mismo momento de su generación.

57 1997, III (núm. 1º)

S. APZ 10 de abril de 1996

El actor, en relación con el negocio de bar que explotaban ambos cónyuges, declara que existe un crédito en su favor por la pérdida del negocio, y otro por la mitad de los beneficios obtenidos en ese período de tiempo. Aunque los frutos obtenidos por la explotación del negocio sí pertenecían al patrimonio conyugal (art. 37.3º), hay que considerar también la afectación de los mismos a las cargas de la comunidad o a las atenciones familiares de una y otra parte (art. 41), más que considerables en el caso de la demandada.

22 1997, III (núm. 2º)

S. APZ 2 de diciembre de 1998

En cuanto a cantidad de que dispuso el marido, se entiende que se trata de gastos «a

cargo de la sociedad de gananciales (art. 1.362 n° 3 Cc.)».

50 1999, V (núm. 2°)

S. APT 31 de mayo de 1999

Aun cuando la vivienda es privativa del marido, su cónyuge está legitimada para interponer la acción que se plantea, por cuanto la reparación de la misma será carga de la comunidad (art. 41.3 Comp.). Además, los cónyuges tienen la posibilidad de otorgar a un bien privativo la condición de ganancial (sic), otorgamiento que hay que entender que realiza el esposo desde el momento que presenta la demanda alegando la propiedad compartida de la vivienda. Por ello la excepción de falta de legitimación activa debe desestimarse.

22 2000, VI (núm. 2°)

S. APZ 20 de julio de 1999

Si bien el esposo cursó la dos últimas asignaturas de la carrera de Ingeniero Técnico Superior y realizó el proyecto fin de carrera cuando ya estaba casado, ello no da derecho a reclamarle ninguna cantidad, pues se trata de uno de los gastos comprendidos en el art. 41.1 Comp.

38 2000, VI (núm. 2°)

• **ALIMENTOS A HIJOS NO COMUNES**

S. APZ (Secc. 4ª) 2 de marzo de 2000

El sostenimiento de la prole extramatrimonial habida por uno de los cónyuges antes de la nueva unión, que no conviva en su seno, no es una carga de la misma. Dicha responsabilidad sólo incumbe al otro cónyuge en Aragón en los términos de art. 41, por lo que en ningún caso puede ser reclamado al cónyuge no progenitor en los regímenes de separación absoluta en el que cada cónyuge tiene la exclusiva responsabilidad por sus deudas.

34 2001-2002 (VII-VIII)

• **ALQUILER DE VIVIENDA FAMILIAR**

S. APZ 25 de junio de 1997

El art. 41.1° en relación con el art. 43 Comp. permiten concluir que el pago del alquiler

de la vivienda usada por la familia es una deuda común de primaria asistencia familiar y que ha de satisfacerse por la comunidad consorcial. Siendo, a este respecto, el arrendamiento un acto jurídico de administración y no de disposición, no cabe duda de que la responsabilidad frente al tercero de buena fe no es exclusiva del cónyuge contratante (arts. 41.5 y 42 Comp.)

46 1998, IV (núms. 1° y 2°)

• **CRIANZA Y EDUCACIÓN DE LOS HIJOS NO COMUNES**

S. TSJA 12 de mayo de 2008

Según el art. 36.1.a), y también el 5.3 Ley aragonesa de parejas estables no casadas, la crianza y educación de los hijos de uno solo de los cónyuges son de cargo del patrimonio común y pasivo definitivo del mismo. Ahora bien, la regulación contenida en ambos preceptos en modo alguno supone la extinción de la obligación de alimentos del progenitor no custodio; estos preceptos no se ocupan de dicha cuestión, sino que atienden a la situación entre el progenitor custodio y los deberes del sujeto que pase a formar pareja con él, bien pareja estable bien pareja conyugal, pero no operan la extinción de la obligación de alimentos del progenitor no custodio.

18 RDCA 2008, XIV

• **DERECHO REAL SOBRE LA VIVIENDA EN PAGO DE AYUDA DOMÉSTICA**

S. JPI Zaragoza n° 14, 31 de enero de 1995

El derecho real creado por los cónyuges a favor del actor (padre viudo del marido), en reconocimiento hacia el mismo por su ayuda, concediéndole, con carácter vitalicio, las facultades de aprovechar, utilizar y disfrutar de la vivienda conyugal, ha resultado limitado por el preferente e incompatible derecho de la esposa al uso exclusivo de la vivienda conyugal reconocido en sentencia de separación, pero el actor tiene derecho a percibir una indemnización por la privación del ejercicio de su derecho, a cargo de la sociedad conyugal.

41 1997, III (núm. 1°)

- **GASTOS DE ENTIERRO Y FUNERAL**

S. APZ 2 de febrero de 1998

Los gastos de entierro y funeral son cargas de la comunidad, según el art. 41.1 Comp., por lo que efectivamente deben constar en el pasivo como disminución de la cuantía total de la herencia.

35 1999, V (núm. 2º)

- **GASTOS DE LITIGIO DE UN CÓNYUGE**

S. TSJA 23 de marzo de 1993

Los gastos de litigio de un cónyuge frente a terceros o contra el otro cónyuge se incluyen en el art. 41.1 Comp., siempre que se efectúen en relación con la familia. Además, concurren en el caso motivos de equidad y puede aplicarse la doctrina de los actos propios.

10 1995, I (núm. 1º)

S. APH 26 de julio de 1994

Litixpensas: carga de la sociedad conyugal.

14 1996, II (núm. 1º)

S. APZ 10 de abril de 1996

La parte demanda en la primera instancia señala como incluidas en el pasivo de la comunidad una serie de facturas por gastos de representación y defensa por litigios mantenidos frente al actor. En aplicación del art. 1.318 Cc., se ha de tener en cuenta que estos gastos son de cuenta del caudal común cuando el litigante carezca de bienes propios suficientes, lo que no se da en el supuesto de autos, dados los saldos a favor de la demanda y propiedades inmuebles de su exclusiva titularidad.

22 1997, III (núm. 2º)

S. APH 20 de abril de 2007

Obtenido el beneficio de justicia gratuita mal puede pretenderse el reconocimiento de litis expensas al amparo del art. 1318 Cc., que tiene como presupuesto fáctico la insuficiencia de recursos por parte de quien las reclama y que la posición económica de su cónyuge le impida la obtención del beneficio de justicia

gratuita. En Aragón la cuestión de las litis expensas no debe decidirse al amparo del art. 1318 Cc. sino del art. 5 Lrem., precepto que permite señalar litis expensas, entendidas como una necesidad más de la familia. En el caso concreto enjuiciado no proceden.

28 RDCA 2009, XV

S. APH 31 de julio de 2007

Resulta discutible que esa cuestión pueda plantearse en las parejas estables no casadas. Bajo el régimen del art. 1318 Cc., uno de sus presupuestos que tiene que concurrir necesariamente es que el caudal del otro cónyuge haya impedido la concesión de la justicia gratuita. En Aragón ya no debe acudirse al art. 1318 Cc., sino al art. 5 Lrem. que permite en abstracto señalar litis expensas, entendidas éstas como una necesidad más de la familia. Se niega que exista tal necesidad en el caso concreto.

34 RDCA 2009, XV

- **GASTOS DE ÚLTIMA ENFERMEDAD**

S. APH 12 de junio de 2003

La parte demandante pretende que se excluyan del pasivo de las herencias de sus padres los gastos de última enfermedad, gastos por desplazamiento y fármacos que incluyó en él el contador-partidor. Con relación a los gastos de última enfermedad no están comprendidos dentro del genérico art. 41 Comp, todos los cuidados que el demandado y sus esposa prestaron a sus difuntos padres no pueden reconocerse como una deuda a incluir en el pasivo del consorcio conyugal de su padres a través de una valoración económica como si hubieran estado ingresados en una residencia. Respecto de los desplazamientos y fármacos, no consta que se pagase con el peculio de los demandados, por lo que se satisfizo a cargo de las pensiones de los difuntos, por lo que no existe ninguna deuda que reclamar.

18 2005-2006 (XI-XII)

- **HONORARIOS DE ABOGADO**

S. APZ 17 de junio de 2002

Los gastos por honorarios de letrado deben considerarse deuda común del matrimonio y,

por lo tanto, ingresar en el pasivo consorcial, puesto que debido al proceso se obtuvo un bien consorcial, la suma por atrasos y trienios, de manera que la deuda es del art. 41.

68 2003-2004 (IX-X)

• **LEVANTAMIENTO DEL VELO**

S. APZ 13 de enero de 2006

La finalidad de la S.L. actora no era otra que la de viabilizar las profesiones de los cónyuges, cuyos ingresos irían a atender las necesidades familiares y las legítimas de cada cónyuge. Las pruebas revelan una confusión patrimonial entre los patrimonios de los cónyuges y el de la S.L. actora, de manera que el dinero extraído por los cónyuges de la caja social no puede ser calificado como un préstamo que haya que devolver a la S.L., sino como el uso propio de los ingresos familiares. El abuso particular que uno y otro hayan podido realizar de esas cantidades, debería ser objeto de los pertinentes reembolsos entre los patrimonios de los Sres. C y Z, pero en cuanto cónyuges, no en cuanto socios.

39 RDCA-2008-XIV

• **RESPONSABILIDAD**

S. APT 20 de febrero de 2002

La deuda del marido frente a la Tesorería General de la Seguridad Social es una deuda común y una carga de la comunidad, por ello, en aplicación del art. 43 deben responder los bienes comunes. Esta deuda se contrajo constante matrimonio, y aunque ahora se haya disuelto la sociedad conyugal por sentencia de separación matrimonial, cabe afirmar que la esposa es también deudora, al ser común la deuda, y por ello no puede admitirse la tercería que ha promovido manteniéndose el embargo sobre su salario, ya que los bienes que le han sido embargados lo son por deuda propia y no ajena.

53 2003-2004 (IX-X)

CARGAS USUFRUCTUARIAS

S. TSJA 29 de noviembre de 1996

El crédito por mantenimiento del vehículo, aportado como privativo a la comunidad conyu-

gal, es carga de la misma como establece el art. 41.3º Comp.: lo son «las atenciones de los bienes privativos propias de un diligente usufructuario».

3 1997, III (núm. 1º)

S. APH 28 de octubre de 2003

No han de incluirse en el inventario como créditos a favor de la comunidad los gastos de reparación de las dos casas y del almacén de carácter privativo de la esposa, pues son reparaciones ordinarias que tienen cabida entre las atenciones de los bienes privativos propias de un diligente usufructuario (art. 41. 3 Comp.).

21 2005-2006 (XI-XII)

• **ATENCIONES DE LOS BIENES PRIVATIVOS**

S. JP II Huesca nº 2, 14 de abril de 1997

Como quiera que las nuevas construcciones, ampliaciones y mejoras sobre bienes privativos sobrepasan las atenciones de un diligente usufructuario (propias de simple mantenimiento y de reparación ordinaria como los exigidos por los deterioros o desperfectos que procedan del uso natural de las cosas y sean indispensables para su conservación), su costo queda excluido de la carga de la comunidad de bienes.

14 1999, V (núm.1º)

DEUDAS COMUNES

S. TSJA 25 de marzo de 1992

Deudas comunes derivadas de la explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión de cada cónyuge.

6 1995, I (núm. 1º)

S. APH 10 de julio de 1995

Los créditos solicitados para la reconstrucción de unas edificaciones sobre solar privativo del marido —sin perjuicio de que dicho bien sea privativo de éste— forman parte del pasivo de la comunidad conyugal como dice el art.

41.5 Comp., sin perjuicio de los reembolsos a que ello deba dar lugar.

18 1997, III (núm. 1º)

S. APH 18 de septiembre de 1997

No puede considerarse privativa la deuda de descubierto a la Seguridad social correspondiente al régimen especial agrario del esposo y pagada por la esposa ya separada de él, pues no se ha demostrado si dicha deuda redundó o no en beneficio de la comunidad, ni tampoco que la misma fuera contraída por el marido en el momento en que ya se había producido la separación de hecho de los cónyuges.

14 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. JPI Zaragoza nº 14, 29 de mayo de 1998

La deuda contraída unilateralmente por el marido (importe de la máquina de café) es una carga o deuda común al redundar en beneficio común y haber sido contraída en el ejercicio de una actividad útil a la comunidad (la explotación del negocio de bar al que se dedicaban ambos cónyuges), según establece el art. 41.5º Comp.

9 2000, VI (núm. 1º)

S. JPII La Almunia 27 de julio de 1998

El marido (incapacitado, del que es tutora su mujer) rinde cuentas de provisión de fondos recibida en su profesión de abogado: la cantidad resultante a favor de la actora es deuda de la comunidad y de ella responde la mujer con su participación en los bienes comunes del patrimonio consorcial.

17 2000, VI (núm. 1º)

S. JPI Zaragoza nº 1, 14 de julio de 2000

Los prestamos adquiridos constante matrimonio deben reputarse pasivo de la comunidad, ex art. 41.5, sin perjuicio de los reembolsos a que haya lugar, ya que algunos de los préstamos se amortizaron una vez decretada la sepa-

ración y con cargo al patrimonio personal de uno de los cónyuges.

58 2001-2002 (VII-VIII)

S. JPI Zaragoza nº 14, 28 de marzo de 2003

El embargo del bien sobre el que la esposa reclama su dominio trae su causa de una deuda consorcial, puesto que aun siendo deudor el marido, la misma se generó en el desarrollo de su actividad profesional, estando justificado entonces el carácter consorcial de la misma.

48 2005-2006 (XI-XII)

S. JPII Jaca nº 1, 5 de mayo de 2003

Las deudas sobre pago de impuestos, declaración de obra nueva y abono del proyecto realizado por el arquitecto deben ser consideradas como comunes ya que las mismas redundan en beneficio común, ya que dichos gastos se aplican al edificio en el que se ubican los locales comerciales que constituyen el sustento económico de la familia.

43 2005-2006 (XI-XII)

S. APZ 1 de julio de 2005

La cantidad que el marido adeuda a Q, para quien realizó la actividad de agente comercial, es una deuda contraída por la actividad profesional del citado Sr., por lo que en modo alguno puede ser calificada de privativa (art. 36-1-e Lrem.) y no se ha acreditado que concurren las circunstancias que menciona el apartado 2 de dicho artículo.

46 2007, XIII

S. TSJA 11 de diciembre de 2006

La deuda que la Seguridad Social reclama al marido en virtud de las prestaciones por desempleo que éste percibió constante matrimonio y que cobró de forma indebida (estaba trabajando, cuando percibió la prestación por desempleo), son responsabilidad definitiva de consorcio conyugal en razón de lo previsto en el art. 41.5 Comp. También lo son, y por la misma razón, las cuotas a la Seguridad social que el marido dejó de pagar y que

ahora le son reclamadas por la Tesorería de la Seguridad Social.

3 RDCA 2008, XIV

- **ACTIVIDAD OBJETIVAMENTE ÚTIL
A LA COMUNIDAD**

S. JPI Zaragoza n° 14, 8 de mayo de 2008

El préstamo solicitado por el esposo demandado y, por lo tanto, su devolución tienen naturaleza de deuda consorcial, puesto que el importe del mismo fue destinado a sufragar los gastos derivados del camión del esposo y de otras deudas generadas en su explotación económica: estamos ante el supuesto contemplado en el art. 36.1.e) de la Lrem. En razón de ello, responden los bienes comunes tanto en la relación interna (art. 36.1.e) como en la externa (art. 37.1.a), porque no se ha acreditado que el esposo contrajera la deuda frente a la entidad de crédito para perjudicar al consorcio (art. 36.2 Lrem.), calificándose entonces la deuda de privativa, como pretendía la esposa también demandada por la Entidad financiera.

58 RDCA 2010, XVI

- **CÓNYUGE CONCURSADO**

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

- **CUOTAS DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS**

S. APH 29 de enero de 1999

Las cuotas de la Comunidad de Propietarios reclamadas al marido por varios pisos inscritos con el carácter de presuntamente consorciales y generadas con anterioridad a la disolución del consorcio son una carga de la comunidad de la que deben responder los bienes comunes, con fundamento bien en los núm. 1º o 5º del art. 41, bien en el 42 Comp.

8 2000, VI (núm. 2º)

- **DERIVADAS DEL EJERCICIO DEL COMERCIO**

S. APZ 22 de marzo de 1995

La Sala acepta la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo y, por ello, considera viable el embargo trabado sobre los bienes pertenecientes a la sociedad conyugal por las deudas contraídas por la sociedad limitada con la que está confundida; además señala que, a tal efecto, es indiferente que la tercerista no hubiera participado en la realización de la actividad mercantil que constituía el objeto social, en tanto que por disposición bien del art. 6 del Ccom., bien del art. 42 Comp., bien del art. 66 de dicha Compilación o, por último del art. 1401 del Cc., los bienes comunes embargados habrán de responder de las deudas contraídas en el desarrollo de tal actividad, y ello con independencia de que las deudas hubieren sido contraídas antes o después del fallecimiento del esposo.

32 1997, III (núm. 1º)

S. APZ 14 de julio de 1995

Entre la sociedad conyugal a quien se atribuye la titularidad formal de los bienes objeto de la traba y la de responsabilidad limitada (S.A.) demandada existe una total comunidad de intere-

ses económicos, causante de su confusión, por lo que, una vez descubierto el fondo encubierto por la ficción legal (teoría del levantamiento del velo), la pretensión de separar titularidades formales a efectos de impedir el embargo no resulta procedente. Por lo demás, es indiferente que la tercerista no hubiera participado en la realización de la actividad mercantil que constituía el objeto social de la empresa familiar (arts. 6 Ccom., 42 y 66 Comp. o 1401 Cc.)

36 1997, III (núm. 1º)

S. JPI Zaragoza nº 14, 8 de enero de 1996

La fianza constituida por los maridos en favor de la empresa de la que eran socios y propietarios vino encaminada a favorecer el buen desarrollo y desenvolvimiento del negocio afianzado, lo que necesariamente había de redundar en beneficio de sus respectivas sociedades de gananciales (art. 41. 5 Comp.), no apreciándose, en consecuencia, que el afianzamiento tuviese carácter gratuito (art. 441 Ccom.) y quedando, por tanto, posibilitado que los maridos pudieran obligar a sus respectivas sociedades de gananciales, de conformidad con lo dispuesto en el art. 42 Comp., sin necesidad de autorización expresa de sus cónyuges (STS 15 mayo 1989). La responsabilidad de las esposas queda limitada al importe de los bienes consorciales adjudicados en la liquidación de las respectivas comunidades conyugales.

56 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APZ 12 de abril de 1997

La deuda contraída por el esposo lo fue en el ejercicio de su actividad negocial de explotación de una granja, y de conformidad con lo dispuesto en los arts. 6 y 7 Ccom., responden los bienes comunes de ambos cónyuges. Por lo tanto, y al tratarse de una deuda consorcial, la mujer carece de legitimación como tercerista, ya que es responsable de ella.

39 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APZ 22 de junio de 1998

El sistema de responsabilidad delineado por el Ccom. no coincide con el que se deduce

de la Comp. aragonesa, resultando ésta de aplicación preferente. Así, las deudas de comercio, como son las compras a proveedores, normalmente redundan en beneficio común, o al menos proceden de actividades tendencialmente útiles a la comunidad, por ello, son a cargo del consorcio conyugal (art. 1 Comp.); pero en defecto de bienes comunes, la responsabilidad definitiva es exclusiva del cónyuge que contrajo la deuda.

43 1999, V (núm. 2º)

S. TSJA 6 de octubre de 1999

El aval prestado por el esposo a la empresa de la que él era titular se incluye en el art. 41.5 Comp. al señalar éste como cargas de la comunidad las deudas de cualquiera de los cónyuges cuando hayan sido contraídas en ejercicio de una actividad útil a la comunidad. En estos casos, no es preciso que se haya producido un efectivo beneficio para la comunidad, sino que basta con constatar la utilidad de la actividad que desarrollaba el cónyuge en cuyo ámbito se generó la deuda.

3 1999, V (núm. 2º)

S. TSJA 9 de mayo de 2000

El reinvertir en el negocio propio (farmacia) parte de los rendimientos del mismo para su mejora supone la improcedencia de pretender el reintegro de los mismos cuando no existe la menor prueba de que los gastos se hicieran sin causa (art. 47.1 Comp.) y por el contrario deben estimarse legalmente como cargas propias de la comunidad.

1 2000, VI (núm. 1º)

A. APZ (Secc. 4ª), 18 de julio de 2000

La deuda contraída como fiador por el marido lo fue en ejercicio del comercio y con consentimiento de su mujer, y responden los bienes gananciales (sic) art. 6 Ccom. Además, dicha deuda se contrajo antes de modificar el régimen económico de comunidad por el de separación.

42 2001-2002 (VII-VIII)

A. APH 17 de enero de 2002

De los arts. 6, 7 y 8 del Ccom. en relación con el 1565 Cc. y 41.5° y 42 Comp., se desprende que tienen el carácter de deudas comunes las contraídas por el esposo aquí ejecutado en el ejercicio del comercio de pescadería. Por no ser una deuda privativa o de un sólo cónyuge, sino que estamos ante una deuda común responden directamente y no de forma subsidiaria los bienes consorciales y la consecuencia inmediata de todo ello es que no es aplicable el art. 541. 3 LEC/00

46 2003-2004 (IX-X)*S. APH 29 de enero de 2003*

La deuda reclamada, que nació antes de la modificación del régimen económico matrimonial, debe considerarse consorcial, y ello porque las funciones de gestión y representación del cargo de administrador de una sociedad anónima entrañan el ejercicio del comercio a los efectos del art. 6 Cm. La deuda tributaria ex art. 40 CGT de la que subsidiariamente responde el administrador de la sociedad afecta en estas condiciones al consorcio conyugal, ya que la misma no tiene carácter punitivo o sancionatorio de la responsabilidad del administrador, sino que sencillamente se le declara responsable con carácter subsidiario de una deuda cuya obligada principal es la sociedad.

13 2005-2006 (XI-XII)*S. TSJA 14 de junio de 2009*

Frente a terceros de buena fe responden los bienes comunes de las deudas contraídas por un cónyuge en la explotación regular de sus negocios, por ello la deuda del actor debe ser satisfecha frente a terceros (el acreedor) con bienes comunes, también con los adjudicados a su esposa tras la disolución del régimen de consorciales, pues la responsabilidad de estos bienes era previa. Todo ello, en perjuicio de la aplicación del art. 44 Lrem. entre los cónyuges.

11 RDCA 2009, XV**• DEUDA TRIBUTARIA***S. JPII Teruel n° 1, 13 de septiembre de 1994*

De las deudas de uno de los cónyuges por IRPF responden los bienes gananciales del matrimonio, con independencia de cuál fuere el cónyuge que la contrajo, como se desprende del art. 41.5° de la Compilación y 1365 del Código civil.

19 1996, II (núm. 2°)*S. APH 29 de enero de 2003*

La deuda reclamada, que nació antes de la modificación del régimen económico matrimonial, debe considerarse consorcial, y ello porque las funciones de gestión y representación del cargo de administrador de una sociedad anónima entrañan el ejercicio del comercio a los efectos del art. 6 Cm. La deuda tributaria ex art. 40 CGT de la que subsidiariamente responde el administrador de la sociedad afecta en estas condiciones al consorcio conyugal, ya que la misma no tiene carácter punitivo o sancionatorio de la responsabilidad del administrador, sino que sencillamente se le declara responsable con carácter subsidiario de una deuda cuya obligada principal es la sociedad.

13 2005-2006 (XI-XII)**• DONACIONES***S. APH 12 de febrero de 1998*

La transferencia de 800.000 ptas. que la actora hizo en favor de su hija procedía de una cuenta conjunta del matrimonio, de manera que en este caso se ha de considerar como un acto de liberalidad de los esposos, siendo a cargo de la sociedad conyugal como dispone el art. 1363 Cc.

5 1999, V (núm. 2°)**• EJECUCIÓN SOBRE BIENES COMUNES***A. JPI Zaragoza n° 14, 19 de mayo de 2006*

En la ejecución contra el marido se han embargado bienes de carácter consorcial, notifica-

da la ejecución a la esposa, de conformidad con el art. 541 Lec. y 144 Rh., ésta se opone a la misma alegando como única causa la condición privativa de la deuda contraída por su esposo al ir destinada a cubrir necesidades personales suyas, careciendo la operación de consentimiento expreso por su parte. Dando traslado de dicha oposición a la entidad ejecutante, por ésta se impugna la misma y, a juicio del Juez, consigue probar que se trata de una deuda común a cargo del patrimonio familiar (art. 36-1-e Lrem.), de la que responden los bienes comunes frente a terceros (art. 37-2 Lrem.), por lo que procede desestimar la causa de oposición.

55 RDCA-2008-XIV

• NIVEL DE VIDA FAMILIAR

S. APZ 17 de noviembre de 2005

La cuestión está en descifrar si las compras realizadas por la mujer son excesivas y, por ello, constituyen deudas abusivas o con grave descuido de los intereses familiares (art. 36-2 Lrem.). La Sala considera que, atendiendo al nivel económico en el que se desarrollaba la vida familiar, no pueden considerarse como dispendios irracionales o maliciosos, pues el art. 3-1 Cc. obliga a relacionar los conceptos jurídicos indeterminados con la realidad social a la que han de aplicarse. Y si bien en determinadas economías domésticas esos gastos pudieran parecer excesivos, en la de los litigantes pueden entenderse como aceptables y, en todo caso, no calificables como de maliciosos.

53 2007, XIII

• PRUEBA

S. APZ 24 de septiembre de 1997

Los gastos realizados con cargo al patrimonio común no pueden considerarse comprendidos en ninguno de los supuestos del art. 1 de la Compilación por la falta absoluta de prueba de su finalidad.

7 1999, V (núm. 1º)

• RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES

S. APH 29 de enero de 2003

La deuda contraída por el esposo de la recurrente nació en el momento en que su matrimonio se regía por el sistema consorcial y con ocasión del ejercicio ordinario de su profesión —esto es, de su actividad como administrador— de modo que los bienes comunes de la sociedad conyugal quedaban igualmente afectos al pago de la deuda, ex art. 40 LGT, por lo que la tercera formulada por la recurrente es improsperable.

13 2005-2006 (XI-XII)

S. APZ 22 de julio de 2005

Los hechos demuestran que la deuda de la que el marido ha sido hecho responsable en cuanto administrador social redundó en beneficio común, fue contraída en el ejercicio de una actividad que fue útil a la comunidad, y en la explotación regular de sus negocios, debiendo ser considerada una deuda común que debe ser soportada por la sociedad conyugal y obliga siempre, sin limitación alguna, frente a terceros, a los bienes comunes (arts. 41-5 y 42 Comp.). Los preceptos propios de la legislación aragonesa son de aplicación prioritaria en este territorio. Esta responsabilidad externa no puede ser limitada por lo acordado por los cónyuges en el convenio regulador.

48 2007, XIII

• SANCIONES TRIBUTARIAS

S. JPI Zaragoza nº 14, 28 de marzo de 2003

La parte actora alega que de la sanción tributaria impuesta por la Agencia tributaria debe responder sólo el patrimonio del deudor, debiendo ser considerada la deuda por aplicación del art. 1366 Cc. Dicho precepto no resulta aplicable en Aragón de forma directa, siendo de aplicación la Compilación, que en ninguno de sus preceptos excluye como cargas y deudas comunes aquél o a los que se refiere el Cc. Es más, la voluntad del legislador de establecer la res-

ponsabilidad de los bienes comunes frente a terceros en esos casos concretos se demuestra palpablemente en la redacción del art. 37.1.b Lrem, que publicada aún no ha entrado en vigor.

48 2005-2006 (XI-XII)

DEUDAS DE GESTIÓN

S. APZ 25 de abril de 1994

Tercería de dominio interpuesta por un cónyuge sobre inmueble perteneciente al consorcio conyugal; no se le reconoce legitimación en calidad de tercerista; falta de acreditación de la naturaleza de la deuda; responsabilidad de los bienes comunes por deudas de gestión.

32 1996, II (núm. 1º)

S. TSJA 20 de diciembre de 1996

Al garantizar personalmente uno de los cónyuges una deuda de la sociedad mercantil de la que es parte, actúa en favor de la explotación regular de sus negocios, al igual que cuando recibe un préstamo por esa misma razón. En consecuencia, y de conformidad con lo establecido en los arts. 42 y 41.5 Comp., quedan obligados por dichas deudas los bienes de la comunidad conyugal. No es de aplicación, por lo tanto, el art. 46 Comp. al encontrarnos ante una deuda común.

4 1997, III (núm. 1º)

S. JPII Tarazona 5 de diciembre de 1997

La deuda contraída por el marido de la actora es privativa de éste. No obstante, al ser una deuda de gestión debe incluirse en el supuesto de hecho del art. 42 Comp., de manera que responderán frente a terceros los bienes privativos del cónyuge deudor, y también directamente y con carácter principal los bienes comunes, pero no los privativos del cónyuge no deudor, al ser de preferente aplicación en este territorio el art. 42 Comp. frente al Código de comercio.

25 1999, V (núm. 1º)

S. APZ 20 de abril de 1999

La esposa demanda junto al cónyuge deudor alega la falta de responsabilidad del patrimonio consorcial del saldo deudor que pudiera resultar de la rendición de cuentas, bajo el argumento de que al ser la provisión de fondos un depósito irregular su propiedad nunca habría ingresado en el patrimonio consorcial. El argumento se desestima con base en el art. 42 Comp.

28 2000, VI (núm. 2º)

S. APZ 30 de abril de 1999

De las deudas que asume el marido premuerto a través de un contrato de opción de compra de una empresa de hostelería responde también el patrimonio consorcial, ex art. 42 Comp.

29 2000, VI (núm. 2º)

• ANTES DE LA REFORMA DE 1985

S. JPI Zaragoza nº 3, 10 de marzo de 1995

El art. 42 de la Comp. de 1967 no contemplaba los actos de disposición incluidos en el tráfico habitual de la profesión o negocio, explícitamente acogidos en el nuevo art. 48.

47 1997, III (núm. 1º)

• RESPONSABILIDAD

S. APZ 27 de marzo de 2002

El art. 41 de la Comp. hace referencia al pasivo definitivo de la comunidad, mientras que el art. 42 alude al pasivo provisional que no juega en las relaciones internas de los consortes, este último precepto se concibió pensando en la tutela del tercero que contrató con el cónyuge, y tiene por objeto procurar la máxima solvencia del consorcio frente a quien contrata con los cónyuges, especialmente de aquel de ellos que ejerce un profesión o desarrolla negocios de los que se nutre el activo consorcial, y en esas relaciones externas entre tercero y comunidad aquél no tiene necesidad de entrar a considerar si el débito que contrae puede o no

quedar comprendido dentro de alguno de los supuestos del art. 41.

70 2003-2004 (IX-X)

• **RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES**

S. APZ 27 de octubre de 1999

El problema que se plantea es si la obligación impuesta al marido en su condición de administrador de la sociedad limitada por incumplimiento de las obligaciones señaladas en los art. 104 c) y e) y 105 1 y 4 debe alcanzar también a la esposa y obligar por ello los bienes consorciales. La solución debería ser afirmativa, ex art. 42 Comp. y 1362.4 y 1365. 2 en relación con el art. 6 Ccom. Sin embargo, nos encontramos ante un caso de responsabilidad del administrador impuesta *ex lege* y no ante un supuesto de gestión propia del ejercicio de su profesión. Por ello, dicha responsabilidad (al ser *ex lege*, y por la deuda de la sociedad de la que la ley hace también responsable al administrador) no tiene virtualidad para obligar a los bienes de la sociedad conyugal.

42 2000, VI (núm. 2º)

S. TSJA 7 de julio de 2003

El art. 42 Comp. determina la responsabilidad de los bienes por las deudas de gestión, entre las que se encuentran las surgidas de la explotación regular de sus negocios o las contraídas en el desempeño de una actividad profesional. El hecho de que se haya producido una declaración administrativa de responsabilidad subsidiaria por las deudas tributarias de la sociedad mercantil, de la que el marido era administrador único, aunque provenga de una falta de la debida diligencia en la actuación del administrador, no excluye la responsabilidad de los bienes comunes derivada del art. 42 Comp.

1 2003-2004 (IX-X)

DEUDAS PRIVATIVAS

S. APZ 10 de mayo de 1994

La modificación del régimen económico matrimonial no afecta a los derechos ya adqui-

ridos por terceros. Responsabilidad de los bienes comunes por las deudas posteriores a la celebración del matrimonio de uno de los cónyuges.

33 1996, II (núm. 1º)

S. APH 24 de abril de 1995

Sin perjuicio de considerar privativo del marido el bien adquirido por éste a costa del producto de los bienes hereditarios de la herencia de su abuela, existe una deuda en favor de la comunidad por la parte del precio que quedó aplazada, en virtud de lo regulado en los arts. 46 y 47 Comp.

14 1997, III (núm. 1º)

A. APZ 19 de enero de 1999

Disuelta la sociedad conyugal los acreedores privativos de uno de los cónyuges no pueden hacer efectivo su derecho sobre el patrimonio común tal y como, de forma subsidiaria, permite el art. 46 Comp., mientras no proceda a solicitarse la liquidación de la comunidad disuelta. En estos casos, el juez, ex art. 1.128 Cc., puede señalar a los cónyuges un plazo para que procedan a liquidarla. Si lo incumplen, o bien retrasan la liquidación con maniobras abusivas, se procederá a la aplicación del art. 46, dejando «a salvo el valor que al otro cónyuge corresponda en la comunidad».

26 2000, VI (núm. 2º)

A. APZ (Secc. 2ª) 28 de julio de 2000

Para la aplicación del art. 46 Comp., no es necesario que el acreedor deba acreditar la insuficiencia de los bienes privativos, sino que es el cónyuge no deudor que se opone al embargo de los bienes consorciales al que le incumbe el señalamiento de los bienes privativos. Y todo ello porque no existe un previo derecho de excusión a favor de la masa consorcial, ni la afectación de ésta viene condicionada a la previa demostración de insuficiencia de bienes privativos por parte del acreedor, para quien la mitad de los bienes consorciales forman parte del valor de los bienes presentes del deudor sometidos a la responsabilidad del art. 1.911 Cc.

45 2001-2002 (VII-VIII)

S. APZ 4 de marzo de 2002

Aun cuando el préstamo personal contraído por el marido es de fecha anterior a la sentencia de separación, aparece suscrito únicamente por el demandante y a escasas fechas de los primeros escritos judiciales de separación, esto es, cuando ya había quebrado el matrimonio, por lo tanto para ser considerada deuda común debería acreditarse el consentimiento de la esposa o si fue empleado para el sostenimiento de las cargas familiares, pero dada su proximidad a la demanda de separación parece improbable.

62 2003-2004 (IX-X)• **APLICACIÓN DEL ART. 1373 CC.***S. APZ 4 de febrero de 1995*

En caso de embargo de bienes comunes por deudas posteriores privativas de un cónyuge, el cónyuge no deudor, para salvaguardar el valor que en el patrimonio común le corresponde, tiene la facultad concedida por el art. 1373 del Cc. de exigir que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal; facultad que es un límite a la responsabilidad de los bienes comunes, para salvaguardar, en interés de la familia, la parte de esos bienes que no corresponden al cónyuge deudor, y que el otro precisa para atender las necesidades familiares, que quedan así protegidas frente a una gestión patrimonial del cónyuge deudor dañosa para los derechos del otro.

31 1997, III (núm. 1º)*S. APH 16 de noviembre de 1998*

Se dice, a mayor abundamiento, que también prosperaría la tercería de dominio, con independencia de la adjudicación del bien común a la esposa, porque la deuda de la que deriva el embargo es privativa del marido y, sin embargo, la esposa no tuvo ocasión de ejercer la facultad prevista en el art. 1373 Cc., en relación con el art. 144 Rh., pues la comunicación del embargo se entendió con el marido, lo que infringe el derecho de defensa del otro cónyuge.

22 1999, V (núm. 2º)*A. APZ (Secc. 4ª) 18 de julio de 2000*

El art. 1373 permite al cónyuge no deudor que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta éste en la sociedad conyugal, en cuyo caso el embargo llevará consigo la disolución de aquélla. Pero no cabe paralizar el procedimiento de apremio, para que se realice la liquidación de la sociedad conyugal, y luego se embarguen los bienes que se adjudican al esposo alzándose el embargo de las fincas referidas, puesto que ya se otorgaron capítulos matrimoniales por los que se disolvía el régimen. Lo que sucede es que las fincas adjudicadas a la esposa también responden, por ser la deuda reclamada anterior al otorgamiento de los capítulos y, además, ser una deuda consorcial y no privativa.

42 2001-2002 (VII-VIII)• **CONTINUACIÓN DEL EMBARGO TRAS LA LIQUIDACIÓN***S. APZ 4 de febrero de 1995*

Estimada la pretensión del cónyuge no deudor, el embargo realizado proseguirá ejecutándose sobre bienes que respeten el valor que corresponda al cónyuge no deudor en el consorcio liquidado, según el balance que habrá de presentar el cónyuge no deudor para limitar de ese modo el apremio seguido, pues, de no hacerlo así, continuará el apremio sobre los bienes trabados para satisfacer los derechos del acreedor.

31 1997, III (núm. 1º)• **DERIVADAS DEL EJERCICIO DEL COMERCIO***S. APZ 4 de febrero de 1995*

Aunque la deuda privativa de un cónyuge proceda del ejercicio del comercio se aplica el régimen del artículo 46 de la Compilación integrado con la facultad aludida del art. 1373 del Cc., y no, como pretendía el Juzgado, los arts. 6, 7 y 8 del Ccom. que establecen la posibilidad de obligar a los bienes comunes por el ejercicio del comercio de persona casada, en función del

consentimiento presunto otorgado a ese ejercicio por el otro cónyuge.

31 1997, III (núm. 1°)

• **DEUDAS ANTERIORES AL MATRIMONIO**

S. TSJA 29 de noviembre de 1996

Los créditos que invoca el marido frente a la comunidad conyugal, en cuanto que son deudas anteriores al matrimonio y no fueron invocadas ni reclamadas durante éste, con base y con la limitación que exige el art. 45 Comp., no pueden exigirse cuando esa comunidad está ya disuelta.

3 1997, III (núm. 1°)

• **DEUDAS DEL JUEGO**

S. APZ 24 de septiembre de 1997

Conforme a lo preceptuado en el art. 1371 Cc., sólo lo perdido y pagado, y no simplemente lo jugado, durante el matrimonio por alguno de los cónyuges en cualquier clase de juego, cuando la pérdida no pudiera considerarse moderada con arreglo al uso y circunstancias de la familia, disminuirá su parte respectiva de ganancias.

7 1999, V (núm. 1°)

S. TSJA 25 de noviembre de 1998

El TSJ, con cita del art. 50.3° del Apéndice, califica de vicio el gasto de cantidades considerables de dinero en tan breve lapso de tiempo; excluye la aplicación del art. 41.5° Comp., aplica el art. 46 y obliga a reintegrar todo el dinero común jugado. Considera infringidos simultáneamente los arts. 1390, 1391, 1397 párrafos 2° y 3° y 1373 del Código civil.

3 1999, V (núm. 1°)

• **EMBARGO DE BIENES COMUNES**

S. APZ 21 de febrero de 1994

Tercería de dominio interpuesta por la mujer contra el embargo de unas acciones y cuentas corrientes comunes por deudas privativas del marido. Admisión parcial del recurso.

Procede la tercera y se suspende el embargo sobre las acciones manteniéndose sobre la mitad de los depósitos en cuenta corriente.

28 1996, II (núm. 1°)

S. APZ 28 de junio de 1994

Tercería de dominio interpuesta por un cónyuge sobre inmueble perteneciente al consorcio conyugal; no procede alzar el embargo sobre la mitad indivisa de un inmueble común dada la naturaleza de la sociedad conyugal.

34 1996, II (núm. 1°)

S. JPI Zaragoza n° 2, 23 de junio de 2006

En la ejecución de títulos no judiciales, en virtud de póliza de contrato mercantil de préstamo, se han embargado bienes comunes, el cónyuge no deudor se ha opuesto a la ejecución (art. 541-3 Lec.); la oposición ha sido desestimada, pero se le ha otorgado plazo para que promueva la liquidación y división de la comunidad conyugal, cosa que ha hecho solicitando la formación judicial de inventario. Para la formación del inventario se siguen los trámites del art. 809 Lec., con asistencia del acreedor el Banco ejecutante ex art. 782-5 Lec. Ante la falta de acuerdo, se siguen los trámites del juicio verbal (art. 809.2 Lec.) de los que deriva la presente sentencia que aprueba el inventario de la comunidad consorcial, fijando su activo y pasivo.

58 RDCA-2008-XIV

A. APZ 10 de junio de 2010

En la ejecución de deudas privativas de uno de los cónyuges pueden embargarse los derechos que al deudor le correspondan en el patrimonio común.

82 RDCA-2012-XVIII

• **ESTIMACIÓN JUDICIAL DE LA PETICIÓN DE DISOLUCIÓN**

S. APZ 4 de febrero de 1995

La estimación judicial de la exigencia de disolución formulada por el cónyuge no deudor, según la Resolución de la DGRN de 24

de septiembre 1987, «va a depender de la voluntad de ese cónyuge, y es desde luego inexcusable cuando la actuación del deudor significa un daño o peligro para los derechos del otro cónyuge (art. 1373.2 Cc.)».

31 1997, III (núm. 1º)

• **RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES**

S. TSJA 7 de julio de 2003

Las sanciones impuestas a la sociedad anónima, que integraban junto con el principal e intereses el total de la deuda reclamada al marido (administrador único de la sociedad), ciertamente no deben ser incluidas en dicho concepto (deuda de gestión del art. 42 Comp.), y ello porque su importe no daría lugar a la responsabilidad directa de los bienes comunes ex art. 42, sino que constituirían deudas privativas que gravan los bienes del cónyuge deudor y, siendo éstos insuficientes, al patrimonio común, a salvo siempre el valor que en él corresponda al otro cónyuge, de conformidad con lo establecido en el art. 46.1 Comp.

1 2003-2004 (IX-X)

• **RESPONSABILIDADES PENALES**

S. APZ 21 de mayo de 2001

En cuanto a los pagos hechos por el demandado como responsabilidades penales, habiéndose abonado con cargo al consorcio procede reintegrarlo en el activo.

39 2003-2004 (IX-X)

• **TERCERÍA DE DOMINIO**

S. JPI Zaragoza nº 14, 25 de junio de 1998

La deuda del marido, condenado en juicio en que no fue demandada su mujer, a reintegrar cierta cantidad de que dispuso indebidamente a la masa hereditaria de un primo suyo, es deuda privativa. Embargada finca de la que ya es propietaria la mujer en virtud de convenio

regulador aprobado en sentencia de separación, se aprecia la tercería de dominio y se ordena levantar el embargo.

14 2000, VI (núm. 1º)

• **VIVIENDA HABITUAL**

S. TS 18 de febrero de 1995

Embargabilidad por deudas contraídas por uno solo de los cónyuges sobre la mitad indivisa de la vivienda familiar. No procede la tercería de dominio interpuesta por la esposa al haberse adquirido el inmueble antes de la celebración del matrimonio, no correspondiendo por tanto derecho de propiedad alguno sobre el inmueble en favor de la tercerista.

5 1996, II (núm. 1º)

REINTEGROS Y REEMBOLSOS

S. JPII Boltaña 7 de diciembre de 1994

Fallecido el marido sin descendencia, los herederos abintestato y la viuda no verifican la liquidación de la comunidad conyugal; a la muerte de la esposa viuda le sucede un hijo adoptivo que hereda de su madre un derecho de crédito contra el haber hereditario del marido de su madre, consistente en el importe de la mitad indivisa del coste de las obras que se realizaron con patrimonio de la comunidad conyugal para la reconstrucción de las edificaciones de propiedad privativa del marido.

25 1996, II (núm. 2º)

S. APH 10 de julio de 1995

Los créditos solicitados para la reconstrucción de unas edificaciones sobre solar privativo del marido forman parte del pasivo de comunidad, y al quedar los edificios como propiedad privativa de aquél, el otro cónyuge adquiere un derecho de crédito contra la comunidad de bienes matrimonial equivalente a la mitad del dinero invertido en la reedificación, como en-

señan los arts. 55 a 58 Comp.; crédito que pasa en este caso al hijo adoptivo —demandado en este pleito— del cónyuge acreedor al mismo y ya fallecido.

18 1997, III (núm. 1º)

S. JPI Zaragoza nº 13, 19 de julio de 1995

La deuda que se reclama al actor es consorcial, y no es necesario demandar también a la esposa, sin que ello suponga la imputación tan solo al demandado de la deuda —que es común— porque supone el nacimiento a su favor de un crédito contra la comunidad ganancial que entre los cónyuges corresponde abonar conforme a las normas específicas que para tal caso se recogen en los arts. 1.364 Cc. y 47 Comp.

57 1997, III (núm. 1º)

S. TSJA 29 de noviembre de 1996

El destinar cantidades que procedían de un negocio de ambos cónyuges aportado a la comunidad, constante matrimonio, por uno de ellos en algo que no supone un gasto de cuenta de la misma, no puede negarse se hizo en detrimento del patrimonio común, de acuerdo con el art. 37.2 Comp. Ese gasto ha de tenerse en cuenta a la hora de la liquidación de la comunidad.

3 1997, III (núm. 1º)

S. TSJA 6 de octubre de 1999

Resulta inaplicable el art. 47.1 Comp., ya que el inmueble (aun cuando era privativo del marido) fue rematado en el procedimiento de apremio y se percibió por él la cantidad necesaria para el pago de la deuda (que era común), pero ningún lucro personal o enriquecimiento sin causa obtuvieron ni la parte recurrida (la esposa) ni la sociedad conyugal.

3 1999, V (núm. 2º)

S. TSJA 9 de mayo de 2000

El reinvertir en el negocio propio (farmacia) parte de los rendimientos del mismo para

su mejora supone la improcedencia de pretender el reintegro de los mismos cuando no existe la menor prueba de que los gastos se hicieran sin causa (art. 47.1 Comp.) y por el contrario deben estimarse legalmente como cargas propias de la comunidad.

1 2000, VI (núm. 1º)

S. APZ 25 de mayo de 2005

La confusión del dinero privativo, fungible por excelencia, con el dinero común, no destruye el crédito que el cónyuge titular de las indemnizaciones percibidas tiene frente al consorcio, porque las diferentes masas patrimoniales no deben enriquecerse unas a costa de las otras, crédito que se le ha de reintegrar en este caso al tiempo de la liquidación del consorcio conyugal (art. 47 Comp.).

45 2007, XIII

S. JPI Zaragoza nº 6, 20 de febrero de 2008

Se puede producir durante la vida del consorcio la incorporación o confusión de cantidades privativas en el caudal común, pero aun incorporadas tales cantidades al consorcio no deja de existir a favor del cónyuge perceptor de tales cantidades un derecho de crédito por el reembolso, ya que es una regla consorcial que las diversas masas patrimoniales no se enriquezcan unas a costa de las otras.

53 RDCA 2010, XVI

• **PLAN DE JUBILACIÓN.**

S. APZ (Secc. 2ª), 4 de octubre de 2011

En cuanto al plan de jubilación, Winterthur Vida (póliza), debe indicarse que fue concertado en Junio de 2001, constante matrimonio y en consecuencia abonado con dinero consorcial, por lo que procede el desembolso (sic) de las aportaciones al consorcio, como correctamente entiende la Sentencia apelada.

70 RDCA-XIX-2013

RESPONSABILIDAD DE LOS BIENES COMUNES

• *DESPUÉS DE LA DISOLUCIÓN DE LA COMUNIDAD LEGAL*

A. Pres. TSJA 24 de diciembre de 1992

Todos los bienes comunes responden siempre, frente a terceros y responden los esposos con tales bienes, directamente frente al acreedor, por las deudas comunes. Y esa responsabilidad se prolonga más allá de la vigencia de la sociedad consorcial, al ser una responsabilidad personal y solidaria que, incluso, se extiende a los bienes privativos —«ultra vires»—, en ciertos supuestos (arts. 56.2 Comp. y 1398.1 Cc.).

51 1996, II (núm. 1°)

S. APZ (Secc. 5ª) 14 de julio de 2003

Se trata de resolver si la demandada debe responder de la deuda litigiosa con su patrimonio privativo o sólo con lo que obtuvo del patrimonio consorcio tras el convenio de liquidación. Nos encontramos ante una deuda contraída por el esposo en el ejercicio de una actividad útil a la comunidad (art. 41.5 Comp.). Esta deuda habrá de soportarla el patrimonio común y el privativo del cónyuge que contrajo la deuda (art. 43.2 comp.). El cónyuge no contratante únicamente responderá frente a tercero con los bienes recibidos del consorcio al liquidarse éste. Ahora bien, esta limitación de responsabilidad del cónyuge no contratante sólo opera cuando la liquidación del haber consorcial se ha realizado correctamente, pues si los cónyuges han dividido el activo del consorcio sin pagar alguna deuda de éste, el cónyuge no deudor responde ultra vires, tal y como se desprende del art. 1402 Cc. (STS 28-4-1988).

35 2005-2006 (XI-XII)

RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA

S. APZ 8 de abril de 2002

Se trata de establecer si la demandada no contratante debe responder solidariamente de la deuda contraída por su esposo al encargar al taller del actor que reparara un vehículo automóvil. La APZ, sec. 2ª considera aplicable el art.

1091 Cc, de manera que el taller sólo puede dirigirse contra el deudor, no siendo aplicables los arts. 41 y 43 Comp., que sólo se refieren al pasivo de la comunidad consorcial, tema que sólo podrá afectar a esta materia en ejecución de la sentencia estimatoria que se dictase, y por vía del art. 541 LEC/00.

65 2003-2004 (IX-X)

6633: CONSORCIO CONYUGAL: GESTIÓN

ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN DE BIENES COMUNES

S. TSJA 18 de junio de 1992

La autorización del marido a la esposa para que, en nombre y representación suya, pudiera vender el negocio común comprende, salvo prueba en contrario, la facultad de disponer (opción de compra) de todos sus elementos patrimoniales, incluido el local.

7 1995, I (núm. 1°)

S. TSJA 23 de marzo de 1993

Administración de bienes comunes por uno de los cónyuges: evolución legislativa y continuidad de la administración individual del marido al tratarse de ingresos de su actividad mercantil. Posibilidad de pacto en contrario.

10 1995, I (núm. 1°)

S. APH 20 de enero de 1994

Nulidad de venta de local comercial perteneciente al consorcio conyugal por falta de determinación del precio y por haber sido enajenado, en 1962, por el marido como representante de la sociedad conyugal; anulabilidad; prescripción adquisitiva.

8 1996, II (núm. 1°)

S. TS 24 de mayo de 1995

Presupuesta la validez de los pactos documentados por las partes y del contenido real de los mismos ha de prosperar la petición de la parte actora de que dicho documento se eleve a

escritura pública. En consecuencia se desestima lo solicitado de la parte demandada que pretendía la nulidad de tales acuerdos alegando la falta de consentimiento de la esposa de uno de los contrantes, puesto que aun siendo preciso el consentimiento de ambos cónyuges para realizar actos de disposición sobre bienes gananciales, es doctrina jurisprudencial que el consentimiento de la mujer puede ser expreso o tácito, anterior o posterior al negocio y también inferido de las circunstancias concurrentes.

7 1996, II (núm. 1º)

S. TSJA 5 de julio de 1995

Aunque el actor contrató con el marido y aunque éste contrató solo, evidentemente lo hizo en nombre de la sociedad conyugal y la esposa ha prestado un consentimiento tácito, que aparece evidenciado por su aquietamiento durante todo el tiempo que ha durado el contrato.

4 1996, II (núm. 1º)

S. JPI Zaragoza nº 13, 19 de julio de 1995

En aplicación del art. 48 Comp. y 1.385 2 Cc., cualquiera de los cónyuges está legitimado respecto del otro y respecto de tercero para la defensa del común, lo que supone, por contra, la facultad del tercero de accionar contra el cónyuge que frente a él ha aparecido como representante de la comunidad.

57 1997, III (núm. 1º)

S. JPI Zaragoza nº 14, 18 de noviembre de 1996

Con base en el art. 48.2.1º Comp. se desestima la falta de litisconsorcio pasivo necesario alegada (no se ha demandado también a la mujer) porque la litis no afecta a la titularidad o dominio del bien común, sino que se limita a una mera reclamación por realización de diversas obras; se trata de una cuestión atinente a la simple gestión de los bienes comunes que no exige el dirigir la demanda contra todos los comuneros, interpretación que debe incardinarse en la constante e inveterada doctrina jurisprudencial que reconoce a cada uno de los

copropietarios la facultad para comparecer en juicio en asuntos que afecten a los derechos de la comunidad, ya para ejercitarlos, ya para defenderlos.

76 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. JPII La Almunia 16 de noviembre de 1998

A tenor del art. 48 Comp. es preciso el consentimiento de ambos cónyuges para la enajenación de bienes comunes. La falta de dicho consentimiento implica la anulabilidad del contrato. La apreciación del consentimiento de los cónyuges para la realización de actos de disposición sobre bienes comunes es cuestión de hecho, cuya determinación corresponde al Juzgador de instancia, pudiendo ser el consentimiento expreso o tácito, anterior o posterior a la venta y también inferido de las circunstancias concurrentes, valiendo incluso para apreciar su concurrencia la pasividad y la no oposición a la venta conociendo la misma, tal y como acontece en el caso de autos.

22 2000, VI (núm. 1º)

S. APZ 14 de junio de 1999

La cuestión sometida a debate debe resolverse mediante la aplicación de los arts. 48 Comp. y los arts. 1322, 1377 y 1390 Cc. que en la materia litigiosa contienen una regulación idéntica y, por lo tanto, le son trasponibles la doctrina y la jurisprudencia que existe sobre la venta de bienes gananciales por uno de los cónyuges. Por ello, la venta de pisos y locales realizada por uno de los cónyuges, tras trece años de aquietamiento y conocimiento de la misma por el otro ha de considerarse válida y vinculante.

33 2000, VI (núm. 2º)

• ANTES DE LA REFORMA DE 1985

S. JPI Zaragoza nº 3, 10 de marzo de 1995

En 1979 el esposo vende a sus cuatro hermanos cuatro quintas partes de un inmueble de la comunidad consorcial, sin consentimiento de su mujer y a precio muy bajo. El Juez estima que el contrato es nulo de pleno derecho por

aplicación del art. 51 de la Comp. redacción de 1967), en relación con el art. 1413 del Cc. vigente en 1979.

47 1997, III (núm. 1º)

• **BIENES INCLUIDOS EN EL TRÁFICO HABITUAL DE LA PROFESIÓN DE UN CÓNYUGE**

S. TSJA 25 de marzo de 1992

Legitimación individual de cada cónyuge para la administración y disposición de los bienes comunes incluidos en el tráfico habitual de su profesión: no es necesario demandar al otro. Derecho transitorio.

6 1995, I (núm. 1º)

S. TSJA 10 de abril de 1995

Opción de compra otorgada por uno solo de los cónyuges sobre bienes consorciales: anulabilidad por falta de consentimiento uxorio al no haberse demostrado que este acto de enajenación pertenezca al tráfico habitual de la profesión, arte u oficio del cónyuge disponente. No procede aplicar a este supuesto el art. 42 Comp., pues el cónyuge disponente no ha ejercitado «facultades legales».

2 1996, II (núm. 1)

S. JPI Zaragoza nº 17, 9 de octubre de 2003

El contrato de arrendamiento con opción de compra de un bien de naturaleza ganancial celebrado sólo por el marido sin contar con el consentimiento de la esposa, sin perjuicio de la responsabilidad interna que hubiera contraído el marido frente al consorcio, debe ser considerado válido porque el mismo se incardina dentro del tráfico habitual de la profesión u oficio del marido, bastando con que concurra el cónyuge de que se trate, el cual, por sí sólo está legitimado frente a terceros, frente a los cuales la esposa no puede accionar, pues estamos ante una clara y rotunda excepción al régimen jurídico de la anulabilidad de los actos realizados

por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro.

54 2005-2006 (XI-XII)

S. APZ 7 de febrero de 2005

Se considera que se da el caso del art. 48-2 1º Comp., de legitimación del cónyuge profesional para gestionar bienes comunes que no están afectos a tal actividad o se generan y producen con su ejercicio, conforme dice la doctrina. En materia de legitimación se parte de la presunción de que los bienes comunes que sean propios del tráfico profesional habitual están afectos a tal ejercicio y están encomendados a la administración y disposición del cónyuge profesional, que es lo que interesa a terceros.

33 2007, XIII

• **CONSENTIMIENTO TÁCITO**

S. APZ 7 de febrero de 2005

Contrato de arrendamiento por 10 años y con opción de compra sobre inmueble consorcial otorgado exclusivamente por el marido. La Audiencia, con cita de jurisprudencia del TS sobre el art. 1377, aprecia que la esposa en el supuesto de autos prestó consentimiento tácito a dicho contrato, porque realizó actuaciones que manifiestan ese consentimiento tácito y resultan incompatibles con una voluntad diversa del consentimiento cuestionado.

33 2007, XIII

• **DEFENSA DE BIENES Y DERECHOS**

S. JPI Zaragoza nº 13, 8 de marzo de 1996

La esposa se halla plenamente legitimada, conforme al art. 48.2 Comp. y 1564 Lec., para ejercitar la acción de reclamación de rentas debidas, resolución de contrato de arrendamiento y desahucio en relación a una finca inscrita a nombre de la sociedad conyugal, aunque fuera el marido de la actora quien contrató el arrendamiento con el demandado.

61 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APZ 16 de noviembre de 1999

La parte demanda alega defecto litisconsorcial al no haber sido llamada al proceso su cónyuge. Sin embargo, es constante la jurisprudencia que a tales efectos distingue en las relaciones matrimoniales entre las dimanantes de los derechos reales y la derivadas de sus obligaciones. Los primeros exigen que ambos esposos estén presentes en la litis, sin embargo en los segundos tal presencia no es inexcusable, y cualquiera de los cónyuges es apto para defender (activa o pasivamente) los intereses de la sociedad matrimonial: arts. 1385 Cc. y 48 Comp.)

44 2000, VI (núm. 2º)*A. JPI Zaragoza nº 14, 16 de mayo de 2005*

La solicitud de nulidad de un contrato exige que sean parte en el proceso todos quienes lo fueron en el contrato, excediendo esta cuestión, en el caso de comuneros (marido y mujer), de lo que es un simple acto de administración, pues de la resolución que se dicte, caso de estimarse, resultarían obligaciones para todas las partes contratantes que difícilmente se le podrían exigir a quien no ha sido parte en el proceso. Los actos de defensa judicial que el art. 48-3 Lrem. autoriza a realizar por sí solo a cada uno de los cónyuges sobre los bienes comunes (por ejemplo, plantear un interdicto o un desahucio o una reclamación de rentas o cantidades adeudadas) no encajan en lo que es objeto de la litis, pretensión que excede de lo que es un simple acto de defensa judicial del patrimonio (y mucho menos de administración) y para la que no está legitimado para accionar uno de los cónyuges independientemente del otro.

60 2007, XIII*S. JPI Zaragoza nº 14, 8 de mayo de 2007*

El actor entregó al codemandado, en 2006, 100.000 pts. (600 euros) en concepto de señal por la compra de una vivienda, cantidad que le fue devuelta dos días después por la esposa de éste (codemandada), al haber vendido la vivienda a una tercera persona, por lo que reclama la

condena solidaria de los demandados al abono de otros 600 euros por considerar que estamos en un supuesto de las penitenciales del art. 1454 Cc. Se alega falta de legitimación pasiva de la esposa. Al ser el bien consorcial y tratarse de un acto de gestión para el que no está legitimado uno sólo de los cónyuges (art. 48 Lrem.), es evidente que la esposa se encuentra legitimada pasivamente en el presente pleito.

57 RDCA 2009, XV*S. JPI Zaragoza nº 14, 22 de mayo de 2007*

El marido y actor puede reclamar una factura que viene a nombre de la esposa pues la deuda contraída por la mujer con la empresa de alquiler de vehículos era común (art. 36-1-e Lrem.), estando legitimado cualquiera de los cónyuges para realizar por sí solo sobre los bienes que integran el patrimonio común (en este caso sobre el derecho de reclamar la deuda) actos de defensa judicial (art. 8.c) Lrem.).

60 RDCA 2009, XV• **INOPONIBILIDAD***S. JPI Monzón nº 2, 13 de diciembre de 2004*

Al no haber consentido la mujer la venta de los bienes inmuebles consorciales efectuada por el marido, ni haber transcurrido más de cuatro años desde que tuvo conocimiento de la venta, y dado que tampoco ha habido confirmación expresa ni tácita, procede estimar la demanda de la mujer y declarar la inoponibilidad y consiguiente anulabilidad del contrato privado de compraventa para la actora (arts. 1322 y 1377 Cc. en relación los arts. 51 y 53 Lrem.). La estimación de lo anterior en el sentido de que para la validez plena del contrato litigioso era preciso el consentimiento de la actora supone la declaración de que el negocio nació con un vicio determinante de nulidad, por tanto debe anularse el contrato litigioso (art. 1322 Cc.).

88 2005-2006 (XI-XII)

S. APH 31 de enero de 2008

Los compradores de dos inmuebles consorciales vendidos por el marido sin el consentimiento de la mujer piden judicialmente la elevación de la compraventa a escritura pública; los vendedores reconviene y piden se declare que la compraventa de los dos inmuebles consorciales en la que no ha sido parte ni consentido la esposa le es inoponible, por lo que procede la restitución de dichas fincas al patrimonio común. La sentencia de instancia declara la inoponibilidad de la compraventa; la de la Audiencia añade que también procede la segunda pretensión reconvenzional: la restitución al patrimonio común, todo ello en aplicación del art. 53 Lrem. En la apelación se imponen las costas de la primera instancia, tanto las causadas por la demanda como por la reconvencción, a los actores principales.

13 RDCA-2010-XVI• **RESCISIÓN POR FRAUDE***S. APZ 20 de octubre de 2009*

Las participaciones sociales de una sociedad civil constituida constante matrimonio, sin prueba de que su adquisición se hiciera con dinero privativo del esposo, son bienes comunes (28.2, j y k Lrem.). Uno de los contrapesos a la agilidad de la disposición de bienes comunes frente a terceros es la posibilidad de rescisión por fraude (art. 54 Lrem.). Las participaciones sociales son bienes comunes, han sido vendidas por el marido a sus hermanas por un precio notoriamente alejado del real con la finalidad de evitar que formaran parte de los bienes susceptibles de liquidación en el proceso de divorcio, con lo que se aprecia que hay «consilium fraudis» y se rescinde la compraventa.

51 RDCA 2011, XVII**BIENES EN COPROPIEDAD***S. TSJA 13 de febrero de 1992*

Nulidad de la venta de un bien copropiedad del patrimonio común y el privativo del esposo por haber sido realizada sin el consen-

timiento del otro comunero (la esposa). Se requiere unanimidad de los copartícipes ex art. 397 Cc.

5 1995, I (núm. 1º)**GESTIÓN DE LOS BIENES PRIVATIVOS***S. APH 10 de julio de 1995*

Las fincas discutidas son privativas de los demandantes reconvenidos, al haberlas adquirido por herencia (art. 38.1 Comp.), correspondiéndoles a ellos, en consecuencia, la administración y disposición sobre dichos bienes (art. 51 Comp.), por ello la cuestión debatida no puede afectar a las esposas directamente, puesto que si sus maridos pueden vender sus propias fincas sin la intervención de sus cónyuges, con mayor motivo pueden defenderlas en juicio sin la mediación de sus consortes.

18 1997, III (núm. 1º)*S. APH 5 de octubre de 1995*

La finca en cuestión es un bien privativo de la demandada; en consecuencia, a ella le corresponde su administración y disposición (art. 51. Comp.), sin necesitar para ello que en el proceso intervenga su cónyuge, pues aun cuando el proceso pudiera afectar a éste de forma refleja, su interés protege lo puede ejercitar al hacerse efectivo su derecho de viudedad.

19 1997, III (núm. 1º)*S. APH 4 de septiembre de 1996*

Con la demanda se pretende el reconocimiento de la existencia de una servidumbre de paso sobre una finca del demandado; siendo la finca privativa de éste no es precisa la intervención en el proceso de su cónyuge, aunque exista el derecho expectante de viudedad (Ss. APH 11 enero, 10 julio y 5 octubre 1995); la fiducia pactada por los cónyuges en 1958 no altera la titularidad de los bienes de cada uno de ellos; y tampoco puede apreciarse la excepción de litisconsorcio pasivo necesario por el hecho de que los cónyuges hayan instituido como heredero de ambos a su hijo Miguel Ángel, pues la cosa

litigiosa sigue perteneciendo actualmente, con carácter privativo, al demandado.

10 1997, III (núm. 2°)

S. APH 10 de junio de 1997

Al cónyuge titular le corresponde la propia gestión de sus bienes privativos, tal y como señala el art. 51 Comp., pudiendo vender su propia finca sin la intervención de su consorte.

10 1998, IV (núms. 1° y 2°)

• **DERECHO EXPECTANTE**

S. APH 29 de octubre de 1996

El inmueble adquirido a título lucrativo durante el matrimonio tiene la consideración de bien privativo (art. 38 Comp.) y en base a los arts. 51 y 76.1° y 2° Comp. los titulares se hallan facultados para su enajenación, teniendo facultad dispositiva sobre el mismo sin precisar del consentimiento conyugal, aunque quede subsistente el derecho expectante de viudedad foral en favor de los cónyuges de los vendedores al no constar la específica renuncia a tal derecho.

13 1997, III (núm. 2°)

• **LEGITIMACIÓN PASIVA**

S. APH 8 de marzo de 2002

Los derechos que se ventilan en este juicio son de carácter hereditario, por tanto los bienes a los que afectan son privativos de la esposa, art. 38.1 Comp., y es al cónyuge titular al que corresponde la disposición de sus propios bienes, como señala el art. 51 Comp. Por ello, la cuestión debatida no puede afectar directamente a su consorte, por ello carece éste de legitimación pasiva en el proceso puesto que es la titular de los bienes quien puede defenderlos en juicio sin la intervención de su consorte.

49 2003-2004 (IX-X)

• **REINVERSIÓN EN EL NEGOCIO PRIVATIVO**

S. TSJA 9 de mayo de 2000

El reinvertir en el negocio propio (farmacia) parte de los rendimientos del mismo para

su mejora supone la improcedencia de pretender el reintegro de los mismos cuando no existe la menor prueba de que los gastos se hicieran sin causa (art. 47.1 Comp.) y por el contrario deben estimarse legalmente como cargas propias de la comunidad.

1 2000, VI (núm. 1°)

• **RESPONSABILIDAD**

S. APZ 11 de julio de 1994

El demandado apelado vende un inmueble privativo, haciéndose cargo de los gastos de comunidad los compradores, siendo esta deuda a cargo del vendedor. De la reintegración de la misma a los compradores responde el patrimonio privativo del cónyuge deudor.

36 1996, II (núm. 1°)

• **VIVIENDA FAMILIAR**

S. JP II Jaca n° 2, 1 de septiembre de 1994

Se dice que, «a mayor abundamiento cabría invocar el art. 51 de la Compilación», pero que no hay nada que oponer a la cita del art. 1.320 Cc. Se citan, asimismo, los arts. 1.318 y 1.347 Cc.

18 1996, II (núm. 2°)

S. APH 25 de mayo de 1995

La mitad indivisa de la vivienda familiar correspondiente al marido fue embargada y adjudicada al demandante. Posteriormente la sentencia de separación conyugal atribuye el uso exclusivo de la vivienda familiar a la esposa y los hijos. El adjudicatario de la mitad indivisa pide ahora la nulidad del derecho de uso exclusivo de la esposa. La AP declara que no puede prosperar la petición de nulidad, pero que el «ius posesionis» de la esposa sobre toda la vivienda familiar no puede perjudicar al actor porque éste adquirió su mitad indivisa en subasta judicial y los arts. 96.4°, 1320 Cc. y 51 Comp. no se aplican en los supuestos de ejecución o enajenación forzosa.

16 1997, III (núm. 1°)

S. APT 23 de noviembre de 1998

En la sentencia de separación de los esposos se acordó el uso provisional por la esposa de la vivienda familiar arrendada al marido por su empresa. El marido renuncia a su derecho de arrendamiento y la empresa reclama a la esposa por carecer de título para poseer. La Audiencia entiende que el derecho de arrendamiento es bien común, reconoce a la esposa el carácter de cotitular del contrato de referencia y declara que la renuncia del marido a él solo puede afectarle (art. 6.2 Cc.)

27 1999, V (núm. 2º)

LEGADO DE BIENES CONSORCIALES*S. TS 28 de septiembre de 1998*

El TS considera aplicables al legado de bienes de la comunidad conyugal aragonesa los arts. 1379 y 1380 Cc.

6 RDCA 1999, V (núm. 1º)

S. APH 25 de junio de 2005

En el caso de autos existe un legado de bien consorcial, pues tal era la naturaleza de la vivienda cuando se otorgó el testamento mancomunado, de forma que el art. 1.380 Cc. debe ser aplicado directamente y sin recurrir a la analogía. Dicha norma permite que cualquiera de los cónyuges puede disponer mortis causa de un bien ganancial pese a que antes de la partición ninguno de los cónyuges tiene el poder exclusivo sobre cualquiera de los bienes que forman el activo. En este caso al testar mancomunadamente cabe añadir que el cónyuge no disponente del legado también concurrió al otorgamiento, por ello la liquidación del patrimonio consorcial de los testadores pasaría por atribuir al padre de los litigantes la totalidad de la vivienda legada. En la actualidad, la misma solución del art. 1.380 ofrece el art. 56.2 Lrem.

26 RDCA 2007, XIII

S. APH 19 de diciembre de 2006

Al fallecer uno de los cónyuges, no se le transmite al otro la mitad de cada bien, sino la mitad abstracta de los bienes comunes, ya que

tras la disolución del matrimonio estamos ante una sociedad posconsorcial. Fue en esta situación cuando el esposo superviviente otorgó el testamento modificativo que ahora se impugna y legó a su sobrina determinadas fincas rústicas. A falta de previsión legal en aquel momento de cómo valorar el legado de bienes consorciales se ha de aplicar supletoriamente el art. 1380 Cc., que establece la validez del legado, concretado en las fincas, si tras la liquidación son las que le corresponden a él en la adjudicación o, de no ser así, se entregará al legatario el valor que tuvieran al tiempo de la delación. Esto es lo que ahora dispone el art. 56.2.c. Lrem.

32 RDCA 2008, XIV

S. JPII Teruel nº 2, 10 de enero de 2007

La sentencia recaída en el procedimiento de división de herencia no tiene valor de cosa juzgada, pudiendo los interesados hacer valer los derechos que crean corresponderles sobre los bienes adjudicados en el juicio ordinario que corresponda (787-5 Lec.). El cauce procesal es el adecuado, pero las pretensiones del demandante se desestiman porque el objeto del legado son los derechos que a la testadora pudieran corresponderle en unos bienes consorciales. Lo que no le da derecho a reclamar la mitad de la propiedad de los bienes legados y adjudicados en la partición judicial a otros hermanos, sino el valor de dicha mitad. No es un legado de cosa cierta y determinada.

52 RDCA 2009, XV

S. TSJA 26 de noviembre de 2007

La causante lega a uno de sus cinco hijos «todos los derechos que pudieran corresponderle (a ella) en una casa, una cochera y un terreno, todos ellos consorciales». El recurrente considera que tiene derecho a la mitad indivisa de cada uno de los bienes, por aplicación del 162 Lsuc., solución y derecho que también le proporciona el art. 56 Lrem. Ni una ni otra norma le atribuyen la mitad de los bienes al recurrente, pues su causante le lega «derechos»; además al caso de autos, DT 2ª Lrem., no le es aplicable el art. 56 (aunque la solución sería la misma de haber sido aplicable), sino el 1380 del

Cc., al no estar vigente la Lrem. Una vez establecida la aplicación del 1380 Cc., se trata de determinar si dicho precepto impone una liquidación previa como pretende el recurrente o no. En un caso como este es posible prescindir de la liquidación, el legado se limita al valor de la mitad del bien, siendo válido el cuaderno particional, que así lo dispone.

14 RDCA 2008, XIV

6634: CONSORCIO CONYUGAL: DISOLUCIÓN. LA COMUNIDAD POSCONSORCIAL

CAUSAS

S. APZ 19 de febrero de 1998

La disolución de la comunidad legal de bienes tiene lugar, unas veces, de modo automático, u «ope legis», como son los supuestos que contempla el art. 1.392 Cc., al que se remite el art. 52 la Comp. Otras veces, como en el presente, es precisa la previa petición de uno de los cónyuges, al concurrir alguna de las causas previstas en el art. 1.393 Cc., al que también se remite el art. 52 Comp.

37 1999, V (núm. 2º)

S. JPI Zaragoza nº 2, 11 de diciembre de 1998

En el caso de autos la comunidad conyugal está ya disuelta por la muerte de uno de los cónyuges (arts. 52.22º Comp. y 1392.1º y 5 Cc.).

23 2000, VI (núm. 1º)

S. APH 19 de marzo de 2007

Para disolver la sociedad conyugal por voluntad de los cónyuges es preciso 1º el otorgamiento de escritura pública, así resulta de los arts. 62 y 13-2 Lrem., y 2º hay que tener en cuenta que la liquidación no puede hacerse antes de que la disolución tenga lugar de forma que la liquidación del régimen económico matrimonial no pudo haberse realizado en documento privado, y aunque es cierto que la concreta liquidación sí puede realizarse en este tipo de documentos, no es posible realizarla

cuando la disolución del régimen aún no ha tenido lugar.

24 RDCA 2009, XV

• CONVENIO MATRIMONIAL

S. APH 16 de noviembre de 1998

En convenio matrimonial aprobado por la sentencia de separación los cónyuges acordaron la disolución de la comunidad conyugal, relacionaron el haber consorcial y se distribuyeron los bienes que lo componían. La firmeza de la sentencia de separación conllevó la disolución de la comunidad conyugal legal por acuerdo expreso de los cónyuges y por disposición legal (arts. 95 Cc. y 52.2º Comp., este último en relación con el 1392.3º Cc.); desde ese momento el convenio produce los mismos efectos que si la disolución, liquidación y división se hubiera pactado en escritura pública, y supone también una forma de tradición instrumental (art. 1462.2ºc., por analogía). La nueva situación es oponible a los acreedores posteriores aunque no se haya inscrito todavía la sentencia en el Registro Civil o en el Registro de la Propiedad.

22 1999, V (núm. 2º)

• DIVORCIO

S. JPI Teruel nº 1, 31 de julio de 1996

En juicio de disolución del matrimonio por divorcio se afirma que todas las medidas económico-matrimoniales reclamadas tanto por el marido como por la mujer, salvo la relativa a la pensión compensatoria, son consecuencia del pronunciamiento de divorcio a tenor de los arts. 52 Comp. y 102, 325 y 1392.1º Cc.

70 1998, IV (núms. 1º y 2º)

• EMBARGO DE BIENES COMUNES POR DEUDAS PRIVATIVAS

S. APZ 4 de febrero de 1995

El art. 52 de la Compilación contiene una remisión expresa a los arts. 1392 y 1393 del Cc., y en este último se contempla la disolución de

la sociedad conyugal por el embargo de la parte de un cónyuge por deudas propias del otro, regulada en el art. 1373, con lo que este precepto es de aplicación en este territorio foral, y contiene un derecho o facultad del cónyuge no deudor, que complementa lo dispuesto sobre deudas posteriores (al matrimonio) privativas, en el art. 46 de la Compilación.

31 1997, III (núm. 1º)

A. APZ 12 de mayo de 1997

La aplicación de las consecuencias del art. 1373 exigen como *prius* ineludible el que la deuda sea propia del esposo demandado. No procediendo su aplicación cuando la deuda es ganancial. En el presente caso no puede admitirse la presunción de privatividad de la deuda, pero la presunción contraria tampoco puede impedir a la esposa del demandado que acredite la privatividad de la misma.

42 1998, IV (núms. 1º y 2º)

• **SEPARACIÓN DE HECHO**

S. JPI Zaragoza nº 14, 10 de septiembre de 1999

Los bienes reclamados, en virtud de la vecindad aragonesa de los cónyuges deberían ser comunes, ex art. 37.1 Comp., pero lo cierto es que en el momento de adquirirse dicho bien el matrimonio llevaba separado de hecho 4 años, separación que excluye el fundamento de la comunicación de bienes ganados. La reclamación del actor es un acto contrario a la buena fe con manifiesto abuso de derecho, y por ello no puede reclamar la elevación a escritura pública de los contratos celebrados por su esposa.

69 2001-2002 (VII-VIII)

S. JPI Zaragoza nº 14, 28 de marzo de 2003

Pretende la actora alegar la existencia de separación de hecho entre los cónyuges a los efectos de calificar la deuda contraída por marido durante ese tiempo como privativa. La separación de hecho se ha considerado relevante a los efectos de considerar disuelta la comunidad conyugal respecto del activo, y en este caso, lo que se

discute es el pasivo. Además, ha quedado demostrado que pese a estar separados de hecho los cónyuges no estaba disuelta su comunidad conyugal por cuanto efectuaron compras y gravaron conjuntamente el bien ahora embargado, durante ese período de tiempo. En este caso la separación de hecho de los cónyuges no significó la disolución automática de la sociedad.

48 2005-2006 (XI-XII)

S. APZ 3 de marzo de 2009

La regla general sobre el «dies a quo» de la disolución del consorcio conyugal de pleno derecho es la sentada por el art. 62 Lrem. ni la jurisprudencia excepciona la citada regla general y declara que la separación de hecho libremente consentida excluye el fundamento de la sociedad de gananciales, reserva la aplicación de esa doctrina a ceses en la convivencia durante un período muy prolongado de tiempo, o en los que, sin cuantificar el período necesario, se exige que la separación sea seria, prolongada y demostrada, constando una inequívoca voluntad de poner fin al régimen económico matrimonial y concluir sobre la existencia de gastos hechos en el exclusivo beneficio de quien los lleva a cabo.

43 RDCA 2011, XVII

COMUNIDAD POSCONSORCIAL

S. APZ 20 de julio de 1999

La separación de los cónyuges acordada en resolución judicial de medidas provisionales a petición de la esposa determinó el cese de la convivencia conyugal, este estado de cosas se prolongó hasta la sentencia firme de separación continuando posteriormente, en tal situación no cabe (en la relación interpartes) que los cónyuges reclamen como bienes gananciales los ingresos generados por el trabajo de cada uno de ellos, toda vez que ha desaparecido el fundamento del consorcio que es la convivencia, subsistiendo la sociedad conyugal en cuanto a los bienes que en el momento de la separación tenían tal carácter, quedando asimismo a salvo los derechos de los acreedores.

38 2000, VI (núm. 2º)

S. TSJA 24 de mayo de 2002

Reflexiones sobre su origen, régimen, naturaleza, duración y extinción.

10 2001-2002 (VII-VIII)*S. APH 19 de enero de 2005*

La comunidad posconsorcial nace desde la dislocación de la sociedad conyugal y termina con la efectiva liquidación de la misma lo cual implica que, como dijimos en nuestras ss. 22 junio 2001 y 28 octubre 2003, de no separarse ambas liquidaciones, nunca vamos a tener un inventario terminado sobre el que iniciar las operaciones particionales pues siempre habrá pendiente de incluir alguna renta, fruto o gasto generado por los bienes comunes durante el tiempo empleado en las operaciones divisorias. Por ello, a falta de acuerdo entre los litigantes, al establecer ahora el inventario únicamente cabe considerar la liquidación de los derechos de la sociedad consorcial propiamente dicha, sin perjuicio de que una vez concluida los esposos puedan rendirse cuentas sobre la administración de los bienes comunes desde la disolución hasta su efectiva liquidación, procediendo entonces a liquidar la sociedad posconsorcial.

21 2007, XIII• **ADQUISICIÓN DE BIENES***S. APZ 16 de enero de 2006*

En la comunidad posconsorcial no es invocable la presunción de comunidad ex art. 40 Comp. respecto de bienes adquiridos después de la disolución del consorcio conyugal. El empleo de dinero común por un partícipe para adquirir un bien para él lo único que genera es un derecho de crédito a favor de la comunidad posconsorcial, pero no la propiedad de ésta sobre el bien.

40 RDCA-2008-XIV• **BIENES COMUNES***S. JPII Calatayud n° 2, 26 de noviembre de 2007*

Desde la fecha del Auto de admisión a trámite de la demanda de divorcio se disolvió el consorcio conyugal: éste ya no existe, no se apli-

can sus normas reguladoras, pero tras ella, y en tanto no se divida, existe una sociedad posconsorcial regulada en los arts. 68 a 75 Lrem. Por ello, los frutos y rendimientos de los bienes comunes, las subvenciones recibidas por los mismos forman parte de dicha sociedad y tienen la calificación de bienes comunes aun cuando se hayan adquirido tras la disolución del consorcio conyugal; ex art. 68 Lrem.

71 RDCA 2009, XV• **BIENES COMUNES: PARTICIPACIONES SOCIALES***S. APT 11 de octubre de 2013*

Aunque las participaciones sociales pertenezcan a la comunidad conyugal, el ejercicio de los derechos derivados de la misma corresponde al copropietario que figure como socio de la misma, tal y como se desprende de los Artículos 104 de la Ley de Sociedades Anónimas, 49 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 232 CDFA, y ello porque el hecho de ser cónyuge del socio, no atribuye al mismo dicha condición, sino únicamente el derecho a percibir los derechos económicos de las participaciones sociales derivadas de la cuota consorcial que se les pueda atribuir, todo ello sin perjuicio de las responsabilidades en que pueda incurrir respecto del otro copartícipe, que podrá ejercitar las facultades previstas en los Artículos 228 y 241 CDFA; lo que conduce inexorablemente a desestimar el recurso y confirmar íntegramente la resolución recurrida.

44 RDCA-XX-2014• **DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR***S. JPI Zaragoza n° 17, 23 de octubre de 2004*

La vivienda familiar es consorcial y el uso de la misma lo tiene atribuido, por la sentencia de separación, la demandante. Extinguido el consorcio, surge una comunidad postconsorcial. El derecho de uso de la vivienda atribuido por sentencia participa de la naturaleza de un derecho real, «sui generis» o catalogable como derecho de uso y de conformidad con los arts.

500, 501 y 527 Cc., al usuario le incumbe pechar con las reparaciones ordinarias de la cosa, consecuencia del uso natural de la cosa, o que se caracterizan por su previsibilidad, soportabilidad y normalidad. El arreglo de parte del tejado excede de lo ordinario por lo que debe ser abonado al 50% por los cónyuges.

110 2005-2006 (XI-XII)

S. APZ 17 de noviembre de 2005

Respecto al pago del IBI de la vivienda familiar atribuida en uso a la esposa y los hijos, es preciso tener en cuenta que el derecho de «uso» no es una atribución patrimonial, sino que regula la utilización del bien en atención a necesidades de naturaleza vital. Así se deduce del art. 96 Cc. que permite atribuir ese uso incluso al cónyuge no titular del bien. Por lo tanto, esa connotación «cuasi alimenticia» podrá conllevar aparejadas unas obligaciones correspondientes a ese «uso»; es decir, luz, agua, etc. Pero no las inherentes al contenido dominical del inmueble. Por ello, el IBI que grava la propiedad del inmueble será de cargo de la propiedad del mismo, no del accidental o temporal usuario. Lo mismo cabe decir de las cuotas extraordinarias de la comunidad que correspondan a mejoras estructurales y no a aumentos de consumo.

53 2007, XIII

• **DISOLUCIÓN POR CAUSA DISTINTA DE LA MUERTE**

S. APH 29 de febrero de 2008

Los alimentos a los hijos y, en su caso, las pensiones alimenticias ya establecidas suponen un crédito privativo y la correlativa deuda privativa a favor y en contra del consorte correspondiente, de forma que solo conciernen a los patrimonios privativos de los contendientes y son completamente ajenos a la sociedad consorcial e incluso a la comunidad que continúa tras su disolución.

15 RDCA-2010-XVI

• **DISPOSICIÓN DE BIENES COMUNES**

S. TSJA 20 de diciembre de 2004

Una vez disuelta la comunidad conyugal por la separación matrimonial los bienes que

hasta entonces habían tenido el carácter de consorcial pasan a integrar, hasta que se realice la correspondiente liquidación, una comunidad de bienes postmatrimonial, que deja de regirse, en cuanto a la administración y disposición, por las propias normas del consorcio foral, de tal modo que sobre la totalidad de los bienes que la integran, ambos cónyuges (o el supérstite con los herederos del premuerto) ostentan una cotitularidad que no permite que cada uno de ellos pueda por sí solo disponer de los bienes que la integran, estando viciado de nulidad el acto dispositivo realizado. A los actos dispositivos de bienes concretos o singulares resulta aplicable el art. 397 Cc. y no los preceptos que regulan la disposición de bienes consorciales en la Comp., puesto que el consorcio conyugal ha quedado disuelto.

1 2005-2006 (XI-XII)

S. APZ 16 de enero de 2006

No hay cuotas sobre cada uno de los bienes. Naturaleza jurídica. Los actos dispositivos de bienes comunes han de hacerse con el consentimiento de todos los comuneros (art. 397 Cc.). La disposición testamentaria de un bien común creyendo que es privativo del testador deviene ineficaz.

40 RDCA-2008-XIV

S. APT 19 de julio de 2006

Presunción de comunidad de los bienes adquiridos constante matrimonio (art. 40 Comp. y 35 Lrem.). Al disolverse el consorcio conyugal los bienes comunes pasan a formar parte de la comunidad posconsorcial, que deja de regirse, en cuanto a la administración y disposición, por las normas propias del consorcio conyugal. La enajenación de bienes comunes requiere la unanimidad de todos los partícipes (arts. 397 y 398 Cc.), por lo que los actos dispositivos realizados sin el consentimiento de todos son nulos de pleno derecho.

36 RDCA-2008-XIV

S. APZ 23 de mayo de 2007

En la comunidad postmatrimonial el cónyuge supérstite y los herederos del premuerto

ostentan una cotitularidad que no permite que cada uno de ellos, por sí solo, pueda disponer aisladamente de los bienes concretos, estando viciado de nulidad el acto dispositivo así realizado.

46 RDCA 2009, XV

• **EMBARGO DE BIENES COMUNES**

A. APZ 14 de febrero de 2001

En el procedimiento de apremio sólo puede embargarse la global cuota consorcial del deudor y para que pueda afectar a bienes individuales habrá que proceder a la liquidación del consorcio, y «en tanto no se practique la liquidación se suspenderá la ejecución en lo relativo a bienes comunes» (541 Lec.). Ahora bien, pretende la recurrente que se le entregue en fase de apremio la totalidad del dinero obtenido con la realización de un vehículo común (actuación para la que ambos consintieron), adjudicándose la mitad del valor en pago de las pensiones reconocidas en la sentencia de separación y la otra mitad por considerarlo de su propiedad. Pretensiones que deniega el juez a quo. Pues bien, con base en la teleología de lo dispuesto en el art. 53 Comp. se demuestra que el legislador permite que los cónyuges, pendiente la liquidación, se nutran del patrimonio en liquidación para atender a sus necesidades. Por ello, en este punto debe estimarse el recurso.

31 2003-2004 (IX-X)

• **GESTIÓN**

S. APZ 21 de diciembre de 2009

Acreditada la falta de consenso entre los litigantes, hijos y herederos testamentarios de los cónyuges fallecidos, en cuanto a la administración de las 80 participaciones sociales que tienen el carácter de bienes comunes o consorciales del referido matrimonio, resulta procedente, conforme al art. 809.2 Lec., proveer sobre la administración de tales participaciones sociales hasta que concluya el proceso de liquidación del régimen económico de los padres, procediendo a la designación de administrador, lo que deberá llevarse cabo por el

Juzgado de Instancia en la correspondiente pieza incidental.

54 RDCA 2011, XVII

• **LIQUIDACIÓN**

S. APH 29 de octubre de 2007

La comunidad posconsorcial debe tener una liquidación distinta a la propia del consorcio. En otro caso, nunca vamos a tener un inventario terminado sobre el que iniciar las operaciones particionales propiamente dichas, pues siempre habrá pendiente de incluir en él alguna renta, fruto o gasto generado por los bienes comunes durante el tiempo empleado en las operaciones divisorias. Un vez terminadas las operaciones divisorias del consorcio propiamente dicho, los esposos pueden rendirse cuentas de la administración que hayan llevado sobre los bienes comunes desde la disolución del consorcio conyugal hasta su efectiva liquidación. En esta ulterior liquidación podrán discutirse los reintegros y reembolsos entre los patrimonios de los cónyuges y el común.

37 RDCA 2009, XV

• **NATURALEZA**

A. APZ 16 de julio de 1997

Entre la disolución de la sociedad de consorciales y la definitiva liquidación de la misma surge una comunidad postmatrimonial sobre la antigua masa ganancial, cuyo régimen es el de la cotitularidad ordinaria y en la que cada comunero ostenta una cuota abstracta sobre el «totum» ganancial, pero no una cuota concreta sobre cada uno de los bienes integrantes del mismo (STS 23 diciembre 1993).

49 1998, IV (núms. 1º y 2º)

A. APH 15 de julio de 1999

Existe un cuerpo de doctrina jurisprudencia sobre la naturaleza y régimen de la comunidad postmatrimonial que surge a la disolución de la sociedad de gananciales y dura hasta su definitiva liquidación, aplicable también al régimen consorcial aragonés. Comunidad que

estará integrada por los bienes que constituían el activo de la masa común en el momento de la disolución del consorcio, incrementados con los frutos que produzcan estos bienes, pero no con los de los bienes privativos ni sus productos o el trabajo de cada cónyuge, precisamente por la disolución de la comunidad (art. 37 Comp.).

14 2000, VI (núm. 2º)

A. APZ 14 de febrero de 2001

Disuelto el régimen económico del matrimonio, cada cotitular tiene un cuota abstracta sobre el conjunto indiviso, de la que puede disponer sin que puedan atribuirse cuotas individuales sobre bienes concretos. Se puede considerar como un patrimonio separado colectivo en cuanto conjunto de bienes con su propio ámbito de responsabilidad y con un régimen específico de gestión, disposición y liquidación, que presupone la actuación conjunta de ambos cónyuges o de sus respectivos herederos, y solamente cuando concluyan las operaciones liquidatorias, esta cuota sobre el todo cederá su lugar a las titulaciones singulares y concretas que a cada uno de ellos se le adjudiquen en las operaciones liquidatorias.

31 2003-2004 (IX-X)

S. APT 8 de junio de 2002

Disuelta la sociedad conyugal se produce una transmutación de la naturaleza de la misma, que pasa a ser considerada por la mayoría de la doctrina científica y la jurisprudencia de una comunidad germánica a una romana o por cuotas de tal manera que en principio y al no existir disposición testamentaria del causante, la mitad indivisa de los bienes comunes sería de sus hijos y la otra mitad del cónyuge sobreviviente, de modo y manera que éste podrá disponer de bienes concretos de la comunidad hereditaria, si eran comunes de su mitad indivisa por cualquier título no de la totalidad del bien por prohibirlo el art. 67 Comp. Ahora bien, tratándose de dinero (de 10 millones de una cuenta, dispone de algo más de 4), siendo éste sustancialmente divisible no pueden ser interpretadas de forma rigorista la teoría expuesta y habrá de considerarse válida la disposición, al margen de lo que luego se dirá.

56 2003-2004 (IX-X)

S. JPI Zaragoza nº 12, 22 de octubre de 2003

A falta de una regulación expresa en la Compilación (los arts. 36 y ss., y en particular el 48.2, no están referidos a la comunidad conyugal en liquidación) y en el Derecho supletorio, la jurisprudencia ha considerado que al disolverse el consorcio conyugal se modifican las características del patrimonio común, asimilando la situación (TS 17-2-92, 11-10-99, 16-5-00, 14-2-00) a una propiedad en mano común de tipo germánico en la que ambos cónyuges ostentan una titularidad común, que no permite a cada cónyuge disponer aisladamente de los bienes concretos integrantes de la misma, estando viciado de nulidad el acto dispositivo así realizado (TS1-12-98).

55 2005-2006 (XI-XII)

S. APZ 19 de febrero de 2004

La sociedad postganancial se asimila a una copropiedad en mano común de tipo germánico en la que ambos cónyuges ostentan una titularidad común, que no les permite disponer aisladamente de los bienes concretos integrantes de la misma, estando viciado de nulidad el acto dispositivo así realizado. Doctrina científica y jurisprudencial (cita sentencias del TS y de varias Audiencias) aplicable al Derecho aragonés, cuyos preceptos (arts. 68 y ss. Lrem.) no se refieren a la disposición entre vivos de bienes de esta sociedad.

70 2005-2006 (XI-XII)

S. TSJA 20 de diciembre de 2004

Para describir la situación jurídica de la comunidad postconsorcial se ha dicho de forma muy gráfica lo siguiente: el momento de disolverse la comunidad puede asimilarse a la detención de un móvil. Es decir: el móvil continúa existiendo, pero ya no es tal. El conjunto de bienes continúa perteneciendo a los cónyuges y sin cuotas determinadas sobre bienes concretos, pero ya no es el patrimonio de una comunidad conyugal: desaparecida su finalidad y cegadas las fuentes que lo nutrían, su régimen va a ser el de cualquiera conjuntos de bienes en cotitularidad ordinaria; cada partícipe tiene sobre el conjunto una cuota independiente homogé-

nea y alienable, el correspondiente derecho de intervenir en la administración de las cosas comunes y acción para pedir la división, gobernándose la comunidad por el régimen normal para la gestión y de unanimidad para los actos de disposición.

1 2005-2006 (XI-XII)

• **PASIVO**

S. APZ 22 de marzo de 2005

La renegociación de un préstamo consorcial realizada unilateralmente por el marido en un momento posterior a la disolución del consorcio conyugal no puede generar ningún pasivo en el consorcio, en el que deberá recogerse sólo el capital inicial del préstamo y sus intereses correspondientes, porque la administración del patrimonio disuelto y no liquidado exige el acuerdo de las partes y a falta de acuerdo decisión judicial (art. 54 Comp.). La sentencia se ocupa también de otras cuestiones relativas al pasivo a incluir en el inventario.

41 2007, XIII

S. APH 6 de septiembre de 2007

Los frutos y rendimientos de la explotación ganadera (negocio familiar) tras la disolución del consorcio conyugal y antes de su liquidación son comunes (art. 68-a Lrem.), por lo que no puede presumirse sin más que los pagos de los créditos hipotecarios sobre la vivienda y la granja, ahora reclamados, hubieran sido efectuados con dinero privativo del cónyuge administrador; a él le correspondía acreditar el origen privativo de los desembolsos que efectuó.

35 RDCA 2009, XV

• **RÉGIMEN JURÍDICO**

S. TSJA 20 de diciembre de 2004

La comunidad postmatrimonial comporta que los cónyuges mantienen la comunidad que ostentaban sobre los bienes consorciales, pero el régimen de dicha comunidad ya no puede ser el del consorcio foral, disuelto por sentencia

firme de separación, sino el de nueva comunidad que se inicia, en la que cada comunero ostenta una cuota abstracta sobre el totum consorcial, no una cuota concreta sobre cada uno de los bienes integrantes del mismo, cuya cuota abstracta subsiste hasta que se efectúen las operaciones de liquidación, materializándose en una parte concreta de bienes de los comuneros y mientras la liquidación no se efectúe, los actos dispositivos de bienes concretos o singulares han de hacerse por todos los interesados, siendo de aplicación lo dispuesto en el art. 397 Cc.

1 2005-2006 (XI-XII)

• **RESPONSABILIDAD DE LOS BIENES COMUNES**

A. Pres. TSJA 24 de diciembre de 1992

Todos los bienes comunes responden siempre, frente a terceros y responden los esposos con tales bienes, directamente frente al acreedor, por las deudas comunes. Y esa responsabilidad se prolonga más allá de la vigencia de la sociedad consorcial, al ser una responsabilidad personal y solidaria que, incluso, se extiende a los bienes privativos —«ultra vires»—, en ciertos supuestos (arts. 56.2 Comp. y 1398.1 Cc.).

51 1995, I (núm. 1º)

• **ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS**

S. APZ 24 de octubre de 1998

Proceso penal. Tras medidas provisionales que confieren a la mujer el uso exclusivo del domicilio conyugal, el marido, sirviéndose de llaves de local adjunto, logra sustraer unos cuadros, un teléfono y un fax, bienes presuntamente comunes e inventariados a efectos de la liquidación de la comunidad conyugal. La S. plantea cuál sea el régimen del matrimonio (en razón de la vecindad civil del marido en el momento de casarse, antes de 1990) y absuelve, indicando que la calificación penal correcta de los hechos sería la de falta de coacciones.

47 1999, V (núm. 2º)

• **MOMENTO**

S. JPI Zaragoza n° 6, 12 de junio de 1995

La fecha que, en el caso, debe tenerse en cuenta para determinar la situación económica del consorcio disuelto no puede ser otra que la de la sentencia de separación, tal como se deduce de los arts. 95 y 1394 Cc., de plena aplicación en Aragón.

55 1997, III (núm. 1°)

S. APH 18 de septiembre de 1997

La separación de hecho por sí misma no produce la disolución de la sociedad matrimonial, sino que es causa para que así se declare judicialmente a petición de parte interesada.

14 1998, IV (núms. 1° y 2°)

S. JPI Zaragoza n° 2, 11 de diciembre de 1998

La separación de hecho no produce por sí misma la disolución de la comunidad matrimonial. En el caso de autos, la misma se ha disuelto por fallecimiento de la esposa y a la fecha de su muerte habrá que referir los efectos de la disolución.

23 2000, VI (núm. 1°)

S. APH 29 de enero de 1999

La disolución del consorcio (art. 52 Comp.) por la separación del matrimonio tiene lugar «cuando judicialmente se decreta la separación de los cónyuges» (art. 1392), precepto que si se pone en relación con los 95 y 103.4ª Cc., lleva a la conclusión de que no hay norma alguna que prevenga el efecto retroactivo de la sentencia al tiempo de la demanda o de las medidas provisionales.

8 2000, VI (núm. 2°)

S. APZ 8 de mayo de 2001

No puede sostenerse que el piso comprado por el marido tras la separación matrimonial decretada por sentencia canónica en 1980,

deba considerarse común, alegando la demandada-apelante que pervivió entre los cónyuges el consorcio conyugal hasta 1994, fecha en la que se declara la eficacia civil de la sentencia de separación canónica.

A los efectos de disolución del consorcio conyugal se ha de estar a la fecha de la sentencia de separación, aun cuando esta sea canónica y, por lo tanto, el piso es privativo, pues disuelto el consorcio no resulta aplicable el art. 37 Comp.

38 2003-2004 (IX-X)

S. APT 8 de junio de 2002

Ocurrido el fallecimiento de uno de los cónyuges se produce la disolución de la sociedad conyugal (art. 53 Comp.) y que, hasta tanto no se adjudique el patrimonio, el cónyuge viudo lo administrará, con las facultades y limitaciones que se establecen en el mismo.

56 2003-2004 (IX-X)

S. JPII Calatayud n° 2, 26 de noviembre de 2007

Lo establece expresamente el art. 65 Lrem., en este caso sería desde la fecha de la sentencia de divorcio, pero el art. 65 permite también que el juez declare la retroactividad de la misma cuando se den circunstancias que lo aconsejen, y en este caso, como los cónyuges ya estaban separados de hecho con anterioridad al inicio del procedimiento, por ello parece conveniente que la fecha de la disolución se retrotraiga a la fecha del Auto por el que fue admitida a trámite la demanda de divorcio.

71 RDCA 2009, XV

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

• **FECHA DE LA DISOLUCIÓN**

S. JPI Monzón 15 de febrero de 1995

A tenor de lo dispuesto en el art. 52.2 de la Compilación Aragonesa y 1392.3 del Cc., la comunidad consorcial de muebles y adquisiciones debe entenderse disuelta desde la fecha de la firmeza de la sentencia de separación (arts. 95 y 1397-b Cc.)

44 1997, III (núm. 1º)

S. JPI Zaragoza nº 6, 10 de septiembre de 1996

La fecha que debe tenerse en cuenta para determinar la situación económica del consorcio disuelto no puede ser otra que la de la sentencia de separación, tal como se deduce de los arts. 95 y 1394 del Código civil, de plena aplicación en Aragón.

9 1999, V (núm. 1º)

S. APZ 2 de noviembre de 2004

La sentencia del juzgado retrotrae los efectos de la disolución del consorcio conyugal, producida por la sentencia de separación, a la fecha de la separación de hecho convencional en lo que a ganancias y activo patrimonial se refiere. La Audiencia recuerda que la jurisprudencia ha admitido la disolución del régimen económico matrimonial de bienes por la separación de hecho de los cónyuges, libremente consentida, en cuanto destruye el fundamento de la sociedad conyugal. Desestima el recurso que solicitaba se fijara como fecha de disolución la de la firmeza de la sentencia de separación o subsidiariamente la de admisión a trámite de la demanda de separación.

78 2005-2006 (XI-XII)

• **PREVIA SEPARACIÓN DE HECHO**

S. APZ 5 de abril de 2006

La regla general es que la disolución del consorcio se produce en la fecha de la sentencia de separación (art. 62 Lrem.). Sin embargo, la jurisprudencia ha matizado esa regla

general cuando la separación de hecho haya durado el suficiente tiempo como para eliminar la comunidad real de bienes que todo patrimonio común exige. Constatado que los cónyuges estaban separados de hecho tres años y medio ante de la sentencia de separación, será la fecha de la separación de hecho el momento al que habrá que acudir para determinar los efectos de la disolución del consorcio entre los cónyuges, sin perjuicio de las responsabilidades que los bienes comunes puedan tener frente a terceros. Desde ese momento los salarios y demás ingresos de los cónyuges ya no serán comunes.

47 RDCA-2008-XIV

• **RETROACCIÓN DE EFECTOS**

S. JPI Calamocha nº 1, 28 de octubre de 2004

La sentencia, conforme al art. 65 Lrem., retrotrae los efectos de la disolución del consorcio conyugal a la fecha del auto de admisión a trámite de la demanda de separación, dado que los cónyuges en este momento ya vivían separados desde hacía varios meses.

96 2005-2006 (XI-XII)

SEPARACIÓN LEGAL

S. APH 15 de diciembre de 1994

Activo: naturaleza privativa o común de determinados bienes; carácter común de las mejoras realizadas a costa del caudal común sobre bienes privativos de uno de los cónyuges; los bienes enajenados por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro se han de computar en el activo actualizando el importe de venta. Pasivo: deuda contraída por uno de los cónyuges antes del matrimonio para adquirir un bien común. Separación matrimonial: Los gastos de educación y crianza de los hijos son a cargo del caudal común, siendo su régimen jurídico el establecido en el art. 90 Cc. y no el del art. 41.1 de la Comp.

18 1996, II (núm. 1º)

S. APZ 19 de abril de 1995

Entre los efectos de la sentencia firme de separación matrimonial está el de la disolución del régimen económico conyugal (art. 95 Cc.) que ya no puede seguir siendo el consorcio aragonés ni ninguno otro de comunidad, y aunque los bienes comunes sigan siendo tales a modo de «comunidad post-matrimonial», al no haberse producido la liquidación del disuelto consorcio foral (en la sentencia de separación matrimonial, la liquidación del consorcio conyugal se dejó para el trámite de ejecución de sentencia).

35 1997, III (núm. 1º)

S. JPII Tarazona 18 de junio de 1997

La presente sentencia determina la disolución del régimen económico matrimonial, en este caso la comunidad legal del Derecho agonés (arts. 95 y 1392.3º Cc. en relación con el art. 52.2º Comp.). La liquidación del régimen deberá realizarse en ejecución de sentencia, o en su caso, en el juicio declarativo correspondiente (arts. 55 y ss. Comp., 1410 Cc. y 1817 Lec.)

19 1999, V (núm. 1º)

• **LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN**

A. APH 14 de octubre de 1998

La liquidación de sociedad conyugal en ejecución de sentencia dictada en el proceso matrimonial, en el particular relativo a la división y liquidación de la sociedad conyugal, deberá hacerse siguiéndose los trámites previstos en la Sección sexta del Capítulo III, título IV, del Libro Primero de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, si los cónyuges se rigen por el régimen consorcio.

19 1999, V (núm. 2º)

• **MEDIDAS PROVISIONALES**

A. JPII Ejea nº 1, 27 de diciembre de 1997

El régimen económico matrimonial de ambos cónyuges ha de quedar en suspenso, si bien, y en tanto no se disuelva tal comunidad, de conformidad con el art. 52 Comp. y 1392

Cc., ostentará la administración del vehículo, los saldos bancarios y la participación en la sociedad civil «hermanos Cembrano» el esposo. La administración del mobiliario de la vivienda, cuyo carácter privativo no se ha acreditado, corresponderá a la mujer.

30 1999, V (núm. 1º)

• **RESPONSABILIDAD POR DEUDAS**

S. JPI Zaragoza nº 14, 8 de febrero de 2000

La situación de separación legal entre los cónyuges, estando por lo tanto disuelta la sociedad conyugal, no significa que deba responder la demandada tan solo del 50% de los gastos reclamados. Porque, aun cuando esté disuelta, la sociedad conyugal no está liquidada; los bienes continúan inscritos en el Registro de la Propiedad a nombre de ambos y, por lo tanto, siendo ambos cónyuges separados propietarios del inmueble sobre el que se reclaman los gastos, deben responder de dicha deuda solidariamente.

50 2001-2002 (VII-VIII)

• **USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR**

S. JPI Zaragoza nº 6, 21 de febrero de 1995

Como en el pleito de separación judicial ambas partes han solicitado el uso del domicilio familiar, no hay otra solución que estudiar en este juicio si se trata de un bien privativo, en cuyo caso podrá usarlo inmediatamente su propietario, o consorcio, pues en este último supuesto, al no haber hijos menores del matrimonio, no se adjudicará el uso a ninguna de las partes para facilitar la liquidación.

46 1997, III (núm. 1º)

**6635: CONSORCIO CONYUGAL:
LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN**

S. TSJA 14 de junio de 2007

El recurrente, con poco fundamento, pretende la revisión de lo acordado en la liquida-

ción del consorcio conyugal considerando, sin demostrarlo, que determinados bienes deben ser privativos y no consorciales. Se ratifica la sentencia de apelada en la que se declara que realzados los bienes privativos del marido y convertidos en dinero que se ingresa en cuentas consorciales, ese dinero, por confusión, es consorcial; por ello, lo que con él se adquiera será también consorcial, si bien el marido, al tiempo de la liquidación, conservará frente al consorcio un derecho de crédito en razón del mismo.

8 RDCA 2008, XIV

ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

S. APH 9 de noviembre de 2006

La adjudicación del uso de la vivienda familiar no altera la parte que a cada cónyuge le corresponde en la sociedad conyugal en relación con dicho bien, si el mismo es consorcial, ni debe hablarse tampoco de una carga que pesa sobre el activo de dicha sociedad. En la liquidación de la sociedad conyugal sólo debe tenerse presente la adjudicación del uso de la vivienda familiar para respetar su existencia, pero sin computar dicho uso económicamente para disminuir el valor del activo o para computar el valor en el lote adjudicado a uno u otro cónyuge. La adjudicación del uso de la vivienda familiar se adopta en defensa del interés familiar más necesitado de protección, en realidad se trata de una clase de asistencia alimenticia peculiar para proporcionar cobijo o morada y se presta en especie que, como sucede con la pensión compensatoria, no se extingue por el mero hecho del divorcio, y que graba directamente al cónyuge titular del bien (consorcial o privativo), que se ve excluido del uso

31 RDCA 2008, XIV

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 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

AVENTAJAS

S. JPII Monzón 15 de febrero de 1995

Aunque la causa de disolución es distinta de la muerte de uno de los cónyuges, el juez no parece descartar la posibilidad de reclamar ventajas. De hecho, ante la reclamación efectuada por la esposa, recuerda que no existe cauce procesal para hacerla valer y la deniega por falta de prueba de la existencia de los bienes reclamados.

44 1997, III (núm. 1º)

S. JPII Huesca nº 2, 10 de diciembre de 1997

Los bienes muebles aportados por la esposa al matrimonio, con excepción de los incluidos en la presunción del art. 39, son bienes comunes. Ahora bien, conforme a los arts. 57 y 58 Comp., quien los aporta podrá interesar que se incluyan en su condición de ventaja (y ello con independencia de que el art. 57 hable de cónyuge sobreviviente, por aplicación del punto 3 del art. 56) o de adjudicación preferente

28 1999, V (núm. 1º)

A. APZ (Secc. 4ª) 9 de junio de 2003

La escopeta y los útiles de caza computados en el lote del marido no tienen la considera-

ción de ventajas, pero sí son un derecho de atribución preferente. Por ello, no siendo ventajas están bien computadas en el lote del marido, sólo si lo fueran se hubieran detraído antes de la formación del lote.

33 2005-2006 (XI-XII)

• *DERECHO DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE*

S. APZ 19 de abril de 1995

El art. 57 Comp. regula un derecho del cónyuge supérstite a retirar o detraer de los bienes comunes las llamadas «ventajas». El nacimiento de este derecho se produce, «ope legis», solamente en el caso de disolución de la sociedad conyugal por consecuencia del fallecimiento del cónyuge, tal como resulta de la dicción literal y del encuadre sistemático del art. 57 Comp., y los antecedentes históricos del precepto llevan a la misma conclusión. En el pleito la disolución del consorcio conyugal se había producido previamente a la muerte del esposo, por sentencia de separación matrimonial, por lo que la demandante carece del derecho de ventajas.

35 1997, III (núm. 1º)

• *FINALIDAD*

S. APZ 19 de abril de 1995

El derecho de ventajas no es una merced o atribución legal, basada en una liberalidad, para que el supérstite pueda retirar de la masa común determinados bienes a modo de legítima, sino que la ventaja supone la detracción de aquellos muebles comunes, pero de uso personal o de destino privativo, persiguiendo el fuero que la disolución del consorcio por muerte de un cónyuge no suponga en el viudo una interrupción radical en su forma de vida ordinaria, detrayendo esa parte de bienes necesarios a ese fin, que no tendrá que computar en la parte que en la sucesión le corresponda.

35 1997, III (núm. 1º)

• *INAPLICACIÓN DEL ART. 1321 Cc.*

S. APZ 19 de abril de 1995

La primera cuestión a resolver es la determinación del derecho aplicable pues en la de-

manda se funda la pretensión de las ropas, enseres y mobiliario que constituían el ajuar de la vivienda conyugal en los arts. 1321 Cc. y 57 Comp., preceptos que no pueden ser aplicados conjuntamente pues regulan la misma institución, en un caso para los cónyuges cuyo matrimonio se rija por el Código civil, en cuanto a sus efectos, y, el otro, cuando lo sea por el ordenamiento foral aragonés.

35 1997, III (núm. 1º)

COMPETENCIA

S. APZ 24 de septiembre de 1994

Liquidación y adjudicación de bienes de la sociedad de gananciales: Inventario y distribución de los bienes de la sociedad conyugal realizada por el Juez de instancia. Falta de competencia de los Juzgados de familia para realizar esta actuación.

39 1996, II (núm. 1º)

S. APZ 14 de noviembre de 1994

Liquidación y adjudicación de bienes de la sociedad de gananciales: Inventario y distribución de los bienes de la sociedad conyugal realizada por el Juez de instancia. Falta de competencia de los Juzgados de familia para realizar esta actuación.

43 1996, II (núm. 1º)

A. APZ 4 de mayo de 1995

Pese a que la materia es dudosa y no existe una jurisprudencia consolidada, a la vista de los arts. 90, 91 y 95 Cc., cabe entender que la liquidación del régimen matrimonial es una consecuencia de la separación, divorcio o nulidad (art. 95 en relación con el 1396), pudiendo hacerse en trámite de ejecución de sentencia por los Jueces de familia, discutiéndose únicamente si éstos dejan de ser competentes en caso de que se formule oposición, haciéndose contenciosa la liquidación; en tal situación, aunque se estime que las cuestiones contenciosas deben sustanciarse por los trámites del juicio declarativo que corresponda, no se trata de un proceso autónomo del que deba entender otro Juez, sino de un incidente de la ejecución del que

debe conocer el mismo Juez que entiende de ésta, tal como ocurre con las tercerías de dominio y de mejor derecho.

37 1997, III (núm. 1º)

S. JPI Zaragoza nº 13, 18 de enero de 1996

La demanda de rescisión de la liquidación pactada en capítulos de contenido exclusivamente patrimonial es de competencia de la jurisdicción civil ordinaria y no de los llamados juzgados de familia, por no ser la cuestión debatida de las expresa y legalmente a éstos reservadas.

57 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APH 28 de noviembre de 1996

La pretensión de liquidación y división de la sociedad conyugal disuelta por sentencia de separación fue rechazada por haberse seguido un procedimiento inadecuado (el declarativo de menor cuantía); posteriormente se instó la ejecución de la sentencia dictada en el proceso matrimonial y, en pieza separada seguida por el trámite de la testamentaría, se intentó la formación de inventario: por auto se dio por terminada la liquidación reservando a las partes su derecho a acudir al correspondiente declarativo. Interpuesto el nuevo menor cuantía, insiste el recurrente en que se aprecie la excepción de inadecuación del procedimiento que ahora es rechazada por haberse seguido hasta donde fue posible el cauce procesal del art. 55 Comp.

14 1997, III (núm. 2º)

S. TSJA 26 de febrero de 1999

Competencias de los llamados «Juzgados de Familia» para conocer de la liquidación de la comunidad conyugal de los matrimonios cuya nulidad, separación o divorcio han tramitado. Antecedentes y situación actual.

4 1999, V (núm. 1º)

• **CONVIVENCIA «MORE UXORIO»**

S. TSJA 29 de noviembre de 1996

En la liquidación del consorcio conyugal, tanto si se hace en ejecución de sentencia como en juicio declarativo ordinario, el Juez no debe

entrar a resolver las consecuencias económicas de la situación de convivencia de hecho, previa al matrimonio, que existió entre las partes; se trata de un problema ajeno al litigio y que no puede incluirse en el concepto de declaraciones meramente complementarias del tema.

3 1997, III (núm. 1º)

CONTRACTUAL

S. JPI Zaragoza nº 13, 18 de enero de 1996

Disuelta la comunidad conyugal por pacto expreso otorgado en forma de escritura pública, los cónyuges optaron por llevar a cabo en la propia escritura la liquidación de mutuo acuerdo, pactando lo que tuvieron por oportuno y excluyendo así la aplicación del régimen legalmente previsto para los casos de desacuerdo (fijación de inventario y adjudicación judicial de derechos y obligaciones derivados de la partición en la forma prevista en los arts. 55 y ss. Comp. y 1397 a 1409 Cc. y por los trámites de los arts. 1054 a 1093 Lec.) que es una normativa subsidiaria. Lo acordado se rige por las normas previstas para los contratos, por ello sólo en caso de nulidad, anulabilidad o rescisión cabría atender la petición de tener por no válida total o parcialmente la división practicada.

57 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. JPII Jaca nº 2, 22 de diciembre de 1998

No ha de perderse de vista que en la liquidación de la sociedad matrimonial a lo primero que se ha de estar es a lo expresamente pactado en capitulaciones matrimoniales, conforme al art. 23.1 Comp.; ya que las normas del capítulo segundo del título III, entre las que se encuentran las de la liquidación de la sociedad (arts. 55 y ss) sólo juegan en defecto de capítulos por disposición del art. 23.2 Comp.

25 2000, VI (núm. 1º)

S. APH 19 de marzo de 2007

La doctrina reconoce eficacia jurídica a los convenios interpartes aun cuando carezcan de

homologación judicial con base en el art. 1.255 Cc, si bien al no tener aprobación judicial carecerá de vía de apremio, pues así lo establece el art. 90 Cc., sin que ello suponga que lo acordado sobre materias disponibles carezca de valor. Ahora bien, en materia de liquidación de la sociedad matrimonial puede impedirse el cumplimiento de las obligaciones asumidas por cuanto el transcurso del tiempo entre el convenio privado y la liquidación puede hacer que varíen los valores de los bienes.

24 RDCA 2009, XV

S. APZ 2 de julio de 2007

La liquidación del haber consorcial se ha llevado a cabo por medio de convenio regulador conforme a lo dispuesto en el art. 90 Cc.y 777 Lec., por lo que ha de ser resaltado el carácter convencional de la liquidación que ahora se obvia, así como su inclusión en un pacto de mayor ámbito, cual es el convenio regulador, que da solución a un conjunto de intereses mediante diversos acuerdos que deben ser considerados en su conjunto. Hay que estar a lo pactado por los cónyuges voluntariamente. No se puede ignorar la liquidación llevada a cabo y reclamar ahora un reintegro por haber invertido dinero privativo en la adquisición de un inmueble común. Sería ir contra los propios actos (STS 26/2005).

48 RDCA 2009, XV

• DOCUMENTO PRIVADO

S. APH 19 de marzo de 2007

Para disolver la sociedad conyugal por voluntad de los cónyuges es preciso 1º el otorgamiento de escritura pública, así resulta de los arts. 62 y 13-2 Lrem., y 2º hay que tener en cuenta que la liquidación no puede hacerse antes de que la disolución tenga lugar de forma que la liquidación del régimen económico matrimonial no pudo haberse realizado en documento privado, y aunque es cierto que la concreta liquidación sí puede realizarse en este tipo de documentos, no es posible realizarla cuando la disolución del régimen aún no ha tenido lugar.

24 RDCA 2009, XV

• EFECTO DE COSA JUZGADA

S. APH 19 de diciembre de 2008

En el caso concurre la excepción de cosa juzgada porque los ahora litigantes en procedimiento de liquidación de su sociedad conyugal, en el convenio regulador judicialmente ratificado, ya la habían liquidado, y si entonces la recurrente no tuvo a bien contemplar un crédito a su favor por la herencia que dice confundida con los bienes comunes, no puede pretender el repetir la liquidación para incluir dicho crédito cuando en el convenio acordaron que con la liquidación allí contenida ya no tenían nada más que reclamarse. El art. 1079 Cc., al que habría que llegar desde el 88 Lrem., no es aplicable porque no hay ningún valor de la sociedad consorcial a adicionar. Y nada se ha aducido al amparo del art. 86 Lrem.

29 RDCA-2010-XVI

• LAS DEUDAS COMUNES TRAS LA DIVISIÓN

S. APH 27 de marzo de 2008

El acreedor del consorcio conyugal en todo momento ha pretendido la existencia de una nulidad de las capitulaciones matrimoniales de disolución y liquidación de la sociedad conyugal cuyos presupuestos no han quedado acreditados, por lo que la demanda está bien desestimada. En el caso no puede estimarse que existiera simulación alguna, ni tampoco causa ilícita, incluso en el supuesto de que uno de los cónyuges quisiera favorecer al otro en dicha liquidación, lo cual es tan lícito como lo es la donación. No puede condenarse al cónyuge no deudor al pago de la deuda común ex arts. 12, 16 y 86 Lrem. porque nadie ha pedido tal condena, como tampoco se pidió la rescisión de las capitulaciones.

16 RDCA-2010-XVI

• RESCISIÓN POR LESIÓN

S. APH 27 de octubre de 1998

A la rescisión por lesión de las capitulaciones matrimoniales de liquidación y división es

de aplicación, a falta de disposiciones legales concretas sobre esta materia en la Compilación, el Código civil por remisión del art. 1.2 Comp. Es doctrina legal plenamente consolidada que la rescisión por lesión (art. 1074 Cc.) es de aplicación a la partición de una sociedad de ganancias disuelta, por mandato del art. 1410, sin que a ello obste que haya ocurrido con ocasión de un convenio regulador de la separación matrimonial (que no es el caso), pero la acción rescisoria debe ser interpretada y aplicada restrictivamente. La asignación de un valor convencional a los bienes comunes contiene una renuncia a la rescisión, que no existiría tampoco por ser de aplicación el art. 1078 Cc.

21 1999, V (núm. 2º)

S. TSJA 20 de octubre de 2006

No procede la impugnación del convenio regulador por el que se disuelve el consorcio conyugal por no quedar demostrado ni el dolo ni la lesión que reclama la esposa.

11 2007, XIII

DERECHO DE ADJUDICACIÓN PREFERENTE

S. JP II Monzón 15 de febrero de 1995

El juez señala que la vivienda conyugal no puede ser objeto de adjudicación preferente a la esposa por el hecho de que la sentencia de divorcio le atribuyese su uso hasta la liquidación.

44 1997, III (núm. 1º)

A. APZ (Secc. 4ª) 9 de junio de 2003

La escopeta y los útiles de caza computados en el lote del marido no tienen la consideración de ventajas, pero sí son un derecho de atribución preferente. Por ello, no siendo ventajas están bien computadas en el lote del marido, sólo si lo fueran se hubieran detraído antes de la formación del lote.

33 2005-2006 (XI-XII)

A. JP II Ejea nº 2, 21 de diciembre de 2005

Aunque no es este el momento procesal oportuno (estamos en un expediente de medidas provisional previas a la demanda de divorcio), es evidente que por aplicación del art. 85.2 Lrem., la vivienda familiar, aun cuando es consorcial, deberá ser atribuida en el lote del marido, por pertenecer a la familia de éste.

64 2007, XIII

• 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

DEUDAS

• ANTERIORES AL MATRIMONIO

S. TSJA 29 de noviembre de 1996

Los créditos que invoca el marido frente a la comunidad conyugal, en cuanto que son deudas anteriores al matrimonio y no fueron invocadas ni reclamadas durante éste, con base y con la limitación que exige el art. 45 Comp., no pueden exigirse cuando esa comunidad está ya disuelta.

3 1997, III (núm. 1º)

• **COMUNES TRAS LA DIVISIÓN**

S. APZ (Secc. 5ª) 14 de julio de 2003

Se trata de resolver si la demandada debe responder de la deuda litigiosa con su patrimonio privativo o sólo con lo que obtuvo del patrimonio consorcio tras el convenio de liquidación. Nos encontramos ante una deuda contraída por el esposo en el ejercicio de una actividad útil a la comunidad (art. 41.5 Comp.). Esta deuda habrá de soportarla el patrimonio común y el privativo del cónyuge que contrajo la deuda (art. 43.2 comp.). El cónyuge no contratante únicamente responderá frente a tercero con los bienes recibidos del consorcio al liquidarse éste. Ahora bien, esta limitación de responsabilidad del cónyuge no contratante sólo opera cuando la liquidación del haber consorcial se ha realizado correctamente, pues si los cónyuges han dividido el activo del consorcio sin pagar alguna deuda de éste, el cónyuge no deudor responde *ultra vires*, tal y como se desprende del art. 1402 Cc. (STS 28-4-1988).

35 2005-2006 (XI-XII)

A. APZ 28 de marzo de 2006

De las deudas del art. 41.5º Comp. responden los bienes comunes y, subsidiariamente, los privativos del cónyuge deudor, no pudiendo agredirse los bienes privativos del otro cónyuge (art. 43-2 Comp.). La responsabilidad del patrimonio consorcial existente antes de la disolución y liquidación de la sociedad pervive para que sobre los bienes que integraron el patrimonio común puedan hacerse efectivas las deudas de responsabilidad común. Los arts. 12 y 86-2 de la Lrem. recogen la inmodificabilidad de la responsabilidad del patrimonio común en caso de deudas comunes. Pero tras los capítulos de separación de bienes no puede embargarse el sueldo del cónyuge no deudor, porque no se trata de un bien común, de manera que procede la tercería de dominio presentada por éste.

46 RDCA-2008-XIV

• **DEUDAS COMUNES**

A. Pres. TSJA 24 de diciembre de 1992

Todos los bienes comunes responden siempre, frente a terceros y responden los esposos con tales bienes, directamente frente al acreedor, por las deudas comunes. Y esa responsabilidad se prolonga más allá de la vigencia de la sociedad consorcial, al ser una responsabilidad personal y solidaria que, incluso, se extiende a los bienes privativos —«*ultra vires*»—, en ciertos supuestos (arts. 56.2 Comp. y 1398.1 Cc.).

51 1996, II (núm. 1º)

S. JPI Zaragoza nº 14, 29 de mayo de 1998

Considera la sentencia que, aunque la deuda contraída unilateralmente por el marido es sin duda una carga o deuda común, al haber otorgado luego los entonces esposos capitulaciones matrimoniales mediante las que disolvían el régimen consorcial existente hasta entonces, repartiéndose los bienes comunes y pactando el régimen de separación absoluta, y al no existir, por consiguiente, en el momento de la interposición de la demanda bien consorcial alguno, resulta de aplicación el art. 43.2 Comp. que obliga a responder sólo al cónyuge que contrajo la deuda (el marido), sin perjuicio de la facultad de repetición contra el otro. La demandante carece de acción contra la esposa.

9 2000, VI (núm. 1º)

S. APZ 5 de febrero de 2001

Conforme a lo prevenido en los art. 55 Comp. y 1398 Cc. se comprenderán en el pasivo las deudas pendientes a cargo de la comunidad, y como quiera que no existe discusión acerca del crédito de 6 millones de pesetas, que fue contrariado por ambos cónyuges durante la vigencia del consorcio —por tanto recae sobre el haber común conforme a lo prevenido en el art. 41.5 y 43 Comp.— y no cabe discutir su adición al inventario como hizo el juez a quo.

30 2003-2004 (IX-X)

• **EMBARGO DE BIENES ADJUDICADOS AL
CÓNYUGE NO DEUDOR**

A. Pres. TSJA 24 de diciembre de 1992

Para que el acreedor de un cónyuge pueda hacer efectiva la responsabilidad sobre los bienes comunes adjudicados, tras la disolución de la comunidad legal, al otro cónyuge, tiene que haber demostrado, mediante la oportuna acción declarativa, que se trata de una deuda de la que responden los bienes comunes; faltando este requisito, el solo hecho de la notificación de la interposición de la de manda ejecutiva al cónyuge no deudor y la insuficiencia o ineffectividad del embargo trabado sobre los bienes comunes adjudicados al cónyuge deudor no santifica o sana la falta de acreditamiento de la condición consorcial de la deuda, porque esa condición jurídica efectuada en un mandamiento librado en un juicio ejecutivo no prejuzga ni puede vincular al Registrador en el ejercicio de su función calificadora. Se confirma la denegación de la anotación preventiva de embargo por haberse dirigido el procedimiento contra persona distinta del titular registral.

51 1996, II (núm. 1º)

S. APZ 30 de diciembre de 2005

De los hechos del caso se deduce que la deuda debe ser considerada consorcial, como contraída durante el matrimonio (arts. 41 y s. Comp. o 35 y ss. Lrem.), siendo de aplicación la regla general que establece que la modificación del régimen económico matrimonial no perjudicará en ningún caso los derechos adquiridos por terceros. De manera que si las nuevas capitulaciones se otorgaron después de haber surgido la deuda, la esposa no es tercerista a efectos de estar legitimada para ejercitar una tercería de dominio.

55 2007, XIII

A. APZ (Secc. 4ª) 16 de diciembre de 2011

La única cuestión que se plantea es la relativa a si esa falta de publicidad puede ser oponible frente al tercero que embargo. Debe resal-

tarse nuevamente que no se trata de patrimonio consorcial, por lo que no está condicionado, en cuanto a sus efectos, a la publicidad registral, prevenido en el art. 77 Ley Registro Civil. Aparte de que el Registro de la Propiedad publica la propiedad de la mitad indivisa a favor de la tercerista, la protección registral no hace inatacable el embargo por quien es titular extra-estabular, pudiendo ser propietario en virtud de título en mero documento privado. Como razona la sentencia de 10 de mayo de 1994 «en modo alguno tiene el titular del embargo la condición de tercero a los efectos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, porque no ha adquirido en las condiciones en él definidas ningún derecho real sobre la cosa». Procede pues la desestimación del recurso.

75 RDCA-XIX-2013

DIVISIÓN Y ADJUDICACIÓN

S. JPI Zaragoza nº 13, 10 de febrero de 1997

No procede reconvertir la comunidad derivada de la sociedad consorcial en comunidad ordinaria. Siendo posible la división de la vivienda y solar (único bien consorcial) sin desmerecerlo, se ordena practicarla.

2 2000, VI (núm. 1º)

• **DIVISIÓN DEL ÚNICO BIEN EXISTENTE**

S. TSJA 37/2012, 22 de noviembre de 2012

Es correcta la adjudicación de la vivienda pro indiviso a ambas partes, pero basta que uno solo de los partícipes solicite la venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños para que así haya de acordarse (arts. 404 y 1062 Cc.). No es ajustado a derecho obligar a ningún partícipe a aceptar la adjudicación del bien por una cantidad que no asume voluntariamente abonar, por no tener bienes o no poder obtener crédito suficiente. No existiendo dinero metálico en el haber partible para satisfacer el derecho del copartícipe, nos encontraríamos ante una venta de la porción consorcial, que no

puede decidirse sin la aquiescencia de comprador y vendedor.

52 RDCA-2012-XVIII

• *INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL*

S. TSJA 37/2012, 22 de noviembre de 2012

A) Cualquiera de las partes tiene acción para pedir la división del haber, y ha de hacerse la partición mediante reparto de los bienes, evitando en lo posible la indivisión; B) Ciertamente, de modo general no es ajustado a derecho llevar a efecto la liquidación de un patrimonio consorcial, considerado como comunidad en mano común, convirtiéndolo en una comunidad romana o proindiviso; pero si la comunidad consorcial está constituida por un único bien, o uno de ellos tiene un valor muy superior a los restantes que integran el activo, esta forma de hacerlo no solo resulta correcta, sino que es la única posible, salvo la de la enajenación del bien común; C) A la división de cosa común es plenamente aplicable el art. 1062 Cc. (STS 14/12/2007).

52 RDCA-2012-XVIII

• *LIQUIDACIÓN DE COMUNIDAD ORDINARIA*

A. APZ (Secc. 4ª) 16 de diciembre de 2011

No hay ninguna razón que obste a que, de mutuo acuerdo (no en una liquidación forzosa y judicial sin acuerdo específico de los cónyuges) los cónyuges integren, en lo que sería ya un negocio jurídico patrimonial complejo, (el convenio regulador) bienes comunes pero no consorciales, los integren, se repite, en la operación liquidatoria y pongan fin a la, respecto a este bien, comunidad ordinaria. En definitiva habrían aprovechado los cónyuges el proceso judicial y el convenio para dividir la cosa común. No hay ninguna razón que obste a que jurídicamente eso no sea posible. Por tanto la tercerista pasó a ser propietaria del bien embargado, pues hay título y modo, al haber pasado la tercerista a ser poseedora única de la vivienda.

75 RDCA-XIX-2013

• *RÉGIMEN SUPLETORIO*

S. TSJA 37/2012, 22 de noviembre de 2012

La división y adjudicación del caudal remanente de que trata el art. 267.1 CDFA, a falta de acuerdo, ha de hacerse, como dice el art. 270, conforme a las normas de la liquidación y partición de la comunidad hereditaria. Si los artículos a que remite no resuelven la cuestión planteada (división del único bien existente o de un bien de valor muy superior a los restantes) es necesario acudir supletoriamente a las normas del Código civil que regulan la división de la comunidad de bienes (art. 1.2 CDFA). En el caso resultan de aplicación los arts. 401, 404, 406, y por la remisión que éste contiene, los arts. 1051, 1061 y 1062 Cc. Sobre la interpretación del art. 1062 se transcribe lo dicho por la STS 10/2/1997.

52 RDCA-2012-XVIII

INVENTARIO

S. TSJA 23 de marzo de 1993

En relación al inventario son aplicables los arts. del Cc. como complemento de las normas de la Compilación. Es de plena aplicación para la fijación de la fecha de liquidación el art. 1394 Cc. Doble contenido del inventario del art. 55 Comp. pensado para los casos en que la liquidación deriva del fallecimiento de uno de los cónyuges. Obligación del administrador de rendir cuentas de su gestión.

10 1995, I (núm. 1º)

S. JP II Fraga 26 de septiembre de 1994

Valoración de vivienda de protección oficial al precio oficial. La pensión compensatoria no se asimila a los alimentos a que se refiere el art. 41.1 Comp. Inversiones en finca privativa; venta de finca privativa cuyo precio ingresó en el acervo común: reintegros reembolsos.

21 1996, II (núm. 2º)

S. JPII Teruel nº 1, 12 de julio de 1996

Liquidación contenciosa de la comunidad conyugal disuelta por separación judicial a la que es de aplicación las normas consignadas en los arts. 52, 55, 57 y 58 Comp. y 1392 y ss. Cc.

69 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. TSJA 29 de noviembre de 1996

En el inventario deben incluirse solamente aquellos bienes que se hallen en poder de cualquiera de los cónyuges al tiempo de formalizarlo y que, «real o presuntivamente, sean comunes por consorcio matrimonial, así como aquellos de igual naturaleza que se pruebe existían al cesar la comunidad matrimonial», como resulta de la adecuación del art. 55 Comp. a las situaciones de quiebra del matrimonio, lo que no impide hacer mención de los bienes aportados como privativos si hubiese necesidad de imputación de créditos consorciales frente a los mismos.

3 1997, III (núm. 1º)

S. APZ 7 de mayo de 1999

No puede aplicarse respecto del ajuar familiar la presunción de bien inventariable por posesión (art. 55.2), pues en el momento de disolverse por muerte el régimen consorcial (art. 52), la esposa no residía en el domicilio que había sido su domicilio conyugal durante año y medio frente a una convivencia de 34 años que había mantenido el bínubo en su anterior matrimonio: arts. 59 y 57.2 Comp. Tampoco puede incluirse en el inventario el usufructo de la actora ex art. 73 Comp., derecho que no se le niega, pero que no se ha de incluir pues no es un activo propio del inventario.

30 2000, VI (núm. 2º)

A. APH 15 de julio de 1999

En el inventario deben incluirse los bienes que indica el art. 55.2 Comp.; comprenderá también, según sostiene la mejor doctrina, el pasivo común que hubiere al tiempo de la disolución. Para determinar el momento de la valoración, a falta de norma específica, habrá que

estar a lo dispuesto en el art. 1071 LEC para las testamentarias y atender a los valores de mercado de los bienes incluidos en el inventario en el momento de practicar el avalúo (momento de la liquidación).

14 2000, VI (núm. 2º)

S. TSJA 6 de octubre de 1999

El art. 1398.2 Cc. es aplicable supletoriamente en Aragón (art. 1.2 Comp.), si bien en el caso de autos no ha sido infringido, pues esa enajenación forzosa del bien privativo a través del procedimiento de apremio, no es equiparable a los supuestos en que se enajena un bien privativo para satisfacer con su importe deudas comunes, o se satisfacen dichas deudas a través del pago por cesión de bienes o dación en pago.

3 1999, V (núm. 2º)

S. JPII Boltaña 20 de marzo de 2003

Sí puede existir un crédito de la sociedad de gananciales frente al cónyuge que hizo las aportaciones ya que éstas se hicieron constante la sociedad legal de gananciales con dinero ganancial: conforme al art. 1397.3ª del Cc. dicha cuantía habrá de incluirse en el activo de la sociedad como crédito de ésta frente al marido.

42 2005-2006 (XI-XII)

S. APH 19 de enero de 2005

A tenor del art. 809 de la Lec., es en el acto de formación del inventario donde las partes deben precisar los términos de la controversia en relación con el activo y el pasivo propuesto por la actora, tal y como ya dijimos en la sentencia de 8 de marzo de 2004, los cónyuges deben definir su postura sobre el inventario consorcial en momentos o fases procesales precisas: la parte que lo insta, en una propia solicitud; y la contraria en el acto que debe celebrarse ante el secretario judicial a los efectos de adoptar el acuerdo o de constatar la controversia sobre la inclusión o exclusión de algún concepto en el inventario o sobre el importe de cualesquiera de las partidas. De este modo los principios de preclusión y de defensa impiden que los cónyuges puedan plantear su propuesta de inventario

en el juicio verbal o segunda fase del procedimiento, la que debe celebrarse precisamente para resolver las cuestiones suscitadas en la fase previa.

21 2007, XIII

• **CONCEPTO**

S. APH 28 de octubre de 2003

El inventario consiste en la determinación o identificación de los bienes que integran un patrimonio, de modo que si éste está integrado por elementos tales como créditos, cuentas o depósitos bancarios debe procederse, dentro del inventario, a la determinación de su importe, pues ello deviene imprescindible para la determinación del bien. Otra cosa distinta es la valoración de los bienes, cual es el caso de los inmuebles, que a efectos de formación del inventario son identificables, sin necesidad de establecer su valor, siendo ésta una cuestión que debe plantearse en una fase posterior: el avalúo.

21 2005-2006 (XI-XII)

• **CONTENIDO**

S. JPI Zaragoza nº 6, 12 de junio de 1995

La determinación de los bienes y derechos que forman parte del haber consorcial y también de las obligaciones y deudas del pasivo consorcial en fase de liquidación se hace conforme a los arts. 1396 y 1397 del Cc. y siguientes de la Compilación de Aragón (sic) .

55 1997, III (núm. 1º)

S. APZ 27 de septiembre de 1999

También acierta la juzgadora en la no inclusión en el activo de la indemnización por extinción de la relación laboral recibida por el marido una vez disuelta la sociedad conyugal, pues conforme a lo prevenido en el art. 55.2 Comp. y 1397 Cc., tan sólo se han de incluir los bienes existentes en el momento de la extinción del régimen económico matri-

monial, no los percibidos por los cónyuges con posterioridad.

40 2000, VI (núm. 2º)

S. APZ 7 de marzo de 2005

No hay que incluir en el inventario las cargas establecidas en la sentencia de separación para asegurar el pago de la pensión compensatoria. No se trata de un activo ni pasivo del consorcio; la traba de bienes que garantizará el pago de las pensiones recaerá sobre los bienes que en la liquidación correspondan al marido, por lo tanto es una garantía sobre bienes privativos, no sobre los comunes; y, en tercer lugar, dicha medida de garantía del art. 97.i.f. Cc. opera en distinto plano jurídico al de la disolución y liquidación del patrimonio común.

38 2007, XIII

S. APZ 18 de marzo de 2005

La Audiencia modifica el criterio del Juez, que no había encontrado inconveniente en liquidarlo junto con los bienes de la comunidad conyugal, y considera que un bien adquirido por los cónyuges antes del matrimonio, por partes iguales y proindiviso, no puede tener cabida dentro del inventario, que sólo comprenderá los bienes adquiridos después de la celebración del matrimonio. La división de este bien puede hacerse conforme a lo dispuesto en los arts. 400 y ss. Cc., pero no dentro del procedimiento de los arts. 806 ss. Lec. La sentencia contiene también referencias a la condición consorcial del mobiliario del hogar familiar, de un turismo, y de un apartamento comprado por el marido constante matrimonio siendo pagados los primeros plazos con dinero común; así como a la existencia de un crédito del marido contra el consorcio y otro de la esposa contra el marido.

40 2007, XIII

S. APZ 17 de noviembre de 2005

Es cierto que los frutos de las participaciones sociales privativas serían comunes (art. 28-2-f Lrem.). Sin embargo, no es lo mismo la calificación de un determinado bien, que el

contenido del activo de un inventario consorcial. El art. 80 Lrem. recoge un principio básico, cual es que el inventario estará formado por los bienes que existan en el momento de formalizarlo. Si no existen y fueron gastados irregularmente en beneficio exclusivo de intereses privativos de un cónyuge, ello podría representar un crédito del consorcio frente a ese esposo desleal, pero nunca computarse como un bien, siendo que ya no existe; o no se ha probado su existencia. El tribunal reconoce la dificultad de la prueba de un posible encubrimiento de frutos consorciales a través de las formas societarias de la familia del marido.

53 2007, XIII

• DE DINERO O PARTIDAS DINERARIAS

S. APH 29 de febrero de 2008

El inventario consiste en la determinación o identificación de los bienes que integran un patrimonio; cuando se trata de dinero o partidas dinerarias —tales como créditos, cuentas corrientes o depósitos bancarios—, su importe o cuantía (a la que parece referirse el 109-2 Lec.) no forma parte de la valoración, sino de la identificación misma de la partida inventariada. Otra cosa distinta es la valoración de bienes corporales —muebles o inmuebles—, que son identificables sin necesidad de que se establezca su valor, lo que debe plantearse en una fase posterior a la de inventario, que no es otra que la de avalúo (cfr. Ss. APH 22-X-2002, 28-X-2003, 8-X-2007, 29-X-2007).

15 RDCA-2010-XVI

S. APH 30 de septiembre de 2008

De nada sirve en un inventario hablar de un crédito si no se expresa el importe al que éste asciende. Reiteración de lo dicho en la APH de 29 febrero 2008, criterio mantenido también en las Ss. APH de 22-10-2002, 28-10-2003, 8-10-2007 y 29-10-2007. Carece de sentido incluir en el inventario unos créditos cuyo importe no se precisa, lo que es imprescindible para su identificación y poder realizar luego la partición o liquidación, la cual, por otra parte, nunca podrá llegar a término sin antes tener un

inventario concreto y determinado, que es lo que este procedimiento tiene por objeto.

24 RDCA-2010-XVI

S. APH 17 de noviembre de 2008

El inventario consiste en la determinación o identificación de los bienes que integran un patrimonio, de modo que si éste está integrado por elementos tales como créditos, cuentas corrientes o depósitos bancarios debe procederse, dentro del inventario, a la determinación del importe de dichos créditos, cuentas o depósitos, pues ello deviene imprescindible para la identificación del bien (Ss. APH 29-10-2002, 28-10-2005 y 29-2-2008).

28 RDCA-2010-XVI

S. APH 3 de abril de 2009

En el inventario de dinero o partidas dinerarias —tales como créditos, cuentas corrientes o depósitos bancarios—, su importe o cuantía forma parte de la identificación misma de la partida inventariada (art. 809.2 Lec.). y no de su valoración. El dinero, a diferencia de los bienes corporales, no se valora ni es susceptible de tasación pericial, sino que simplemente se cuenta. El derecho de reembolso a favor del patrimonio común frente al patrimonio privativo del demandante por la construcción con dinero común de un edificio privativo no puede ser cuantificado con arreglo al valor actual en el mercado del metro cuadrado construido sino que, sobre la base del lucro sin causa, ha de computarse el dinero común efectivamente invertido en las obras.

23 RDCA 2011, XVII

S. APH 24 de mayo de 2012

El inventario tiene como finalidad la determinación o identificación de los bienes que integran un patrimonio, con la peculiaridad de que, cuando se trata de dinero o partidas dinerarias —tales como créditos, cuentas corrientes o depósitos bancarios—, su importe o cuantía no forma parte de la valoración, sino de la identificación misma de la partida inventariada. A estos importes entendemos que quiere referirse el artículo 809.2 de la Ley de Enjuiciamiento

Civil cuando encauza en el trámite del artículo 809 la discusión sobre el importe de cualquiera de las partidas que integran el inventario. Por tanto, si no se expresa la cuantía de la que se está hablando, es tanto como no decir nada pues, como decíamos en aquellas resoluciones, el dinero no se valora ni es susceptible de tasación pericial, sino que simplemente se cuenta. Otra cosa distinta es la valoración de bienes corporales —muebles o inmuebles—, que a efectos de formación de inventario son identificables sin necesidad de que se establezca su valor, lo que debe plantearse en una fase posterior a la de inventario, que no es otra que la de avalúo.

63 RDCA-XIX-2013

• *FIJACIÓN DE LA POSTURA DE LAS PARTES*

S. APH 30 de septiembre de 2008

Es en el acto de formación de inventario, en el trámite del art. 809 Lec., donde las partes deben fijar con precisión y claridad los términos de la controversia con indicación de las partidas de activo y pasivo que, según cada una de ellas, deban integrar el inventario. La parte que insta el inventario debe fijar su postura en su propia solicitud y la otra parte en el acto que debe celebrarse ante el secretario judicial a los efectos de adoptar entonces un acuerdo o de constatar la controversia sobre la inclusión o exclusión de algún concepto en el inventario o sobre el importe de cualesquiera partidas. Los principios de preclusión y defensa impiden que los cónyuges puedan plantear su propuesta de inventario, o introducir en ella modificaciones sustanciales, en el juicio verbal o segunda fase del procedimiento, ni mucho menos en apelación: serían cuestiones nuevas (SS APH 8-3-2004, 19-1-2005, 6-7-2007, 8-11-2006 y 8-10-2007).

24 RDCA-2010-XVI

S. APH 17 de noviembre de 2008

Las partes deben fijar los términos de la controversia con indicación de las partidas de activo y pasivo que, según cada una de ellas, deben integrar el inventario en el acto de formación del inventario. Se reitera lo dicho en las

Ss. APH 8-3-2004, 19-1-2005, 6-7-2006, 8-11-2006, 23-1-2007 y 29-2-2008.

28 RDCA-2010-XVI

• *PRUEBA*

S. TSJA 11 de mayo de 2005

El recurrente impugna la composición del inventario sancionado en apelación alegando la infracción, entre otros del art. 29 Lrem, pretendiendo que ciertos bienes calificados de consorciales deban ser privativos y que ciertas deudas del consorcio frente al recurrente sean declaradas más elevadas en su cantidad respecto de lo previsto en la liquidación. Respecto de la privatividad de los bienes que pretende el recurrente juega el principio de consorcialidad por no haber demostrado que la adquisición del inmueble fuera anterior al matrimonio y respecto de la deuda del consorcio frente al recurrente, tampoco demuestra que la donación del dinero fuera más cuantiosa que lo probado en autos.

5 2005-2006 (XI-XII)

• *RECURSO DE CASACIÓN*

A. TSJA 14 de mayo de 2010

El juicio al que se remite el art. 809. 2 Lec., tiene una evidente naturaleza incidental, al igual que sucede con lo previsto en el art. 94.4 de la Lec, lo que determina la irrecurribilidad en casación de las sentencias dictadas en grado de apelación en estos procedimientos, cuyo objeto, como señala el art. 809-2 citado, se contrae a resolver la controversia suscitada en el seno del proceso para la liquidación del régimen económico matrimonial en la formación del inventario, sobre la inclusión o exclusión de bienes y valores que conforman las partidas de dicho inventario; así lo ha reiterado el TSJ y entiende la mayor parte de la Sala de este TSJ que dicha doctrina es vinculante y aplicable en Aragón por no haber ninguna modificación al respecto en la Ley de casación aragonesa. En razón de ello, la Sala acuerda por mayoría no admitir el recurso de casación. Hay voto particular de los magistrados Fernando Zubiri de Salinas e Ignacio Martínez Lasierra.

4 RDCA 2010, XVI

A. TSJA 14 de mayo de 2010

En el voto particular se afirma que estos supuestos son susceptibles de recurso de casación y ello porque tales controversias, cuando versan sobre Derecho civil aragonés, como es el caso, presentan interés casacional, siendo competente para resolver de los mismos el TSJ de Aragón, sin que la jurisprudencia del TS vertida en dicha materia sea vinculante o aplicable en Aragón, al atribuir la E y la LOPJ la competencia a los TSJ cuando: 1) aplican leyes emanadas de sus parlamentos autonómicos; 2) atribuyendo competencia para fijar la doctrina sentada sobre interpretación y aplicación de la Lec, respecto de la regulación que ésta hace del recurso de casación, pudiendo interpretar las normas del acceso a dicho recurso con plenitud de jurisdicción. En consecuencia, el TSJ tiene competencia en estas materias para fijar su propia jurisprudencia aun cuando ésta difiera de la fijada por el TS, ya que cada órgano actúa dentro de sus propias competencias.

4 RDCA 2010, XVI

A. TSJA 15 de febrero de 2013

Se reitera la postura mantenida en los Autos de 16 de abril y 14 de mayo de 2010. Sólo son recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales. Para interpretar qué es «segunda instancia» es vinculante la jurisprudencia del TS, de modo que no cabe considerar que exista al respecto salvedad legal alguna en la regulación propia de Aragón. La admisibilidad del recurso de casación ha de ser resuelta conforme a los criterios jurisprudenciales del TS (Autos TS de 15/7/2008, 4/4/2012 y 30/10/2012, entre otros). La sentencia de la Audiencia dictada en grado de apelación en juicio verbal sobre formación de inventario en procedimiento de liquidación de régimen económico matrimonial, al no poner fin a la segunda instancia, por su naturaleza incidental, no es susceptible de casación. La propia LEC distingue entre «apelación» y «segunda instancia».

9 RDCA-XIX-2013

A. TSJA 15 de febrero de 2013

Voto particular: Siendo la Sala de lo Civil del TSJ también tribunal de casación (junto al

TS), puede interpretar las normas reguladoras del acceso a dicho recurso con plenitud de jurisdicción y con criterio propio. Por lo demás, la jurisprudencia del TS tiene una función de complemento del ordenamiento jurídico (art. 1.6 Cc.), pero no es fuente del derecho ni tiene ese efecto vinculante que se predica. Por eso la Sala de lo Civil del TSJA puede, y debe, interpretar la Lec. en cuanto a la determinación de las sentencias que son susceptibles de ser recurridas en casación ante él, y para ello puede considerar el alcance del término jurídico «segunda instancia» de modo distinto de como lo configura el TS. Además, considera que la sentencia del proceso de formación de inventario (art. 809 i.f. Lec.) pone fin al procedimiento y produce efecto de cosa juzgada material, en su función positiva o prejudicial, tras, en su caso, los recursos correspondientes. Si no se el recurso de casación contra la sentencia de apelación, no habrá doctrina jurisprudencial en la materia.

9 RDCA-XIX-2013

• SOLICITUD DE INVENTARIO

A. TSJA 15 de febrero de 2013

Voto particular: La solicitud de formación de inventario se dirige en ese primer trámite [de los arts. 808 y 809 Lec.] a la liquidación del régimen económico del matrimonio, pues indudablemente la finalidad de todo inventario de masas comunes y privativas será llegar a la liquidación del patrimonio común (en los regímenes de comunidad) y, en último término, a la determinación de responsabilidad provisional y definitiva de unas y otras masas. Pero, formado el inventario, tendrá la virtualidad de, por ejemplo, servir para la liquidación extrajudicial del patrimonio común al margen del trámite del procedimiento judicial. Por tanto, el proceso de formación de inventario tiene una sustantividad propia y diferente de la del propio procedimiento de liquidación en el que se encuadra. Los principales problemas y debates jurídicos se producen habitualmente en la formación de inventario, siendo más mecánicas las operaciones de división y adjudicación.

9 RDCA-XIX-2013

- **VALORACIÓN DE LOS BIENES**

S. APZ 21 de enero de 2004

Tratándose de bienes y no de créditos, los arts. 55 Comp. y 1397 Cc. no exigen actualización de su valor para integrar el activo del haber matrimonial, puesto que —en principio— lo que ha de partirse o adjudicarse son esos bienes en la situación que tienen al ser inventariados, como consecuencia inmediata a la disolución del régimen matrimonial. Es, pues, el momento del inventario (como fase inicial de la liquidación) en el que se constata la realidad y valor de unos bienes físicamente tangibles. Ese valor habrá de actualizarse desde un punto de vista meramente monetario, como traducción del paso del tiempo en el valor adquisitivo del dinero fiduciario, pero no mediante una nueva peritación del precio actual de unos bienes que ya se computaron (con su valor económico) al entrar en el activo inventariado como consorcial.

68 2005-2006 (XI-XII)

68S. APT 1 de marzo de 2005

Ambas partes apelan la sentencia de instancia solicitando la inclusión o exclusión de determinados bienes en el inventario practicado, así como una nueva valoración de alguno de ellos. Por ello es preciso partir de lo dispuesto en el art. 80 Lrem. cuando establece que deberán incluirse en el activo todos los bienes y derechos que se hallen en poder de los cónyuges o partícipes al tiempo de formalizarlo, y que real o presuntivamente sean comunes, así como aquellos de igual naturaleza que se pruebe existían al cesar la comunidad matrimonial. Por otra parte no es el momento del inventario de bienes el oportuno para proceder, como se pretende, a una nueva valoración de uno de los bienes, ya que el avalúo de los mismos en caso de discordia debe efectuarse en la forma prevista en el art. 788 Lec. al que se remite el art. 88 Lrem.

17 2007, XIII

S. APZ 27 de marzo de 2007

La valoración de los bienes del inventario, si no media acuerdo de ambos cónyuges, es una

operación extraña al mismo. El objeto del inventario es la determinación del activo y pasivo al momento de la disolución del consorcio; la determinación del valor de los bienes inventariados es propia de la fase posterior de liquidación, como se deduce del art. 810-3 Lec., que prevé una comparecencia para la designación, en su caso, del correspondiente perito o peritos.

45 RDCA 2009, XV

LIQUIDACIÓN DE VARIAS COMUNIDADES

S. APZ 13 de septiembre de 2004

Se discute el momento de adquisición de una máquina de coser, y no acreditado que perteneciera al primer matrimonio del marido, ni que la primera comunidad consorcial se haya liquidado, procede actuar conforme establece el art. 87 Lrem. Es decir, liquidar ambos consorcios por separado (el de cada matrimonio) y como lo único que parece litigioso es la «máquina de coser», si ninguna de las partes acredita la pertenencia a una u otra comunidad conyugal, procederá el reparto del bien conforme estipula dicho precepto, que es «ley especial» respecto a los arts. 80 a) y 35 Lrem.

75 2005-2006 (XI-XII)

LIQUIDACIÓN ORDINARIA

- **BIENES DE ORIGEN FAMILIAR**

S. TSJA 31/2012 5 de octubre de 2012

Pero no sólo afectó a la finca y su posible naturaleza troncal la aportación al consorcio conyugal, al menos desde el momento en que las facultades de administración y disposición sobre el bien dejaron de ser exclusivas del cónyuge de cuya línea familiar procedía la titularidad del bien. En 1998, fallecido el esposo, tuvo lugar la liquidación de la sociedad conyugal, con adjudicación a la esposa de la mitad indivisa de los 5/6 consorciales de la finca, como bien de su exclusiva titularidad, por acuerdo de todos los coherederos y ella misma en una transacción judicial. La incorporación al consorcio conyugal de 5/6 de la finca pone fin a su carác-

ter troncal, y la adjudicación de 5/12 partes a la esposa, ya como bien propio, hacen que pasen a ser propiedad tan sólo de su madre, persona ajena a la familia de la que procede el bien.

44 RDCA-2012-XVIII

• COMPATIBILIDAD CON LA VIUDEDAD

A. JPI Zaragoza n° 14, 28 de abril de 2004

Los herederos del cónyuge premuerto pueden promover la liquidación y división del patrimonio consorcial (arts. 76 y 77 Lrem.), y este derecho en modo alguno contraviene o se opone al legítimo ejercicio del usufructo viudal del cónyuge sobreviviente, no infringiéndose la preferencia contenida en el art. 74, siendo de rechazar la pretensión de la recurrente de que no se efectúe declaración alguna en cuanto a liquidación del patrimonio consorcial hasta la extinción del usufructo viudal, pues el art. 71 Lrem prevé tal supuesto. La liquidación y división debe hacerse respetando el usufructo viudal correspondiente a la demandada.

101 2005-2006 (XI-XII)

• POR EL CÓNYUGE FIDUCIARIO

A. Pres. TSJA 3 de octubre de 1989

La transmisión, atribución y asignación por un cónyuge, nombrado fiduciario en testamento mancomunado, de un bien de la sociedad conyugal a uno de los hijos, en cuanto entraña una simplificada operación de disolución del consorcio y del patrimonio conyugal, puede ser formalizada directamente por el fiduciario, sin que ello implique desconocimiento ni infracción de las disposiciones relativas a la liquidación del patrimonio consorcial ni a las normas registrales que establecen el principio de especialidad.

47 1996, II (núm. 1°)

• PRESUNCIÓN DE APROVECHAMIENTO COMÚN

S. JPI Zaragoza n° 6, 12 de junio de 1995

Los rendimientos ordinarios y periódicos procedentes del trabajo de los cónyuges se pre-

sumen invertidos en el levantamiento de las cargas familiares y de los hijos no comunes que convivan con aquéllos.

55 1997, III (núm. 1°)

• REINTEGROS Y REEMBOLSOS

S. JPII Monzón 15 de febrero de 1995

Las aportaciones en metálico al matrimonio hechas por los cónyuges son bienes privativos, pues constan debidamente en las certificaciones de la Caja Rural (art. 39.6 Comp.), por lo que procede el reintegro de tales cantidades a los cónyuges con carácter previo a la división (art. 56.1 Comp.).

44 1997, III (núm. 1°)

S. APZ 10 de abril de 1996

En relación con un terreno y la edificación construida sobre él, que fue adquirida por los hijos de la demandada, lo único que procede es tener en cuenta el valor del terreno y la edificación realizada sobre él, constante matrimonio y, por lo tanto, reconocer en favor del actor un crédito por la mitad de dicho valor con carga a la masa, ya que la esposa dispuso indebidamente en provecho de sus hijos de ese caudal común. Por lo tanto, el actor debe ser reintegrado en dicho valor.

22 1997, III (núm. 2°)

S. JPII Huesca n° 2, 10 de diciembre de 1997

Las obras realizadas en la vivienda familiar, bien privativo del esposo, han superado sobradamente las atenciones propias de un diligente usufructuario, y por consiguiente no pueden quedar integradas como parte del pasivo de la comunidad. En consecuencia, estas inversiones realizadas sobre los bienes privativos del esposo han generado en su patrimonio una deuda frente al patrimonio común o consorcial.

28 1999, V (núm. 1°)

S. APT 27 de octubre de 1998

Partiendo de lo preceptuado en los arts. 55.2 Comp. y 1397, 1390 y 1391 Cc., se decide que el reintegro de los bienes comunes de que cada uno de los cónyuges ha dispuesto con anterioridad a la disolución de la comunidad sólo podrá tener lugar si se justifica que tal acto de disposición tuvo carácter fraudulento, ocasionando con ello un claro perjuicio al otro cónyuge, correspondiendo en todo caso la prueba del fraude a quien alega su existencia.

26 1999, V (núm. 2º)

• **PROCEDIMIENTO**

S. APH 7 de diciembre de 1999

El inventario de una comunidad conyugal disuelta debe practicarse en la forma que los concurrentes convengan o, en su defecto, en la prevenida por la Lec. para el juicio de testamentaría (art. 55.3 Comp.). Deben realizarse todos los actos previstos en la testamentaría a pesar de que las partes discrepen sobre alguno de los aspectos de la liquidación, de forma que el juicio ordinario previsto en el art. 1088 Lec. sólo puede iniciarse con posterioridad, después de que el contador dirimente haya elaborado el cuaderno particional. El del art. 1088 Lec. no es un juicio autónomo respecto a la liquidación ya practicada y su finalidad es la de impugnar las operaciones particionales del contador partidario.

S. APZ (Secc. 4ª) 12 de junio de 2000

De la prueba se deduce que en estado de casada la mujer enajenó un bien inmueble privativo suyo, cuyo dinero destinó a pagar parte de la vivienda familiar. Por consiguiente, el dinero obtenido tiene carácter privativo (art. 39.6ª Comp.), nace a favor de la esposa un derecho de crédito por dicho importe contra la sociedad consorcial.

38 2001-2002 (VII-VIII)

S. APZ 5 de febrero de 2001

En el caso de los tres millones producto de la venta de un vehículo propiedad del actor, debe ser considerado común al no constar pacto en contrario cuando fue aportado a una cuenta

común mediante documento bancario, pues así lo impone el art. 39.6 Comp. lo que dará lugar al reembolso al tiempo de la liquidación del haber consorcial, pero no a una compensación instantánea de los créditos existentes entre los patrimonios como pretenden los cónyuges, pues ha de ser relegada al tiempo de la liquidación, según dispone el art. 47.2 y 56.1 Comp.

30 2003-2004 (IX-X)

S. APH 28 de febrero de 2001

Según el apelante el crédito reconocido debe ascender al coste real de la obras acreditado en la prueba pericial, y no a la diferencia de valor que tiene la casa con las reformas y las que le corresponde sin ellas. La pretensión debe ser desestimada, confirmando la sentencia del juzgado por cuanto no se trata de reintegrar los gastos satisfechos con dinero común para la reforma de una casa privativa, ya que el cónyuge premuerto también se lucró de tales inversiones mediante el uso de la vivienda familiar, al igual que el resto de sus miembros. Por lo tanto, lo justo y equitativo, no es partir de un crédito en abstracto, sino de la situación posesoria que ha dado lugar al gasto común, lo que conlleva una liquidación teniendo en cuenta la diferencia de valor entre la la vivienda sin reformas y su actual valor con reformas, como así lo hizo el juez *a quo* y así se desprende del art. 47 Comp.

12 2003-2004 (IX-X)

S. APZ 21 de mayo de 2001

En cuanto a los pagos hechos por el demandado como responsabilidades penales, habiéndose abonado con cargo al consorcio procede reintegrarlo en el activo.

39 2003-2004 (IX-X)

A. APZ (SECC. 4ª) 9 de junio de 2003

El art. 1398 Cc. vigente la Comp., resulta aplicable supletoriamente, y en su virtud se reconoce el carácter de deuda de valor respecto de aquellos bienes privativos que han sido gastados en beneficio de la comunidad, y por ello deberá integrarse en el pasivo su valor actualizado. Ahora bien, no cabe decir que haya resultado infringido el art. 47.1 Comp., porque el bien

privativo del marido se ejecutó en pública subasta para pagar una deuda consorcio, y con ello no hubo ningún lucro personal ni para la esposa ni para la comunidad. La previsión de actualizar el valor de bien privativo cuando se gasta en beneficio de la sociedad no es aplicable a los supuestos de enajenación forzosa, ya que la única utilidad que redundará para la sociedad es la extinción de la deuda.

33 2005-2006 (XI-XII)

S. APH 23 de enero de 2007

El piso, el garaje y el trastero son bienes privativos del marido y de la mujer al 50%, así lo pactaron y los adquirieron antes de contraer matrimonio y de iniciarse entre ellos el consorcio conyugal; ahora bien, al haber sido satisfecho buena parte del precio de los mismos con dinero consorcial, nace a favor del consorcio un crédito por el dinero abonado.

19 RDCA 2009, XV

• **RENUNCIA**

S. APZ 26 de octubre de 1994

Renuncia de uno de los cónyuges a liquidar la sociedad conyugal, así como a su participación en los bienes consorciales y a la viudedad foral y universal concedida por su esposa: nulidad: contravención de norma imperativa; desprecio del derecho de terceros. No se puede renunciar a practicar la liquidación de la sociedad conyugal con carácter anticipado. La comunidad conyugal es una comunidad de tipo germánico. Son válidas la renuncia a la viudedad foral y al legado del usufructo.

42 1996, II (núm. 1º)

• **RESCISIÓN**

S. JPII Calatayud nº 1, 12 de junio de 2012

El artículo 1.074 Cc. está previsto exclusivamente para las particiones no convencionales (realizadas por un tercero, contador-partidos), como un remedio para quien resulta injustificadamente perjudicado en un reparto en el que no ha intervenido, por ser ajeno al negocio par-

ticial (contador-partidor), conforme a todo ello, aunque existen teorías contrarias, la jurisprudencia admite esta impugnación de las particiones convencionales como la que nos ocupa (efectuada sólo por los dos esposos) en aquellos casos de supuesto vicio del consentimiento, el que habrá de probarse, pues, si no lo hubo, el que otorgó el negocio y se siente lesionado, consintió libremente la lesión, y debe cargar con la misma. En el supuesto enjuiciado no se ha declarado acreditada la concurrencia de dolo ni de intimidación en el consentimiento del actor, y el error en el consentimiento no se ha invocado. La jurisprudencia anteriormente indicada parte de que el convenio regulador tienen una clara naturaleza transaccional, y no queda probado vicio del consentimiento.

80 RDCA-XIX-2013

LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN JUDICIAL

17 2000, VI (núm. 2º)

• **APLICACIÓN DEL ART. 1061 Cc.**

S. APZ 21 de enero de 2004

A la determinación de lotes equitativos se refiere no sólo el art. 1061 Cc., sino el 786 Lec. Ambos preceptos recogen una fórmula amplia a fin de permitir la suficiente discrecionalidad (que no arbitrariedad), que equilibre los intereses y derechos de los partícipes en la sociedad liquidada. La jurisprudencia ha dicho que el art. 1061 Cc. «tiene el carácter más bien orientativo y facultativo que de imperativa observancia». No impide estimar que lo más equitativo en el caso es formar un solo lote con los bienes muebles de la masa y la maquinaria agrícola, que deberá quedarse el marido debiendo entregar a la mujer la mitad de su valor.

68 2005-2006 (XI-XII)

• **APLICACIÓN DEL ART. 1062 Cc.**

S. APH 10 de noviembre de 2004

El art. 1062 Cc. es aplicable a la liquidación del régimen económico matrimonial, vigente la

Compilación por aplicación supletoria del art. 1410 Cc. y ahora por la remisión contenida en el art. 88 Lrem. Por ello, cuando se trata de poner fin a la situación de indivisión en que se hallan varios inmuebles aparentemente indivisibles o cuya división haría desmerecer mucho su valor, y uno de los condueños se opone a que dichos bienes, o algunos de ellos, sean adjudicados en pleno dominio al otro, tiene derecho a que los referidos bienes sean vendidos en pública subasta, con admisión de licitadores extraños, y se reparta entre ellos su precio.

61 2005-2006 (XI-XII)

• EJECUCIÓN

A. APZ 15 de diciembre de 2004

El auto aprobatorio de un cuaderno particional tiene aparejada ejecución porque su ejecución implica la de la sentencia dictada en el procedimiento promovido para la liquidación del haber consorcial. La aprobación del cuaderno particional impone la entrega de lo adjudicado, por lo que el acuerdo aprobatorio no puede ser tenido como meramente declarativo.

84 2005-2006 (XI-XII)

• FALTA DE MOTIVACIÓN

S. TSJA 47/2013, 5 de noviembre de 2013

Considera esta Sala que en el presente caso se ha producido una falta de respuesta de la sentencia recurrida a todo lo indicado en fundamento anterior [cuál era la legislación aplicable, si lo era directamente el Cc. en la redacción anterior a 1981 o la legislación aragonesa, teniendo en cuenta que el matrimonio se contrajo en febrero de 1926 vigente ya el Apéndice; reglas aplicables a la liquidación de determinadas deudas, etc.], lo cual debe ser incardinado, más bien, en falta de motivación con infracción del art. 218.2 Lec. Ello determina en el presente caso la anulación de la sentencia recurrida y la reposición de las actuaciones al momento en que se hubiera producido la infracción, que es el del dictado de la sentencia (art. 476.2, último párrafo). Y ello por cuanto la estimada fracción

de falta de motivación priva a la parte recurrente del conocimiento de las razones de la desestimación de su recurso, con consiguiente dificultad de articular con seguridad el recurso de casación.

54 RDCA-XIX-2013

• FASES DE LA LIQUIDACIÓN

S. APH 17 de noviembre de 2008

En el procedimiento judicial previsto para la liquidación del régimen económico matrimonial en los arts. 806 y ss. Lec. hay que distinguir dos fases: la de formación del inventario (art. 809) y la de valoración de los bienes o liquidación propiamente dicha (art. 810).

28 RDCA-2010-XVI

• INNECESARIEDAD DE LIQUIDACIONES SEPARADAS

S. TSJA 7/2012, 29 de febrero de 2012

El matrimonio contraído en 1923 se disolvió por la muerte del marido en 1937, posteriormente murió la viuda. En la liquidación del consorcio conyugal se ha incluido la liquidación de la herencia de la viuda, teniendo en consideración que dos de los litigantes, como hijos únicos de ella, son sus herederos. De este modo liquida el consorcio conyugal y la herencia de la madre, que comprendía, como haber partible, una cuarta parte de dichos bienes, como privativos de ella, además de su participación en el consorcio. La forma de llevar a efecto esta liquidación y adjudicación no afecta a los derechos de los restantes litigantes, de donde resulta la innecesariedad de liquidaciones separadas.

22 RDCA-2012-XVIII

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 régi-

men matrimonial de los padres del peticionario, arts. 806 y siguientes LEC. El instante del procedimiento es heredero de su madre 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 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 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 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».

60 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• LEGITIMACIÓN PASIVA

S. JPI Zaragoza n° 6, 12 de junio de 1995

Se estima la excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta por uno de los hijos demandados conjuntamente con la esposa, porque los actos liquidatorios del consorcio conyugal no afectan a los hijos y el art. 1402 Cc. sólo permite la intervención de los acreedores.

55 1997, III (núm. 1°)

• NATURALEZA Y EFECTOS

S. APZ 21 de enero de 2004

El proceso especial de división judicial de patrimonios de la nueva Lec. recoge esencialmente los principios de los juicios de testamentaría de la Lec. de 1881, tienen una naturaleza muy próxima a la jurisdicción voluntaria, pues la iniciativa corresponde a los restantes (art. 789 Lec.). Pero el inventario del activo y

pasivo del régimen económico matrimonial fijado en sentencia firme produce el efecto de cosa juzgada respecto de los bienes y derechos plenamente identificados en ella; las cuestiones sobre las que no haya habido resolución expresa quedan incardinadas en el art. 787.5 Lec.

68 2005-2006 (XI-XII)

• 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 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 reconventional, que no fue admitida a trámite.

33 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• PROCEDIMIENTO

S. JPI Monzón 15 de febrero de 1995

Iniciada la liquidación por los trámites del juicio de testamentaria, ante la falta de conformidad de las partes en el inventario del patrimonio común, la liquidación debe hacerse en el juicio ordinario correspondiente (art. 1088 Lec.).

44 1997, III (núm. 1°)

S. APH 5 de junio de 1998

El procedimiento a seguir cuando la formación de inventario deviene contenciosa no es directamente el juicio ordinario de menor cuantía sino el juicio incidental, por los trámites correspondientes, previsto en el art. 1088 Lec., y ello después de haber agotado todas las fases de esta especie de conciliación o arbitraje obligatorio en que consiste la testamentaria, principalmente el nombramiento, y consiguiente dictamen o cuaderno particional, del contador-partidor dirimemente, frente al cual surge la oportuna acción de impugnación por razones formales o de fondo.

11 1999, V (núm. 2º)

A. APH 26 de febrero de 1999

Según el art. 55.3 Comp., a falta de acuerdo, el inventario de una comunidad conyugal disuelta debe practicarse en la forma prevenida por la LEC para el juicio de testamentaria (arts. 1054 a 1093); a tal efecto debe abrirse la correspondiente pieza separada en ejecución de sentencia y deben realizarse todos los actos previstos en la testamentaria a pesar de que las partes discrepen sobre alguno de los aspectos de la liquidación, de forma que el juicio ordinario previsto en el art. 1088 LEC sólo podría iniciarse con posterioridad, después de que el contador dirimemente haya elaborado el cuaderno particional. Remisión a lo dicho en la S. APH de 4 febrero 1991.

10 2000, VI (núm. 2º)

S. APH 18 de enero de 2000

El juicio ordinario de menor cuantía tramitado autónomamente es inadecuado para la liquidación y división del consorcio conyugal y, por tanto, nulo de pleno derecho. El procedimiento para la liquidación de la sociedad conyugal de las partes debe sustanciarse por todos los trámites previstos en los artículos 1063 y ss. de la LEC 1881 para el juicio de testamentaria, no debiendo remitirse las partes al juicio ordinario, aunque exista oposición entre ellas, mientras no concluyan todos los trámites de la testamentaria. Amplia argumentación al respecto.

16 2001-2002 (VII-VIII)

S. APH 25 de octubre de 2000

El presente proceso de liquidación de sociedad conyugal se ha tramitado indebidamente por el cauce del juicio de menor cuantía en lugar de acomodarse a los trámites legalmente previstos en los artículos 1063 y ss. de la LEC, por lo que se declara la nulidad de todo lo actuado desde la admisión de la demanda y se tiene por promovido el procedimiento de liquidación a sustanciar por los trámites adecuados. Amplia fundamentación jurisprudencial y legal.

25 2001-2002 (VII-VIII)

S. APH 29 de julio de 2011

Los herederos del esposo interesan en su recurso de apelación que se declaren como bienes consorciales y postconsorciales y figuren en el inventario, determinados bienes por pertenecer todos ellos a la sociedad postconsorcial que se constituyó tras el fallecimiento del referido esposo en 1975. Alegan que, tras haber fallecido su causante, sin descendencia y sin haber otorgado testamento, se habría constituido la llamada sociedad postconsorcial entre ellos, y la viuda de éste, la Sra. Regina, extendiéndose dicha sociedad postconsorcial hasta el año 2005, fecha en la que falleció la esposa. No desconocemos que, disuelto el consorcio conyugal, y antes de procederse a su liquidación, existiría una sociedad o comunidad postconsorcial. Pero también que de no separarse ambas liquidaciones, la del consorcio y la del postconsorcio, nunca vamos a tener un inventario terminado sobre el que iniciar las operaciones particionales. Por todo ello, no creemos que pueda hacerse una liquidación conjunta del consorcio y del postconsorcio. La resolución del Juzgado debería haberse adoptado por sentencia.

60 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 37/2012, 22 de noviembre de 2012

El proceso de liquidación del régimen económico conyugal se regula en el art. 810 Lec., que en caso de no lograr acuerdo y tener que nombrar partidor y, en su caso, peritos, remite al trámite de los arts. 785 y ss. El 787, a su vez, previene en su apartado 5 que, si no hubiere conformidad con el cuaderno particional, la

sustanciación del procedimiento continúa con arreglo a lo dispuesto para el juicio verbal. Pero la sentencia que recaiga no tendrá eficacia de cosa juzgada, pudiendo los interesados hacer valer los derechos que crean corresponderles sobre los bienes adjudicados en el juicio ordinario que corresponda. Doctrinalmente ha sido objeto de debate el alcance de la disposición, en cuanto no atribuye a la sentencia el efecto de cosa juzgada.

52 RDCA-2012-XVIII

• *RECURSO DE CASACIÓN*

A. TSJA 15 de febrero de 2013

Voto particular: La sentencia de la Audiencia al resolver el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia en la oposición a las operaciones practicadas por el contador partidor, aunque no produzca efecto de cosa juzgada (art. 787.5 Lec.), es recurrible en casación, si bien, ante un posible posterior juicio declarativo ordinario con su recurso de casación, como la Sala de casación no puede pronunciarse dos veces sobre la misma cuestión, la ausencia de cosa juzgada del art. 787.5 Lec. no debe entenderse en el sentido de que la liquidación pueda volver a realizarse en el juicio ordinario, sino que en éste los interesados pueden hacer valer sus derechos sobre bienes adjudicados, permitiendo plantear en el proceso pleno posterior aquello que no tuvo cabida en el proceso de liquidación.

9 RDCA-XIX-2013

• *VALORACIÓN DE LA VIVIENDA PROTEGIDA*

S. APH 26 de mayo de 2009

La APH sigue la doctrina establecida por la STS de 4/4/2008: 1º La vivienda no descalificable debe ser valorada de acuerdo con el valor oficial; 2º La vivienda descalificable debe ser valorada de acuerdo con un criterio ponderado: se aplicará el valor de mercado en el momento de la extinción del régimen, rebajado en la proporción que resulte en relación al tiempo que falte para la extinción del régimen de pro-

tección. En el caso partimos de los 147.500 euros que el informe pericial señala como valor de mercado de la vivienda, y de los 101.539,62 euros como vivienda protegida. Teniendo en cuenta que faltan dos años hasta que pueda ser descalificada, consideramos que debe asignársele un valor de 141.372 euros. Para llegar a esa cantidad hemos tenido en cuenta la diferencia de valores dividida por los 15 años de duración del plazo durante el que no puede ser descalificada.

25 RDCA 2011, XVII

• *VALORACIÓN DE LOS BIENES*

S. TSJA 37/2012, 22 de noviembre de 2012

La valoración de los bienes, que es cuestión de hecho no susceptible de casación, ha de hacerse a la fecha de la liquidación.

52 RDCA-2012-XVIII

PROCEDIMIENTO DE FORMACIÓN DE INVENTARIO

• *RECURRIBILIDAD EN CASACIÓN*

A. TSJA 28 de octubre de 2016

La Sala ha venido siguiendo el criterio del TS sobre la irrecurribilidad de la sentencia de apelación dictada por la Audiencia Provincial en incidente de oposición a la formación de inventario, por entender que no constituye una segunda instancia (ATSJA de 15/2/2013). Pero se ha producido un cambio de criterio en el TS, que aparece en Autos de 9 de marzo, 6 de julio y 28 de septiembre de 2016, conforme a los cuales «... la doctrina de la irrecurribilidad queda superada a partir de la sentencia del Pleno de esta Sala de 21 de diciembre de 2015, en el recurso de casación nº 2459/2013 ... La prioridad del procedimiento especial para la liquidación del régimen económico matrimonial sobre el juicio ordinario y la consideración de que el primero comprende en realidad dos procedimientos diferentes, el de formación de inventario (arts. 808 y 809 Lec.) y el de liquidación en sentido estricto (art. 810 Lec.)

desvirtúan en gran medida la naturaleza incidental de la sentencia que pone fin al procedimiento de inventario».

23 RDCA-XXIII-2017

67: COMUNIDAD CONYUGAL CONTINUADA

BIENES COMUNES

S. TS 1 de julio de 1996

El negocio denominado Viveros J.B. era un bien consorcial del matrimonio, fallecido el marido, y con base en el segundo testamento mancomunado de ambos cónyuges, y en aplicación de los arts. 60 a 63 y 65 Comp. (cuyos preceptos no nos es dado examinar aquí, por lo que ya se dijo en el fundamento jurídico 4º de esta resolución), el expresado negocio pasó a pertenecer a la comunidad conyugal continuada existente entre la viuda y los tres hijos del matrimonio.

6 1997, III (núm. 1º)

CARGAS Y DEUDAS COMUNES

• OBLIGACIONES DEL CÓNYUGE FALLECIDO

S. JP II Ejea n° 2, 28 de junio de 1994

A la muerte del heredero de la casa, la viuda continúa con los hijos la comunidad conyugal; como representante de la casa, la viuda está obligada al cumplimiento de las obligaciones derivadas del pacto sucesorio en el que se instituyó heredero al marido fallecido.

16 1996, II (núm. 2º)

COMPATIBILIDAD CON LA VIUEDAD

S. APH 8 de agosto de 2000

El derecho a poseer los inmuebles heredados no corresponde a los nudos propietarios, tampoco cuando existe comunidad conyugal continuada, que es compatible con la viudedad: aunque los frutos y rendimientos pasen en tal caso a la masa patrimonial común, la posesión y

administración de los bienes seguiría correspondiendo al viudo usufructuario, por viudedad y por ser el gestor nato de la comunidad conyugal continuada.

17 2001-2002 (VII-VIII)

CUÁNDO TIENE LUGAR

S. TS 1 de julio de 1996

El negocio denominado Viveros J.B. era un bien consorcial del matrimonio, fallecido el marido, y con base en el segundo testamento mancomunado de ambos cónyuges, y en aplicación de los arts. 60 a 63 y 65 Comp. (cuyos preceptos no nos es dado examinar aquí, por lo que ya se dijo en el fundamento jurídico 4º de esta resolución), el expresado negocio pasó a pertenecer a la comunidad conyugal continuada existente entre la viuda y los tres hijos del matrimonio.

6 1997, III (núm. 1º)

S. APZ 31 de julio de 2001

La Compilación distingue tres supuestos de c.c.c en sus art. 60 y 61: primera la obligatoria, que tiene lugar cuando se ha pactado con capítulos o dispuesto en testamento mancomunado; la segunda, la potestativa, cuando a falta de pacto o de disposición, hubiera quedado descendencia del matrimonio; y la tercera, denominada por la doctrina «impuesta», que es la que surge de un acuerdo tácito cuando en el plazo de un año desde la muerte de cónyuge premoriente los interesados no muestran voluntad contraria. Ahora bien, dicha comunidad, en todo caso, debe estar constituida por el cónyuge y los herederos del premuerto, y en este caso la misma no puede existir ya que hubo un encargo fiduciario, de manera que hasta que no se ejecute la fiducia no se sabe quiénes son los herederos y por tanto no puede existir la pretendida c.c.c

41 2003-2004 (IX-X)

S. TSJA 24 de mayo de 2002

Según la sentencia no puede haber comunidad conyugal continuada en caso de fiducia sucesoria por no existir todavía herederos del causante. Se aprecia, en cambio, la existencia

de comunidad posconsorcial. Presupuestos objetivos. Limitaciones introducidas por la Compilación de 1967.

10 2001-2002 (VII-VIII)

• CONTINUACIÓN CON LOS DESCENDIENTES

S. APT 5 de diciembre de 1995

Disuelta la sociedad conyugal de los padres de los litigantes por muerte del primero de ellos, continuó la misma entre la viuda y sus tres hijos al no haber pedido la liquidación ninguno de los interesados en la comunidad (arts. 52 y ss. y 60 y ss. Comp.).

29 1997,III (núm. 1º)

S. JPI Zaragoza nº 10, 15 de noviembre de 2000

A la muerte del causante, la viuda y sus cuatro hijos continuaron la comunidad conyugal por acuerdo tácito de todos ellos ya que, si al fallecimiento de uno de los cónyuges queda descendencia común, aunque no haya menores de edad y aunque el matrimonio nada haya previsto al efecto, la comunidad conyugal continuará entre los descendientes que sucedan en todo o parte de la explotación familiar, siempre que ninguno de los partícipes se oponga formalmente a la continuación.

62 2001-2002 (VII-VIII)

DISOLUCIÓN Y DIVISIÓN

• PARTICIÓN EN TESTAMENTO DEL VIUDO

S. APT 5 de diciembre de 1995

La viuda y madre de los litigantes otorga testamento en el que les instituye herederos en todos sus bienes y acciones y, a la vez, efectúa la distribución de todos los bienes del matrimonio (de los suyos propios y de los de su esposo, que permanecían indivisos) entre los tres hijos adjudicando a cada uno de ellos lotes concretos. Esta partición es perfectamente válida, dado lo prevenido por el art. 1056 Cc. en relación con el 1.2 y los 53, 65 y 67 Comp., y porque los tres hermanos nombrados herederos expresaron, en las escrituras de aceptación de la herencia y de ratificación

de la partición, su acuerdo y conformidad con la partición y concretas adjudicaciones.

29 1997, III (núm. 1º)

68: VIUDEDAD

681: DISPOSICIONES GENERALES

EXTINCIÓN

S. JPI Zaragoza nº 4, 27 de septiembre de 2005

Acreditado que los cónyuges se encontraban separados de hecho desde el año 2002, se pide la extinción del derecho de viudedad al amparo del art. 94 Lrem., que debe interpretarse de forma similar al art. 216 Lsuc., que impide el llamamiento al cónyuge sobreviviente si estuviere separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente. Pero esta interpretación similar no cabe, por prohibirlo el art. 4-1 Cc, pues la Lrem. sólo ha previsto la extinción de la viudedad a causa de la admisión a trámite de la demanda de separación; el legislador no ha considerado suficiente que la situación de separación de hecho pueda impedir la finalidad de la viudedad.

62 2007, XIII

S. APH 5 de octubre de 2006

La extinción del Derecho de viudedad opera por ministerio de la Ley por la mera admisión de la demanda de separación, salvo que los cónyuges pacten su mantenimiento mientras el matrimonio subsista, tal y como lo dispone el art. 94 Lrem. Por lo demás, no puede admitirse que también se pretenda que el derecho renazca, puesto que ha sido estimada la demanda de separación y no consta que con posterioridad haya habido reconciliación de los cónyuges.

29 RDCA 2008, XIV

FUENTES

S. TSJA 11 de julio de 1994

La viudedad tiene su propio sistema de fuentes en el art. 75.1 Comp., si bien, antes de la posible aplicación del Cc., han de ser tomados en consideración los principios generales

en los que tradicionalmente se ha inspirado el ordenamiento jurídico aragonés. En principio, no admite otras fuentes de interpretación o integración que las propias del Derecho aragonés.

13 1995, I (núm. 1º)

S. APT 6 de noviembre de 1999

Al usufructo viudal aragonés le son aplicables supletoriamente, ex art. 1.2 y 75.1 Comp., las normas del Código civil relativas al usufructo.

24 2000, VI (núm. 2º)

INTERPRETACIÓN

S. APT 6 de noviembre de 1999

En materia de viudedad, cualquier interpretación que deba hacerse, bien de las cláusulas o estipulaciones, bien —entendemos que por analogía— de normas o de actuaciones y conductas, debe realizarse «siempre en sentido favorable a la misma», art. 75.2 Comp., y en el caso de autos no ha quedado probada la actuación maliciosa de la viuda.

24 2000, VI (núm. 2º)

LIMITACIONES

S. TSJA 11 de julio de 1994

El art. 73.1 contiene una restricción legal imperativa que impone que el usufructo viudal no puede exceder de la mitad del valor del caudal hereditario. De la imperatividad de la norma, y de la concurrencia de las circunstancias en ella prevista, se deriva la ineficacia absoluta de la disposición testamentaria (válida) que establece un «usufructo viudal universal».

13 1995, I (núm. 1º)

S. APZ 16 de septiembre de 1996

Se declara la nulidad de cláusula testamentaria en que el testador «lega a su esposa el usufructo universal de su herencia, con cargo al tercio de libre disposición», tratándose de bínubo con descendencia conocida con anterioridad. El art. 73 Comp. tiene carácter imperativo y persigue asegurar a los descendientes

anteriores a las segundas nupcias la plena propiedad de la mitad del caudal relicto, interpretación más acorde con el art. 125 Comp., que no permite gravámenes sobre la legítima a favor del cónyuge.

27 1997, III (núm. 2º)

S. JPII Teruel nº 1, 18 de marzo de 1997

La sentencia reconoce el derecho de usufructo a la viuda del causante bínubo y con hijos de anterior matrimonio, pero lo limita a los bienes adquiridos por el causante durante el segundo matrimonio, de conformidad con el testamento del causante (atribuía la viudedad sólo sobre los bienes consorciales de su matrimonio con ella), la renuncia en escritura pública de la demandante a la viudedad sobre los bienes privativos o consorciales del anterior matrimonio del causante y el reconocimiento de la viudedad así limitada por los hijos herederos en cuaderno particional.

13 1999, V (núm. 1º)

S. APZ 6 de julio de 1999

Sobre el usufructo viudal que corresponde al viudo y demandado sobre los bienes que integran la herencia de Dña. Victoriana, éste se extiende a la mitad indivisa de la casa y el olivar (la otra mitad es de su titularidad dominical), pero no a las cantidades de dinero privativas de la esposa porque se han obtenido con posterioridad a la separación de hecho de los esposos (se separan en 1975 y la esposa fallece en 1997) y el Derecho de viudedad es una institución de Derecho de familia.

37 2000, VI (núm. 2º)

• DESCENDENCIA ANTERIOR

S. APZ 7 de marzo de 1994

La renuncia al derecho expectante de viudedad no implica la renuncia al derecho de viudedad foral; límites al usufructo viudal concurrendo el cónyuge viudo con descendencia del premuerto. Nulidad parcial de una cláusula testamentaria por lesionar la legítima.

30 1996, II (núm. 1º)

S. APZ 18 de junio de 2001

Si bien es cierto que el esposo de la difunta tuvo usufructo viudal sobre la mitad del dinero de la libreta (y que ahora es objeto de reclamación, pues dicha cantidad de dinero pertenecía a la madre de los actores), no es menos cierto que el referido usufructo concluyó a la fecha del segundo matrimonio del cónyuge superviviente y padre de los actores, y que, además aunque nunca lo haya pretendido la cónyuge del bínubo premuerto su derecho de viudedad no podrá excederse a bienes cuyo valor exceda de la mitad del caudal hereditario, pues su esposo tenía descendencia conocida con anterioridad.

40 2003-2004 (IX-X)

NATURALEZA*S. TSJA 11 de julio de 1994*

Institución unitaria, aunque diversa en su forma evolutiva y en su contenido jurídico; de carácter familiar o acentuadamente familiar; inspirada en el «favor viduitatis» y enraizada en el pueblo aragonés.

13 1995, I (núm. 1º)

PRINCIPIOS*S. TSJA 11 de julio de 1994*

La viudedad es un derecho inalienable, renunciabile, reducible en su extensión, e inspirado en el principio del «favor viduitatis».

13 1995, I (núm. 1º)

PRIVACIÓN*S. APT 2 de julio de 1997*

Dado que los arts. 72 y ss. Comp. no regulan la materia que ahora nos ocupa, por aplicación de lo dispuesto en el art. 1.2 Comp. resultan aplicables los arts. 834 y ss. Cc. Al estar separada la actora del causante por motivos imputables a éste, se pone de manifiesto la culpabilidad del marido, y en consecuencia se ha de reconocer el derecho al usufructo de viudedad de la recurrente y, por ello, su legitimación procesal para promover la presente «litis». Si bien, acreditada su

legitimación, procede su desheredación en virtud del art. 855.1 Cc.

25 1998, IV (núms. 1º y 2º)

PUBLICIDAD*S. APH 30 de julio de 1998*

La viudedad, ya se encuentre en su primera fase —derecho expectante— o en la segunda —usufructo viudal—, es un beneficio legal o gravamen real que es oponible a terceros sin necesidad de inscripción en el Registro. Como con acierto señala la doctrina científica, esta institución familiar está investida de una publicidad legal que se sobrepone a la registral. Por ello, la Compilación no distingue entre transmisiones operadas dentro y fuera del Registro, sino que se refiere a todas ellas.

17 1999, V (núm. 2º)

RENUNCIA*S. APZ 14 de julio de 2006*

La facultad de renuncia al derecho expectante que en capítulos matrimoniales cada cónyuge otorgó al otro en los supuestos de enajenación de bienes inmuebles, no es una renuncia expresa, como exige el art. 76-2 Comp. La separación de hecho, cuya existencia se discute en el caso, no es una de las causas de extinción del derecho de viudedad contempladas en la Comp. o en la Lrem.

48 RDCA-2008-XIV

682: DERECHO EXPECTANTE DE VIUEDAD**BIENES AFECTOS**• **COMIENZO DE LA AFECCIÓN**

S. JPI Zaragoza nº 2, 18 de mayo de 1994

Estando «sub iudice» la reclamación, no puede estimarse que la porción de finca objeto de la misma hubiera entrado ya en el patrimonio del demandado y quedado sometida al dere-

cho expectante de viudedad que configura el art. 76.1 de la Compilación.

13 1996, II (núm. 2º)

• **LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO**

S. APH 10 de julio de 1995

La excepción de litisconsorcio pasivo necesario debe ser rechazada, pues hay que partir de que las fincas discutidas son privativas de los demandantes reconvénidos, correspondiéndoles a ellos la administración y disposición sobre dichos bienes. Por ello la cuestión debatida no puede afectar a las esposas directamente, y aun cuando el resultado del pleito pudiera afectarles de manera refleja, su interés protegerie cabría ejercitarlo al hacerse efectivo su derecho de viudedad, es decir, a la muerte de su marido.

18 1997, III (núm. 1º)

S. APH 5 de octubre de 1995

Cuando los bienes son privativos del cónyuge demandado no es necesario demandar también a su consorte, y ello aun cuando dichos bienes estén afectos al derecho expectante de viudedad, ya que el interés del cónyuge con derecho expectante queda garantizado al hacerse efectivo su derecho de viudedad, es decir a la muerte, en este caso, de su esposa.

19 1997, III (núm. 1º)

S. TSJA 12 de febrero de 1996

Los recurrentes alegan la falta de litisconsorcio pasivo necesario al no formular los demandados su demanda reconvencional también contra las esposas de los actores-reconvénidos. Ante ello, la Sala señala que, aun recayendo el derecho expectante de las esposas sobre los bienes privativos de los actores, dicho derecho en nada queda afectado aun cuando no sean citadas al juicio, por lo que no procede esta excepción.

1 1997, III (núm. 1º)

S. APH 10 de junio de 1997

La demandada no tiene ningún interés en la finca controvertida por ser un bien privativo de su esposo, y aunque fuera cierto que a la

misma le correspondiere el derecho expectante de viudedad, tal cosa tampoco justifica su intervención en los presentes autos, pues su derecho, si se ha visto perjudicado, siempre puede hacerse efectivo a la muerte del titular del bien.

10 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APZ 19 de enero de 1998

La excepción de litisconsorcio pasivo necesario no puede prosperar, pues la pretensión de que se llame al proceso al cónyuge del demandado por ostentar aquél un derecho expectante, supone no tener en cuenta ni el contenido del art. 76 Comp. ni del 405 Cc., conforme al cual la división de una cosa común no perjudicará a tercero.

33 1999, V (núm. 2º)

S. APH 8 de marzo de 2002

Los derechos que se ventilan en este juicio son de carácter hereditario, por tanto los bienes a los que afectan son privativos de la esposa, art. 38.1 Comp., y es al cónyuge titular al que corresponde la disposición de sus propios bienes, como señala el art. 51 Comp. Por ello, la cuestión debatida no puede afectar directamente a su consorte, por ello carece éste de legitimación pasiva en el proceso puesto que es la titular de los bienes quien puede defenderlos en juicio sin la intervención de su consorte.

49 2003-2004 (IX-X)

ENAJENACIÓN DE BIENES AFECTOS

S. TS 24 de mayo de 1995

Presupuesta la validez de los pactos documentados por las partes y del contenido real de los mismos ha de prosperar la petición de la parte actora de que dicho documento se eleve a escritura pública. En consecuencia se desestima lo solicitado de la parte demandada que pretendía la nulidad de tales acuerdos alegando su falta de renuncia al derecho expectante de viudedad, pues este derecho se regirá por lo preceptuado en el art. 76 Comp.

7 1996, II (núm. 1º)

S. APH 29 de octubre de 1996

El inmueble adquirido a título lucrativo durante el matrimonio tiene la consideración de bien privativo (art. 38 Comp.) y en base a los arts. 51 y 76.1º y 2º Comp. los titulares se hallan facultados para su enajenación, teniendo facultad dispositiva sobre el mismo sin precisar del consentimiento conyugal, aunque quede subsistente el derecho expectante de viudedad foral en favor de los cónyuges de los vendedores al no constar la específica renuncia a tal derecho.

13 1997, III (núm. 2º)

- **SIN RENUNCIA**

S. APH 21 de noviembre de 2000

El comprador es muy libre de negarse a perfeccionar el negocio si no se da la renuncia, pero habiéndolo perfeccionado sin tal renuncia y sin condicionar todas o algunas de las obligaciones del contrato a la ulterior realización de la renuncia al derecho expectante de viudedad, no puede dejar de cumplir con las obligaciones contractualmente asumidas alegando que el cónyuge del vendedor no ha renunciado a su derecho expectante. La renuncia no forma parte de la prestación del vendedor por lo que su falta no implica incumplimiento alguno por su parte. La conservación del derecho expectante permitirá la ulterior entrada en acción del art. 79 Comp.

27 2001-2002 (VII-VIII)

ENAJENACIÓN JUDICIAL DE BIENES INMUEBLES

S. JPI Zaragoza nº 3, 6 de julio de 2009

El marido ejercita acción tendente a que se declare subsistente su derecho expectante de viudedad sobre bien inmueble ejecutado en el curso del proceso hipotecario seguido contra su esposa, de carácter privativo, adjudicado a tercero y que poco antes de la interposición de la presente demanda fue transmitido por éste a otros. La declaración de subsistencia que se pretende no puede llevarse a cabo, toda vez que el derecho expectante de viudedad resulta inopo-

nible frente al tercer adquirente de buena fe, que confió en la exactitud registral que declaró en su día extinto el mismo, del que no hay constancia pudiera conocer ese supuesto vicio en la transmisión anterior, y por extensión al resto de sucesivos adquirentes (art. 34 LH).

65 RDCA 2011, XVII

EXTINCIÓN

S. APZ 11 de julio de 1994

Adquisición de un bien privativo sin que mediase por parte del otro cónyuge renuncia al derecho expectante de viudedad. Extinción del derecho expectante de viudedad respecto del esposo no enajenante: para tal acción sólo está legitimado el cónyuge titular del bien privativo, siempre que su cónyuge se negara a la renuncia por motivos injustificados.

36 1996, II (núm. 1º)

S. TSJA 4 de abril de 1995

Puede acordar también la extinción del Derecho expectante de viudedad el Juez de Primera Instancia, a petición expresa del propietario de los bienes, si el cónyuge titular del expectante se encuentra incapacitado o se niega a la renuncia con abuso de derecho (art. 76.2.2º Comp.). La acción para solicitar tal renuncia subsidiaria, corresponde al cónyuge enajenante y no a un tercero (aunque sea propietario de los bienes), habida cuenta de que lo que el Juez suple no es el consentimiento a la enajenación de bien privativo, sino la renuncia al derecho expectante.

1 1996, II (núm. 1º)

S. APZ 7 de febrero de 1996

La legitimación activa para ejercitar el derecho reconocido en el art. 76 únicamente la posee el cónyuge titular del bien privativo, cuya transmisión se ve dificultada por la negativa abusiva a la renuncia del derecho expectante de su consorte. Pero esta regulación no deroga ni elimina el derecho de todo interesado a acudir al amparo del art. 7 Cc.

20 1997, III (núm. 2º)

S. TSJA 30 de octubre de 1996

Para poder recabar del Juez la «extinción» deben concurrir: a) Un elemento personal, que el solicitante «propietario» sea uno de los cónyuges del matrimonio con los bienes que se relacionan, pero nunca un tercero, como es el adquirente; b) Un elemento temporal: que la petición o pretensión de la «extinción» debe efectuarse y conseguirse, con carácter general, antes de proceder a la enajenación del bien sobre el que recaía el derecho expectante; c) un elemento objetivo, que la norma no es aplicable exclusivamente a los bienes consorciales, supuesto en el que incluso la doctrina duda, pero sí que es evidentemente aplicable a los bienes propios de uno de los cónyuges; d) un elemento causal: debe concurrir alguno de los elementos que justifique la actuación judicial, y en lo que hace al abuso de derecho éste debe darse frente al otro cónyuge que pretenda la venta.

2 1997, III (núm. 1º)

S. JPI Zaragoza nº 2, 11 de diciembre de 1998

El Derecho expectante de viudedad se extingue, entre otras causas, por separación judicial, y en nuestro caso estamos ante una simple separación de hecho. Por lo tanto, le corresponde al viudo el usufructo vitalicio sobre la mitad de las dos fincas adquiridas constante matrimonio.

23 2000, VI (núm. 1º)

S. APH 8 de junio de 2005

La viuda, demandante y recurrente, pretende de los tribunales que se declare la existencia de viudedad sobre todos los bienes del premuerto por considerar que habiéndose separado antes de la entrada en vigor de la Ley aragonesa 3/85 de 21 de mayo subsistía, a pesar de la separación, su derecho expectante de viudedad, por no haber sido declarada cónyuge culpable, tal y como prevenía el art. 78 en su redacción de 1967. Analizadas las DT 4º Ley 3/85 así como la DT 12ª de la Comp. 1967; no procede la aplicación retroactiva de normas frente a los derechos adquiridos, pudiendo defenderse la subsistencia del expectante en estos casos frente

al cónyuge inocente; no obstante, en el caso de autos ambos cónyuges estaban incurso en causa de separación, por lo que podría predicarse respecto de ambos la culpabilidad con la consiguiente extinción del derecho expectante respecto de cada uno de ellos.

25 2007, XIII

• **ABUSO DE DERECHO**

S. APZ 7 de febrero de 1996

La actitud obstativa de los vendedores a entregar los bienes libres de cargas, amparándose en el derecho expectante, casi seis años después de la firma del contrato, constituye un ejercicio antisocial del mismo, por lo que no puede verse amparada tal conducta por los tribunales, que han de impedir el ejercicio anormal de la misma.

20 1997, III (núm. 2º)

S. TSJA 30 de octubre de 1996

El abuso de derecho, a que hace referencia la parte recurrente, está fuera del ámbito del art. 76 de la Comp., pues el abuso de derecho afecta y puede existir por parte del cónyuge que no está dispuesto a renunciar a su derecho expectante de viudedad frente al cónyuge a quien tal negativa le supone una imposibilidad o grave dificultad en la enajenación de un bien.

2 1997, III (núm. 1º)

S. APT 10 de septiembre de 2002

La existencia del derecho expectante de las esposas de los comuneros no puede impedir el derecho indiscutible e incondicional de todo copropietario a obtener la división de la cosa común, pues de lo contrario ello implicaría el ejercicio ilícito y abusivo del derecho (art. 7.2 Cc.), que conllevaría la extinción del expectante de conformidad con lo previsto en el art. 76.2.2º Comp., sin que a ello pueda oponerse la circunstancia de que tal petición debe efectuarse por el «propietario de los bienes» pues es evidente que el ejercicio de la acción de división lleva necesariamente implícita la solicitud de extinción de tal derecho expectante.

tante sobre los bienes que no resulten adjudicados en la división.

57 2003-2004 (IX-X)

S. JPI Zaragoza nº 2, 18 de noviembre de 2005

La reforma de 1985 añadió al art. 76-2 Comp. un segundo párrafo que prevé que el Juez pueda acordar la extinción del derecho expectante de viudedad si el cónyuge titular se niega a la renuncia con abuso de derecho. La expresión «con abuso de derecho» se relaciona con la necesidad de actuar de buena fe: se trata de que el otro cónyuge puede razonablemente esperar, según la estimación social media, una determinada conducta del titular del expectante, de modo que la negativa a la renuncia resulta objetivamente arbitraria e injustificada. En la duda, el juez, en aplicación del principio «favor viduitatis», habrá de resolver a favor de la subsistencia el derecho expectante. El art. 98-3 Lrem. ha ampliado el ámbito interpretativo del juez, «en razón de las necesidades o intereses familiares», para sustituir la voluntad obstativa del que no quiere renunciar.

63 2007, XIII

• *PENSIÓN COMPENSATORIA*

S. JPII Tarazona 18 de junio de 1997

El derecho de viudedad se extingue con la sentencia de separación al no mediar pacto en contrario, lo que debe ser tenido en cuenta para fijar la pensión compensatoria.

19 1999, V (núm. 1º)

• *POR DECISIÓN JUDICIAL*

A. APZ 27 de marzo de 2007

La extinción se puede producir por renuncia expresa, tácita presumiéndose ésta sin prueba en contrario mediante el consentimiento a la enajenación, por renuncia supletoria (decisión judicial) y por alguno de los casos previstos en la Ley. El art. 98-3 Lrem., lo mismo que su precedente el 76-2 de la Comp. introducido por la reforma de 1985, prevé que a

petición de uno de los cónyuges el juez pueda declarar extinguido el derecho expectante del otro sobre un bien en razón de las necesidades o interés familiar. Puede hacerlo en jurisdicción voluntaria si el cónyuge titular, emplazado y citado, no comparece ni manifiesta oposición alguna, como ha ocurrido en el caso de autos.

44 RDCA 2009, XV

FUENTES

S. APH 10 de julio de 1995

Tal y como dispone el art. 75 Comp., el derecho de viudedad contemplado en el art. 72 Comp. se rige, en orden de prelación, por pacto, la costumbre, las disposiciones del Tít. VI del lib. I, y por las del Código civil. A falta de pacto y de costumbre que puedan modificar las normas contenidas en dicho Título, y por lo que respecta al abono de mejoras y expensas hechas por el viudo usufructuario, se ha de aplicar el Código civil, según dispone el art. 84.2 Comp.

18 1997, III (núm. 1º)

NATURALEZA

S. APZ 7 de febrero de 1996

El derecho expectante de viudedad es un derecho personalísimo, de carácter familiar, que no impide la enajenación del bien, aunque su falta de renuncia afecta al bien transmitido con un gravamen real y de eficacia reipersecutoria.

20 1997, III (núm. 2º)

A. APZ 27 de marzo de 2007

El derecho expectante de viudedad sobre inmuebles es un derecho de naturaleza familiar de carácter real, ejercitable «erga omnes», constitutivo de una verdadera carga o gravamen, renunciable y fundado en la tradicional organización de la familia en Aragón.

44 RDCA 2009, XV

RENUNCIA*S. APZ 7 de marzo de 1994*

La renuncia al derecho expectante de viudedad no implica la renuncia al derecho de viudedad foral; límites al usufructo viudal concurriendo el cónyuge viudo con descendencia del premuerto. Nulidad parcial de una cláusula testamentaria por lesionar la legítima.

30 1996, II (núm. 1º)*S. APZ 7 de febrero de 1996*

En los bienes consorciales no se exige la renuncia expresa al derecho expectante, precisamente porque la ley exige el consentimiento de ambos para que la enajenación sea válida (art. 48), y estando ambos consortes, aunque nada se diga al respecto, «se presume» que la enajenación o su consentimiento equivale a la renuncia de aquel derecho. En el caso de los bienes privativos no se regula la presunción de la renuncia, pues el derecho expectante podría ser obviado, al no requerirse en la enajenación la presencia del cónyuge no titular de aquel derecho (art. 51)

20 1997, III (núm. 2º)• **ANALOGÍA***S. APZ 7 de febrero de 1996*

En lo que hace a la regulación de la renuncia al derecho expectante, según los bienes sean consorciales o privativos, no deben ir más allá de las diferencias de su teleología. Las razones de identidad entre la venta de bienes comunes con presunción de renuncia y la venta del bien privativo que constituye el domicilio familiar, encuentra una analogía superior en grado a la del art. 4 Cc. Existe una identidad de tratamiento, regulado específicamente en el art. 51.

20 1997, III (núm. 2º)• **NO ES PRECISA EN LA DISOLUCIÓN DE CONDOMINIO***A. Pres. TSJA 22 de octubre de 1992*

No es precisa la renuncia al expectante derecho de viudedad por parte de los cónyuges

de los comuneros casados para que, al extinguirse el condominio sobre unas fincas y adjudicarse las mismas a los comuneros, quede extinguido el expectante que los cónyuges de los comuneros ostentaban sobre su respectiva cuota. Y ello, no porque la disolución de comunidad no pueda equipararse a la enajenación de la que habla la Compilación, sino porque, de sostenerse lo contrario, se llegaría a la contradictoria situación de una concurrencia de derechos expectantes de viudedad sobre las antiguas cuotas indivisas y sobre los bienes adjudicados.

48 1996, II (núm. 1º)• **REQUISITOS***S. TSJA 2 de diciembre de 2005*

Alega la recurrente que la renuncia a su derecho expectante hecha por un apoderado suyo no cumple los requisitos previstos en la ley de ser, expreso, personal y hecho en documento público. El Tribunal rechaza el recurso puesto que la recurrente otorgó poder en favor de su cuñada para que entre otras cosas pudiera vender ciertas fincas, autorizándola también a renunciar a su derecho viudal en cada una de las fincas que se vendieran tanto en nombre de la poderdante como en nombre del marido de ésta (que también dio poderes a la misma persona); por ello es evidente que se cumplen los requisitos de los art. 74 y 76 de la Comp.

4 2007, XIII**SOBRE BIENES LITIGIOSOS***S. APH 4 de septiembre de 1996*

Con la demanda se pretende el reconocimiento de la existencia de una servidumbre de paso sobre una finca del demandado; siendo la finca privativa de éste no es precisa la intervención en el proceso de su cónyuge, aunque exista el derecho expectante de viudedad (Ss. APH 11 enero, 10 julio y 5 octubre 1995).

10 1997, III (núm. 2º)

S. TSJA 10 de abril de 2003

En la acción de nulidad de testamento y reivindicación de bienes privativos heredados por persona casada no es necesario demandar también al cónyuge titular del derecho expectante de viudedad. Al ser bienes privativos, la demandada podría disponer de ellos sin contar con el consentimiento de su marido, lo que la capacita para que pueda defenderlos en el proceso sin necesidad de que susposo resulte demandado.

14 2001-2002 (VII-VIII)

• **LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO***S. JPII Boltaña 7 de diciembre de 1994*

No hay litisconsorcio pasivo necesario en pleito en que es demandado un cónyuge por el hecho de que el otro podría tener viudedad sobre el bien cuya propiedad se discute.

25 1996, II (núm. 2º)

683: USUFRUCTO VIDUAL*S. TSJA 10 de junio de 2010*

Los bienes sobre los que recae el usufructo vidual pueden ser objeto de posesión tolerada por otro (en este caso un nieto de la actora recurrente en casación) y si el bien se pierde en manos del poseedor inmediato (el nieto), resulta aplicable el art. 457 Cc.

6 RDCA 2010, XVI

ACCIÓN DE DESAHUCIO POR PRECARIO*S. JPI Zaragoza nº 14, 14 de mayo de 2007*

La titular del usufructo de viudedad ejercita la acción de desahucio por precario del art. 250.1.2º Lec. contra la madre de su difunto esposo, heredera de éste y ocupante de la vivienda objeto de los presentes autos, de la que

es nuda propietaria. No existe duda alguna respecto a la legitimación de la actora para ejercitar la presente demanda dada su condición de usufructuaria del bien inmueble (arts. 101-1 Lrem. y 467 Cc.). El objeto de debate es si nos encontramos ante un precario o ante un comodato. La falta de indefinición temporal o del uso (sin límite alguno de tiempo) lleva al Juzgado a entender que no se constituyó ningún comodato, sino que existe una situación de precario por lo que procede la estimación de la demanda y el desalojo de la vivienda.

58 RDCA 2009, XV

COMIENZO Y EXTENSIÓN*S. TSJA 18 de septiembre de 2008*

La recurrente ocupa el piso litigioso con con justo título, en virtud de un contrato de comodato celebrado con su hijo en estado de soltero. Tras el fallecimiento de éste, en estado de casado, sin descendencia y sin haber otorgado disposición voluntaria, la recurrente, madre del fallecido, resulta ser su heredera (214 Lsuc.), sin que por ello se extinga el contrato de comodato, que sólo se extinguirá a su muerte o por otra causa legal; sólo entonces la viuda del hijo de la recurrente, como usufructuaria, podrá hacer efectivo su derecho de uso y disfrute sobre el inmueble en cuestión. La razón de ello no es otra que el derecho de goce previo de la recurrente, puesto que al tiempo de contraer matrimonio la recurrida con el hijo de la recurrente, ya existía a favor de ésta un contrato de comodato y por ello, el bien ingresó con esa carga previa al usufructo vidual.

5 RDCA 2009, XV

DERECHO TRANSITORIO*S. TSJA 12 de febrero de 1996*

De conformidad con lo dispuesto en la D.T. 4ª Comp., no se rigen por este Cuerpo legal los usufructos viduales causados con anterioridad a su entrada en vigor, y como quiera que el usufructo referido en el pleito comenzó el 18 de

noviembre de 1945, es evidente que todo lo concerniente a la liquidación de la comunidad conyugal debe regirse por las disposiciones del Apéndice.

1 1997, III (núm. 1°)

S. TSJA 27 de septiembre de 2002

Acaecido el fallecimiento del esposo en 1969, el usufructo vidual se rige por la normas de la Compilación, aunque el matrimonio hubiera celebrado vigente el Apéndice.

11 2001-2002 (VII-VIII)

DERECHOS Y OBLIGACIONES

S. TSJA 12 de febrero de 1996

El recurrido, en cuanto heredero de la usufructuaria, tiene derecho a retirar las mejoras que sean susceptibles de ello, sin detrimento de los inmuebles, de conformidad con lo dispuesto en el art. 72.3 del Apéndice, sin que pueda reclamar reintegro alguno por tales mejoras, tanto útiles como de recreo. En cuanto a los gastos de conservación, seguros y reparaciones, tanto ordinarias como extraordinarias, son de su cargo, al disponerlo así el art. 72.1 del Apéndice de 1925.

1 1997, III (núm. 1°)

S. APZ 2 de febrero de 1998

En aplicación de los arts. 72 y 79 Comp. le corresponde a la viuda el usufructo sobre la totalidad de la herencia, pero ello no le da derecho a imponer a los nudos propietarios la enajenación de los bienes objeto del usufructo (en el caso de autos unos fondos de inversión).

35 1999, V (núm. 2°)

S. APT 24 de julio de 2001

El arrendamiento no constituye un acto de disposición, sino de administración de los bienes, y además, la vivienda y local fueron adquiridas por su padre constante matrimonio, y por ello al fallecimiento del mismo su madre además de convertirse en cotitular del bien, adquirió el usufructo vidual del mismo en virtud

del art. 72 Comp., condición que le faculta ampliamente para administrar los bienes de la herencia y, por ello, para arrendarlos si así lo estima conveniente.

26 2003-2004 (IX-X)

• CONDICIÓN DE ARRENDADOR

S. JPII Alcañiz n° 2, 6 de julio de 2004

Al viudo usufructuario del bien consorcial dado en arrendamiento le corresponde la condición de arrendador del mismo y tiene legitimación para solicitar la resolución del contrato de arrendamiento por expiración del plazo y el correspondiente desahucio. Se desestima la excepción de falta de legitimación del usufructuario demandante.

91 2005-2006 (XI-XII)

• DERECHO SUPLETORIO

S. JPII Calamocha n° 1, 4 de noviembre de 2004

El usufructo de viudedad atribuye a su titular los derechos y obligaciones de todo usufructuario (art. 107 Lrem.), regulados en dicha Ley en los arts. 111 a 114 y en su defecto, en el Derecho común, como derecho supletorio, según art. 1.2 Comp. El usufructuario viene obligado a cuidar las cosas usufructuadas con la diligencia de un buen padre de familia (art. 497 Cc.), lo que supone el uso correcto y adecuado a su fin y naturaleza de las cosas usufructuadas, de forma que incurre en responsabilidad por los daños y perjuicios que cause en las cosas con dolo o negligencia. El incumplimiento de las obligaciones del usufructuario debe ser probado por quien lo alega. Aplicación supletoria de los arts. 480, 481, 482, 483, 497 y 498 Cc.

97 2005-2006 (XI-XII)

S. TSJA 34/2013 3 de julio de 2013

La regulación de la Compilación obligaba a remitirse en buena medida al Código civil, como Derecho supletorio, en cuanto a la naturaleza y contenido del usufructo (art. 467: derecho a dis-

frutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia), y derechos y obligaciones del usufructuario (arts. 471 a 512). La nueva regulación de 2003 incorpora, con algunas variantes y concreciones, las normas de la Compilación e incluye asimismo otras nuevas, como el art. 289 sobre derechos y obligaciones del usufructuario, sin por ello pretender hacer innecesaria la aplicación del Derecho supletorio.

34 RDCA-XIX-2013

• REPARACIONES

S. APZ 14 de febrero de 2006

Las reparaciones realizadas en la casa por la usufructuaria —que ha renunciado al usufructo (art. 514-4 Cc.) a favor de su hijo (el ahora demandante)— no han sido suficientes porque el estado de la casa se ha ido deteriorando, debiendo asumir en la actualidad las obras para evitar que el edificio se declare en estado de ruina. El art. 84-3 Comp. pone a cargo del usufructuario las reparaciones, tanto ordinarias como extraordinarias, cuando el nudo propietario sea descendiente del viudo.

44 RDCA-2008-XIV

ENAJENACIÓN DE BIENES DETERMINADOS

S. APZ 2 de febrero de 1998

El establecimiento de una renta vitalicia en sustitución del usufructo no puede imponerse, en Aragón, al usufructuario. Por ello, en aplicación del art. 83.1 Comp., los pactos acerca del usufructo vidual requieren, por esencia, el consentimiento del usufructuario de los nudos propietarios, por lo que no puede esta parte exigir una modalidad de cumplimiento del derecho de usufructo que no es aceptada por la actora usufructuaria.

35 1999, V (núm. 2º)

A. JPI Zaragoza nº 14, 26 de mayo de 1998

La viuda usufructuaria se allanó a la pretensión de los nudos propietarios de venta judicial

del pleno dominio del edificio: ello no implica que renunciase a subrogarse en el precio.

8 2000, VI (núm. 1º)

A. APZ (Secc. 4ª), 11 de diciembre de 2000

El allanamiento de la titular del usufructo viudal sobre la sexta parte indivisa del inmueble vendido, sólo supone por parte de la viuda su conformidad a que se enajene el pleno dominio del inmueble, pero en modo alguno es una renuncia a su derecho, ni, en consecuencia, a la subrogación en el precio de la venta obtenido como reconoce el art. 83.2 Comp.

47 2001-2002 (VII-VIII)

S. TSJA 24 de septiembre de 2003

En los supuestos de enajenación de bienes determinados cuando concurre el viudo usufructuario con el nudo propietario queda subrogado el precio en lugar de lo enajenado, de este modo el bien vendido ya no queda sujeto al usufructo, pero la persona viuda no pierde su derecho, al pasar a disfrutarlo sobre el precio. Esto sucedió en el caso de autos, pues al solicitarse la venta de la cosa común (acción de división) y enajenarse en pública subasta, el precio obtenido se subroga en su lugar. Pretender que el bien siga soportando el usufructo del cónyuge viudo de uno de los comuneros, es atentatorio al principio de interdicción del abuso de derecho

2 2003-2004 (IX-X)

S. TSJA 24 de septiembre de 2003

En aplicación del principio *favor viduitatis*, el usufructo vidual aragonés sólo se extingue por concurrencia de alguna de las causas previstas en el art. 86 Comp. En el presente caso no ha existido renuncia abdicativa, pues la demandada no concurrió nunca a la subasta y solicitó expresamente que en el anuncio se hiciera constar que el inmueble se hallaba gravado con su usufructo. Por ello, no cabe estimar que se haya producido la extinción por enajenación de la plena propiedad del bien con subrogación del precio adquirido en su lugar. Tampoco

se puede considerar que haya existido abuso de derecho.

2 2003-2004 (IX-X)

S. JPI Zaragoza n° 17, 10 de julio de 2007

El art. 108-2 Lrem establece un supuesto de subrogación real en el caso de enajenación de la plena propiedad concurriendo los nudos propietarios con la usufructuaria. De ello se deriva que el precio obtenido de la mitad indivisa siga siendo usufructuado por la madre de los litigantes hasta su fallecimiento, que se extingue el usufructo (art. 119-1 Lrem), por ello no cabe estimar la reclamación de la demandante sobre el hecho de computar el valor fiscal del usufructo.

RDCA 2009, XV

• *DIVISIÓN DE COSA COMÚN*

S. TSJA 5 de noviembre de 2001

La venta judicial de cosa indivisible y el reparto del precio obtenido en proporción a las respectivas cuotas de participación en la propiedad de la misma no extingue el derecho de usufructo, pues el allanamiento a la demanda de división del condominio en ningún caso conlleva la renuncia a sus derechos, si bien quedará subrogado el precio en lugar de lo enajenado al no constar pacto en contrario (art. 83.2 Comp.). La renuncia ha de ser expresa y constar en documento público

4 2001-2002 (VII-VIII)

S. APZ 28 de abril de 2009

A propósito del usufructo ordinario y la suerte del mismo con ocasión de la división de la cosa común, la jurisprudencia del TS ha sentado el criterio de su indemnidad: el usufructuario no es condómino y no puede mezclar su derecho con el de estos últimos, careciendo de legitimación para postular la división, pero quedando indemne por la misma. Se trata de derechos diferentes. La existencia del usufructo no obsta a la división, pero no resultará afectado

por ella. Para el usufructo de viudedad aragonesa el TSJA ha sentado doctrina contraria a la que resulta del TS para el usufructo ordinario: el usufructo de viudedad como consecuencia de su venta en pública subasta, no se extingue pero sí se transforma en usufructo de dinero. No se respeta el principio de indemnidad porque el usufructo ya no recaerá sobre el mismo objeto (art. 83.2 Comp., 108.2 Lrem.).

46 RDCA 2011, XVII

S. TSJA 18 de noviembre de 2009

La recurrente es propietaria de 1/6 parte y tiene el usufructo sobre 2/6 partes de la finca; una vez que se ejercita la acción de división (arts. 400 y 404 Cc.) y se procede a la enajenación del bien, el usufructo recae sobre el precio, por ello, las dos sextas partes del precio obtenido de la venta pública serán objeto de usufructo, en los términos establecidos en el fallo de la sentencia de primera instancia, siendo de aplicación lo establecido en el artículo 117 de la Lrem. Por las razones expuestas procede la desestimación del recurso de casación.

15 RDCA 2009, XV

• *USUFRUCTO DE DINERO*

S. JPI Zaragoza n° 3, 17 de mayo de 2007

Los dos hijos nudos propietarios de la mitad de la vivienda consorcial y su madre propietaria de la otra mitad y usufructuaria del resto la venden a un tercero. El Juzgado considera que no se ha acreditado la existencia de un pacto de reparto proporcional del precio entre los partícipes del piso. En aplicación del 108-2 Lrem., queda subrogado el precio en lugar de lo enajenado, de modo que el usufructo continúa sobre el dinero (art. 117 Lrem.) y la viuda no sólo tiene derecho a los frutos (intereses del dinero usufructuado) sino que puede disponer del mismo. El pacto en contrario permitido en el 108-2 Lrem. no precisa la forma de escritura pública pero ha de ser expreso y probado por quien sostiene su existencia.

59 RDCA 2009, XV

EXTENSIÓN• **CONSORCIO FORAL***S. TSJA 10 de marzo de 2009*

El recurrente denuncia infracción del art. 142 Comp. en punto a la incompatibilidad entre consorcio foral y usufructo vidual, que se declara en la sentencia recurrida, que afirma que el consorcio debe recaer sobre bienes adquiridos en pleno dominio, excluyendo las situaciones en que concurren los nudos propietarios con el cónyuge superviviente. El motivo debe ser aceptado por no existir ninguna incompatibilidad entre ambas situaciones, así se admitía en el Fuero de *Communi dividundo* y ya se afirma ahora en el art. 96 Lrem. En contra de ello se manifiesta el voto particular del Ilmo. Sr. D. Luis Fernández Álvarez que afirma que no nace el consorcio hasta que no haya entre hermanos facultad de goce, esto es, hasta que se extinga el usufructo vidual.

9 RDCA 2009, XV

EXTINCIÓN*S. APZ 18 de junio de 2001*

Si bien es cierto que el esposo de la difunta tuvo usufructo vidual sobre la mitad del dinero de la libreta (y que ahora es objeto de reclamación, pues dicha cantidad de dinero pertenecía a la madre de los actores), no es menos cierto que el referido usufructo concluyó a la fecha del segundo matrimonio del cónyuge superviviente y padre de los actores, y que, además aunque nunca lo haya pretendido la cónyuge del bínubo premuerto su derecho de viudedad no podrá excederse a bienes cuyo valor exceda de la mitad del caudal hereditario, pues su esposo tenía descendencia conocida con anterioridad.

40 2003-2004 (IX-X)

S. APH 22 de junio de 2001

El usufructo vidual aragonés sólo se extingue por las causas que señala la ley aragonesa, y no puede ser rescindido en atención al ejercicio abusivo o antisocial que alega el demandan-

te, pues esta circunstancia no se halla entre las causas legales de extinción del usufructo.

16 2003-2004 (IX-X)

S. TSJA 21 de diciembre de 2005

No es de aplicación el precepto cuya infracción se denuncia (art. 119.1.f Lrem.) puesto que, tras la muerte de su marido, la viuda reclamó su derecho, ya que a la muerte de su marido, y en escritura pública, sus hijos aceptan la herencia de su padre sobre los que recae el usufructo de la madre, así reconocido. El inmueble objeto de litigio ha estado poseído en concepto de precario por uno de los hijos al que adjudicó la nuda propiedad, inscribiéndose en el Registro ésta y la viudedad existente sobre dicho inmueble. Por ello, no se ha extinguido el usufructo por esta causa. Otra cosa hubiera sido que los recurrentes hubieran alegado la extinción del usufructo sobre bienes determinados, en concreto por haberse reunido el usufructo y la nuda propiedad, lo que podría haberse producido a través de una *usucazio libertatis*, aunque en el caso de autos fue imposible porque los precaristas nunca poseyeron en concepto de dueños, por ello subsiste el usufructo vidual.

6 2007, XIII

• **ACCIÓN DE DIVISIÓN***S. APZ (Secc. 4ª) 10 de febrero de 2003*

Si nadie está obligado a permanecer en la indivisión y cualquiera de los comuneros puede obligar por vía de acción de división a extinguir la comunidad por medio de la venta de la vivienda (que en este caso ocupa totalmente la viuda, cuando sólo le corresponde el 50% del usufructo), esta enajenación no puede verse condicionada al consentimiento de los cónyuges de los cotitulares, ni a la autorización judicial supletoria, pues ello supone introducir un condicionamiento o limitación a la acción de división. Por lo tanto es de estimar el recurso y declarar extinguido el usufructo de la demandada sobre el 50% del inmueble, recayendo el mismo usufructo sobre la mitad del precio que se obtenga con su enajenación.

28 2005-2006 (XI-XII)

- **ANALOGÍA**

S. JPI Zaragoza nº 14, 14 de enero de 1994

Las causas de extinción del usufructo vidual (art. 86 Comp.) no pueden aplicarse analógicamente para declarar la extinción de la fiducia sucesoria por separación de hecho de los cónyuges.

2 1996, II (núm. 2º)

- **CADUCIDAD**

S. APH 30 de julio de 1998

Como se desprende de los antecedentes históricos del art. 86.1.6º Comp., se trata de un caso de caducidad por no uso y no por falta de reclamación en sentido estricto, pues el usufructo nace sin necesidad de exigirlo de forma especial.

17 1999,V (núm. 2º)

- **CAMBIO DE VECINDAD CIVIL**

S. AP Valencia 10 de febrero de 1997

En el caso de autos los cónyuges estaban sujetos al derecho común al tiempo de fallecer el marido, pero por ser aragonés éste al tiempo de la celebración del matrimonio (1982) resulta aplicable el art. 16 Cc., de manera que, por el cambio de vecindad civil, no se pierde el derecho al usufructo vidual sobre todos los bienes del que primero fallezca.

31 1998, IV (núms. 1º y 2º)

- **NEGLIGENCIA GRAVE**

S. JPII Calamocha 12 de septiembre de 1997

Para que se produzca la extinción del usufructo de viudedad por incumplir el usufructuario sus obligaciones, con negligencia grave o malicia, es necesario probar tanto el incumplimiento como la negligencia o la malicia, prueba que no se ha producido en el pleito.

20 1999, V (núm. 1º)

S. APT 6 de noviembre de 1999

Los demandantes solicitan la extinción del usufructo de la viuda con base en el mal cuidado de los inmuebles por parte de ésta. Nada de ello resulta probado. Además, han tardado 30 años en ejercitar tal pretensión, sin caer en la cuenta que las reparaciones extraordinarias pesan sobre ellos y no sobre la viuda. En su caso, y si consideraban que la explotación llevada a cabo por la usufructuaria no era la adecuada deberían haber acudido a la vía del art. 85 en relación con el 87 de la Comp.

24 2000, VI (núm. 2º)

S. TSJA 27 de septiembre de 2002

No concurre el incumplimiento, con negligencia grave o malicia, de las obligaciones inherentes al usufructuario (art. 86.5º Comp.) para considerar extinguido el usufructo de viudedad. La extinción, de conformidad con el principio de «favor viduitatis», requiere la acreditación de una conducta gravemente descuidada o maliciosa.

11 2001-2002 (VII-VIII)

S. APZ (Secc. 5ª) 9 de diciembre de 2003

No consta una actuación negligente de las obligaciones del usufructuario. En cuanto al afianzamiento es de advertir que el testamento otorgado por el causante releva a su esposa del deber de inventariar y afianzar y ya, en fin y por último, en cuanto a la transformación del usufructo, porque falta el presupuesto del art. 87 Comp., a saber, la falta de acuerdo de la Junta de parientes o la resolución judicial referidas en el art. 85 Comp.

37 2005-2006 (XI-XII)

- **PRESCRIPCIÓN**

S. APH 20 de enero de 1994

Nulidad de venta de local comercial, perteneciente al consorcio conyugal, por falta deter-

minación del precio y por haber sido enajenado, en 1962, por el marido como representante de la sociedad conyugal; anulabilidad; prescripción adquisitiva; usufructo vidual. Se desestima el recurso.

8 1996, II (núm. 1º)

S. JPI Zaragoza nº 2, 11 de diciembre de 1998

No puede estimarse la petición porque no han pasado veinte años desde la muerte de Dña. Victoriana, único caso de no reclamación por el cónyuge viudo contemplado en el art. 86.5º Comp. como causa de extinción del usufructo vidual.

23 2000, VI (núm. 1º)

• **RENUNCIA**

S. AP Barcelona 23 de marzo de 1994

La renuncia al usufructo de viudedad (modo de extinción previsto en el núm. 1º del art. 86 Comp.) sólo alcanza sentido si abarca totalidad del derecho y cuando se produce sobre un bien determinado.

2 1997, III (núm. 2º)

S. APZ 26 de octubre de 1994

Renuncia de uno de los cónyuges a liquidar la sociedad conyugal, así como a su participación en los bienes consorciales y a la viudedad foral y universal concedida por su esposa: nulidad: contravención de norma imperativa; desprecio del derecho de terceros. No se puede renunciar a practicar la liquidación de la sociedad conyugal con carácter anticipado. La comunidad conyugal es una comunidad de tipo germánico. Son válidas la renuncia a la viudedad foral y al legado del usufructo.

42 1996, II (núm. 1º)

S. TS 20 de febrero de 1998

La escritura pública otorgada por una viuda fiduciaria en la que asigna a uno de sus hijos un piso arrendado y renuncia, además, al usufructo vidual que sobre dicho bien le co-

rresponde, ha de ser declarada nula, al evidenciar el ejercicio de la fiducia y la renuncia al usufructo sobre un bien concreto la elusión de normas de carácter imperativo de la legislación arrendaticia.

1 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APH 30 de julio de 1998

La Compilación prohíbe la renuncia tácita (arts. 76.2 y 86.1-1º) pero admite no sólo la renuncia abdicativa, sino también la llamada traslativa, y sin necesidad de declaración expresa en tal sentido, cuando el viudo concurre en el acto de enajenación de la plena propiedad con los nudos propietarios (art. 83.2; en parecidos términos: art. 76.2 para el derecho expectante); pero ha de ser renuncia traslativa a favor de un tercero a quien se enajena la plena propiedad, lo que no ocurre en el supuesto de división de una cosa común del viudo y los nudos propietarios.

17 1999, V (núm. 2º)

• **RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTOS**

S. APH 28 de enero de 1998

Fallecida la viuda, se resuelve el arrendamiento rústico por ella concertado como arrendadora sobre las fincas usufructuadas.

4 1999, V (núm. 2º)

• **VIDA MARITAL ESTABLE**

S. JPI Zaragoza nº 13, 15 de abril de 1994

Se aprecia la extinción del usufructo por llevar el cónyuge viudo vida marital estable, probada, además de otros fuertes indicios, por nacimiento de hijo con el varón con el que comparece ante notario declarando adquirir inmueble para su sociedad conyugal (aunque, en realidad, no estaban casados). Se deduce testimonio al Ministerio Fiscal a efectos penales, al faltar a la verdad sobre el estado civil ante fedatario y registro público.

10 1996, II (núm. 2º)

S. AP Lleida 17 de enero de 1995

Ha quedado suficientemente acreditada la concurrencia de la causa de extinción del usufructo vidual prevista en el art. 86.2 Comp., consistente en llevar el cónyuge viudo vida marital estable, lo que equivale a mantener una relación paraconyugal duradera con una misma persona. No es preciso sin embargo que concurren para ello los requisitos que expone el apelante (respeto y ayuda mutua, actuación en interés de la familia, convivencia, fidelidad y socorro mutuo), pues los mismos están tomados de la regulación del matrimonio en el Código civil.

39 1997, III (núm. 1º)

S. AP Barcelona 20 de abril de 1995

No habiendo prueba satisfactoria de las afirmaciones de los reconvinientes de que el viudo demandante ha convivido de forma estable con tercera persona, lo que provocaría la extinción de la viudedad foral conforme a lo establecido en el art. 86.2 Comp., no cabe declarar extinguido el derecho de viudedad del demandante.

38 1997, III (núm. 1º)

S. APZ 4 de octubre de 2004

Se considera que vivir maritalmente es vivir con afección conyugal, juntamente con las notas de publicidad, y estabilidad o permanencia, y la de que se forme un fondo común para el sostenimiento de esa relación, de forma que sus ingresos, en todo o en parte, estén confundidos. Corresponde la prueba a quien invoca esta causa de extinción.

76 2005-2006 (XI-XII)

FIANZA• **IMPORTE***S. TSJA 34/2013, 3 de julio de 2013*

El art. 285 CDFA no concreta el importe de la fianza por lo que deberá ser calculado según el prudencial criterio judicial, lógicamente en función del riesgo de desaparición o deterioro

de las cosas objeto del usufructo. En el caso del dinero, el art. 299 ordena restituir el valor actualizado de lo dispuesto por lo que, ante la posibilidad de que se pueda disponer de todo, no resulta ilógico ni irracional exigir fianza por el importe de todo el capital disponible. Podría ocurrir que el viudo expresara su necesidad de disponer de parte de dicho importe y la fianza se ajustara al mismo, pero ante la fácil disponibilidad de la totalidad del capital, el criterio adoptado resulta adecuado y no cabe su modificación.

34 RDCA-XIX-2013

• **MODALIDADES***S. TSJA 34/2013, 3 de julio de 2013*

Alega la recurrente que si para prestar aval bancario la entidad de ahorro le obliga a pignorar el dinero, por razón de garantía, o si deposita el dinero en el juzgado, se le está privando de la posesión de los bienes en usufructo (art. 283.4) así como de la posibilidad de disponer del dinero usufructuado (art. 299 CDFA). Dice el TSJA que posesión no es propiedad, hay obligación de restituir y subsiste la obligación de prestar fianza. Y añade que pueden ser exploradas fórmulas que permitan un afianzamiento menos oneroso para el viudo como la resultante del párrafo tercero del art. 494 Cc. consistente en la retención del dinero por el nudo propietario con la obligación de entregar al usufructuario su producto, aunque ello no evita la indisponibilidad para el usufructuario. También transformación del usufructo (art. 291 CDFA) y, en definitiva, cualquier otra fórmula que permita conjugar los intereses de ambas partes pues no es obligada ninguna modalidad concreta de afianzamiento.

34 RDCA-XIX-2013

GASTOS Y MEJORAS• **LEGITIMACIÓN***S. JPI Zaragoza nº 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

INALIENABILIDAD E INEMBARGABILIDAD

A. Presiden. TSJA 7 de marzo de 2001

Recurso gubernativo contra calificación registral que deniega la anotación preventiva de embargo sobre el usufructo de viudedad de determinadas fincas por ser inalienable. El Auto distingue entre inembargabilidad e inalienabilidad y entiende que el embargo está referido, no al derecho de usufructo que es personalísimo e inalienable, sino a los frutos o provechos resultantes de las fincas usufructuadas que sí pueden ser embargados.

1 2001-2002 (VII-VIII)

S. APH 22 de junio de 2001

La anulabilidad de la aportación del negocio denominado E. C. debe ser estimada por cuanto la demandada era usufructuaria del mismo, careciendo de facultades para poder aportar a la empresa dicho negocio. Y ello, porque aun cuando sí es posible enajenar el derecho de usufructo, arts. 480 y 490 Cc., no lo es

el usufructo vidual aragonés ex art. 83 Comp. sólo, y en su caso, se podría haber enajenado el negocio entero, si junto a la viuda hubieran concurrido el resto de los nudos propietarios, pero no ha sido así.

16 2003-2004 (IX-X)

INTERDICTO DE ADQUIRIR

• LEGITIMACIÓN

S. JPI Zaragoza nº 12, 4 de noviembre de 1998

La viuda, a tenor del testamento de su difunto esposo, ni es heredera, ni albacea, ni legataria pero el art. 79 Comp. le atribuye un derecho a poseer desde el fallecimiento del cónyuge, al igual que el art. 440 Cc. para el heredero. En consecuencia, la actora (viuda usufructuaria) está legitimada para formular el interdicto, por cuanto tiene un derecho a poseer los bienes hereditarios.

21 2000, VI (núm. 1º)

INTERVENCIÓN DE LOS NUDOS-PROPIETARIOS

S. APZ 21 de mayo de 1997

El art. 85 Comp. permite a los nudos-propietarios hacer advertencias o indicaciones al viudo sobre la administración y explotación de los bienes; pero en este caso, la forma indicada por las actoras —depósito bancario— supone una limitación de las facultades del usufructuario, que de momento no puede adoptarse por falta de prueba que la justifique.

44 1998, IV (núms. 1º y 2º)

INVENTARIO Y FIANZA

S. APZ (Secc. 5ª) 9 de diciembre de 2003

No consta una actuación negligente de las obligaciones del usufructuario. En cuanto al

afianzamiento es de advertir que el testamento otorgado por el causante releva a su esposa del deber de inventariar y afianzar y ya, en fin y por último, en cuanto a la transformación del usufructo, porque falta el presupuesto del art. 87 Comp., a saber, la falta de acuerdo de la Junta de parientes o la resolución judicial referidas en el art. 85 Comp.

37 2005-2006 (XI-XII)

• **POSESIÓN DEL USUFRUCTUARIO**

S. TSJA 34/2013 3 de julio de 2013

La regulación aragonesa, de forma más favorable al viudo que la de los arts. 482 y 491 del Cc. que establecen la obligación del usufructuario de prestar fianza antes de entrar en posesión de los bienes, atribuye la entrada en posesión de los bienes desde el fallecimiento del premuerto con todas las facultades inherentes a ello (art. 283.4 CDFA), pero no le exime de garantizar la obligación de restitución de los bienes en los casos del art. 285 CDFA. La posibilidad de adopción de medidas cautelares como sanción a la falta de inventario (art. 288 CDFA) abona esta interpretación. La obligación de prestar fianza no significa que por tal motivo se prive al viudo usufructuario de la posesión que le otorga el art. 283 CDFA.

34 RDCA-XIX-2013

NATURALEZA Y CARACTERES

S. TSJA 34/2013, 3 de julio de 2013

Con la actual regulación procedente de la Ley 2/2003 no se produce una ruptura sustancial con el pasado y su contenido coincide en gran medida con el de las normas derogadas. El fallecimiento de un cónyuge atribuye al sobreviviente el usufructo universal sobre los bienes del premuerto y desde ese momento adquiere su posesión, se mantiene también en lo sustancial lo demás relativo a las garantías a prestar, a solicitud de los nudos propietarios. Una modificación sustancial es la desaparición de la limitación legal del art. 73 Comp. en caso de existir descendencia de anterior matrimonio, sustitui-

da por la posibilidad de establecer voluntariamente tal limitación conforme al art. 283.3 CDFA. Es un usufructo de origen familiar, atribuido como derecho expectante por la celebración del matrimonio, universal y de carácter vitalicio, y no es simplemente un derecho de goce en cosa ajena, como puede ser el usufructo regulado en el Código civil.

34 RDCA-XIX-2013

POSESIÓN DE LOS PROPIETARIOS

S. TSJA 12 de febrero de 1996

Al caso de autos sería de aplicación el art. 74 del Apéndice foral, pero en este caso hemos de tener en cuenta que la norma se refiere a los sucesores que obran diligentemente cuando se extingue el usufructo de viudedad, pero no cuando, en casos como el presente, dichos sucesores guardan silencio absoluto sobre la posesión de las heredades y consienten que continúe en su explotación y que realice determinadas obras el heredero de la usufructuaria.

1 1997, III (núm. 1º)

SANCIÓN DE LA FALTA DE INVENTARIO

S. JPII Huesca nº 2, 14 de mayo de 1996

Instada por el demandante de la demanda la formación de inventario y prestación de fianza, y transcurrido el plazo previsto para ello, sin que se hubiere hecho efectivo por la obligada, procede fijar la sanción de pérdida de posesión de bienes en tanto se formalice, prevista en el art. 82 Comp.

67 1998, IV (núms. 1º y 2º)

TRANSFORMACIÓN DEL USUFRUCTO

S. APZ 2 de febrero de 1998

El establecimiento de una renta vitalicia en sustitución del usufructo no puede imponerse,

en Aragón, al usufructuario, ya que éste no ostenta un simple derecho de crédito, no siendo trasladable al Derecho aragonés la jurisprudencia dictada en aplicación de la cuota legitimaria del cónyuge, según el Código civil.

35 1999, V (núm. 2º)

S. APZ (Secc. 5ª) 9 de diciembre de 2003

No consta una actuación negligente de las obligaciones del usufructuario. En cuanto al afianzamiento es de advertir que el testamento otorgado por el causante releva a su esposa del deber de inventariar y afianzar y ya, en fin y por último, en cuanto a la transformación del usufructo, porque falta el presupuesto del art. 87 Comp., a saber, la falta de acuerdo de la Junta de parientes o la resolución judicial referidas en el art. 85 Comp.

37 2005-2006 (XI-XII)

USUFRUCTO DE DINERO

S. JPI Zaragoza nº 14, 27 de octubre de 1998

De las cantidades de que indebidamente dispuso el viudo usufructuario responden sus herederos, frente a los herederos del premuerto.

20 2000, VI (núm. 1º)

S. APT 21 de enero de 2000

El usufructo de viudedad que se declara extinguido se extendió desde el fallecimiento del cónyuge premuerto a sus bienes privativos y a la mitad indivisa que le corresponde en el patrimonio consorcial. Desde ese momento responde el viudo como usufructuario. Al dinero existente en la sociedad conyugal al fallecer el primero de los cónyuges es de aplicación el art. 482 Cc. Ahora es el momento de practicar la liquidación de la sociedad conyugal y de exigir que el hasta ahora usufructuario responda de sus obligaciones como tal, valorándose las compensaciones que se hayan hecho en favor de la nudo propietaria.

29 2001-2002 (VII-VIII)

S. APH 21 de marzo de 2000

Constatado que el usufructuario de dinero tiene una situación económica que hace pensar que no podrá devolver la suma usufructuada a la finalización de la viudedad, el Juzgado le obliga, aplicando el art. 520 del Cc. extensible a los usufructos del art. 482, a constituir en depósito a nombre de la nudo propietaria la suma usufructuada si bien los intereses serán para el viudo. La Audiencia estima que a similar situación llegaríamos aplicando los arts. 80.2, 85 y 87 Comp., pero para evitar que la nudo propietaria entre en posesión del capital antes de la extinción del usufructo, procede establecer que la misma no podrá disponer del dinero depositado a su nombre hasta la extinción del usufructo y que el viudo podrá disponer de dicho capital para reinvertirlo en un nuevo depósito.

19 2001-2002 (VII-VIII)

S. JPI Zaragoza nº 3, 17 de mayo de 2007

Los dos hijos nudo propietarios de la mitad de la vivienda consorcial y su madre propietaria de la otra mitad y usufructuaria del resto la venden a un tercero. El Juzgado considera que no se ha acreditado la existencia de un pacto de reparto proporcional del precio entre los partícipes del piso. En aplicación del 108-2 Lrem., queda subrogado el precio en lugar de lo enajenado, de modo que el usufructo continúa sobre el dinero (art. 117 Lrem.) y la viuda no sólo tiene derecho a los frutos (intereses del dinero usufructuado) sino que puede disponer del mismo. El pacto en contrario permitido en el 108-2 Lrem. no precisa la forma de escritura pública pero ha de ser expreso y probado por quien sostiene su existencia.

59 RDCA 2009, XV

• DERECHO SUPLETORIO

S. TSJA 34/2013, 3 de julio de 2013

En la regulación del art. 482 Cc. del usufructo de las cosas que no se puedan usar sin consumirlas, entre las que el dinero sería la característica, aplicable como supletoria en Aragón hasta la reforma del 2003, venía obliga-

do el usufructuario de dinero a restituir igual cantidad. Y, en todo caso, antes de entrar en el goce, incluso del dinero, debía prestar fianza (art. 491.2º Cc., con los matices resultantes de los arts. 493 y 492 Cc.)

34 RDCA-XIX-2013

• FIANZA

S. TSJA 34/2013, 3 de julio de 2013

La posibilidad del usufructuario de disponer del dinero ex art. 299 CDFA no viene condicionada por la obligación de prestar fianza, pero no puede servir para eliminar la posibilidad de los nudos propietarios de solicitar el afianzamiento conforme al art. 285 CDFA. El viudo puede disponer desde el momento del fallecimiento del premuerto, por el efecto del art. 283.4 CDF, «de todo o parte» del dinero (art. 299), y ello no viene condicionado por la posibilidad que el art. 285.b) otorga a los nudos propietarios de exigir la constitución de fianza, pues puede no llegar a ser exigida nunca por ellos. Aparte, naturalmente, de que el premuerto hubiera dispensado de tal obligación. Pero no siendo así, la obligación de prestar fianza a petición de los nudos propietarios resulta indudable por lo incierto de que tengan que verse obligados a exigir la restitución a los herederos del viudo.

34 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 34/2013, 3 de julio de 2013

Puede suceder, y así ocurrirá con mucha frecuencia cuando los descendientes sean comunes, que los nudo propietarios no exijan la constitución de fianza a su padre o madre viudos, siendo ellos los que finalmente vendrían obligados a restituir produciéndose así la confusión de esa deuda. Pero en otras ocasiones, como en la presente, si los nudos propietarios son descendientes únicamente del premuerto éste pudo relevar a su segundo cónyuge de la obligación de formalizar inventario y afianzar, en una fórmula habitual en los casos de único matrimonio con descendientes comunes.

34 RDCA-XIX-2013

• INEXISTENCIA DE INFRACCIÓN DEL SISTEMA DE FUENTES

S. TSJA 34/2013, 3 de julio de 2013

No hay infracción del sistema de fuentes del Derecho civil aragonés porque el fundamento de lo resuelto no es el art. 491 del Código civil ni la STS de 4 de julio de 2006, sino el art. 299 CDFA cuando concreta que el usufructuario está obligado a devolver «el valor actualizado del dinero dispuesto». La cita de la STS nada añade a lo anterior y la recurrente no indica en este motivo ningún contenido concreto del art. 491 Cc. o de la indicada sentencia que contraría los preceptos o los principios del derecho aragonés.

34 RDCA-XIX-2013

USUFRUCTO DE LA NUDA PROPIEDAD

S. APZ 20 de septiembre de 1997

El marido de la actora falleció sin dejar descendencia ni haber otorgado testamento por lo que le heredó su madre, quien ya ostentaba el usufructo vidual sobre los bienes adjudicados en nuda propiedad a sus hijos herederos del padre premuerto. Sobre tales bienes correspondería el usufructo a la viuda-actora, pero resulta de imposible reconocimiento al haberse concedido con anterioridad a favor de la madre sobreviviente, reflexión que debe aplicarse tanto a los bienes consorciales como a los privativos procedentes de herencia del padre premuerto.

52 1998, IV (núms. 1º y 2º)

A. APH 25 de febrero de 1998

Revocando el auto del juzgado, se declara herederos abintestato de los bienes troncales de la causante a sus dos hermanos, y a su esposo en cuanto al usufructo. Para lo primero no es preciso justificar en este procedimiento la procedencia de los bienes existentes o el carácter troncal de los mismos. En cuanto al usufructo, parece que la denegación en primera instancia se debió a que los bienes, procedentes de herencia del padre de la causante, estaban ya usufructuados por la madre de la misma.

6 1999, V (núm. 2º)

69: PAREJAS ESTABLES NO CASADAS

S. TSJA 27 de febrero de 2006

La ley aragonesa de parejas estables no casadas no resulta aplicable al caso, pues tal regulación es de fecha posterior al tiempo que convivieron los litigantes, por lo tanto, durante ese tiempo (años 1990 y 1995) se trató de una convivencia more uxorio, respecto de la cual no establecieron las partes ningún pacto de convivencia. Por lo tanto resulta aplicable la jurisprudencia del TS en orden a los derechos de la partes cuando se rompe la convivencia, que como señala la STS de 12-9-2005, da derecho a una indemnización a través de la doctrina del enriquecimiento injusto. Pero en este caso no se reclama una indemnización, y la vivienda sobre la que la recurrente reclama la mitad, fue adquirida tan solo por el que luego fue su marido, no teniendo la recurrente ninguna intervención en el contrato que le dé derecho a reclamar dicha titularidad.

8 2007, XIII

ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY

S. JPI Zaragoza n° 14, 18 de febrero de 2005

Al no haberse inscrito la pareja estable en el correspondiente Registro de la DGA, no les resulta de aplicación los efectos patrimoniales de la extinción que establece el art. 7 de la Ley, pues el art. 1 exige para su aplicación que se cumplan los requisitos y formalidades que en ella se establecen, y el primero de los cuales es la inscripción, por lo que, en definitiva, nada procede indemnizar por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia del cese de la convivencia. Por otra parte, la existencia de una convivencia estable no significa que, automáticamente, deba inferirse la existencia de una «affectio societatis» porque en este tipo de uniones cabe también aceptar la plena independencia económica de quienes la practican y, por tanto, habrá

que estar en cada caso concreto a las circunstancias especiales concurrentes.

57 2007, XIII

S. TSJA 20 de junio de 2005

Esta ley no es aplicable de forma directa a la pareja formada por el difunto y la ahora recurrente, por cuanto a pesar de llevar conviviendo más de 25 años, el varón no solicitó durante ese tiempo la separación o divorcio de su cónyuge, por lo tanto no cabe estar a la constitución obligatoria de dos años de convivencia que previene la ley (art. 3 Ley 6/99) ya que no se cumple el requisito de capacidad del art. 4 de la misma, que impide la formación de pareja estable de la ley a los que se hallen unidos por vínculo matrimonial. No resultando aplicable la ley directamente, tampoco es posible su aplicación analógica, por ser de observancia preferente la cobertura jurídica y legal que permitió la exclusión de la normativa.

8 2005-2006 (XI-XII)

DECLARACIÓN DE INCAPACIDAD

• LEGITIMACIÓN

A. JPI Zaragoza n° 14, 15 de septiembre de 2000

El art. 202 Cc. establece de forma taxativa las personas que están legitimadas para promover la declaración de incapacidad de aquellos que estén incurso en alguna de las causas del art. 200 Cc. El actor, pareja de la presunta incapaz, solicita que se le conceda legitimación para instar el procedimiento. La ley aragonesa nada dice de forma expresa, pero cabría afirmar tal posibilidad, a tenor del art. 12 de dicha ley, que modifica el orden de llamamiento para la tutela dativa del art. 234 Cc. Ahora bien, establecido lo anterior, sólo se le concederá tal legitimación si se acredita la existencia de pareja legal aragonesa por cumplir los requisitos del art. 3, extremos que no se acreditan.

59 2001-2002 (VII-VIII)

DERECHOS EN CASO DE FALLECIMIENTO DE UNO DE LOS CONVIVIENTES

- **RESIDIR EN LA VIVIENDA HABITUAL DURANTE UN AÑO**

S. TSJA 12/2015, 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 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

S. APZ 2 de mayo de 2002

Aun cuando la pareja estable no es equiparable al matrimonio se puede admitir la aplicación analógica de la previsión del art. 97C., pero además, en Aragón, el art. 7 de la Ley de parejas estables no casadas prevé que ante una situación de desigualdad patrimonial que implique un enriquecimiento injusto por una de las partes de la pareja se puede generar en favor del perjudicado un derecho indemnizatorio, que sí concurre en este caso.

66 2003-2004 (IX-X)

- **COMPENSACIÓN ECONÓMICA**

S. JPI Zaragoza nº 14, 12 de mayo de 2005

La referencia del art. 7-1 de la Ley de Parejas Estables no Casadas al «enriquecimiento injusto» no parece muy correcta técnicamente, pues no coinciden los requisitos de dicha construcción jurisprudencial ya que ni el patrimonio de uno trae causa del empobrecimiento de otro, ni de la actividad de este último, sino de la suya propia, por lo que hubiese sido más adecuado hablar de una situación de desequilibrio que genera derecho indemnizatorio, pero, en definitiva, lo que el mencionado precepto hace es tratar de compensar una situación final desigual y poco equitativa, basándose en el principio general de protección al conviviente perjudicado.

53 RDCA-2008-XIV

S. APH 31 de julio de 2007

Resumen de la doctrina del TS sobre la pensión por desequilibrio económico en la ruptura de parejas de hecho.

En el art. 7 de la Ley aragonesa de parejas estables no casadas, que regula los efectos patrimoniales de la extinción en vida de la unión paraconyugal, es el enriquecimiento injusto la solución jurídica que el legislador aragonés ha acogido como fundamento de la compensación económica que tratará de paliar los efectos de la desigualdad patrimonial derivada de la ruptura de la pareja. El supuesto de hecho encaja sin dificultad en el apartado b) del art. 7.1 LP: hay empeoramiento económico consecuencia de la separación; La compensación puede ser mediante cantidad fija o pensión periódica, que puede tener un límite temporal.

34 RDCA 2009, XV

S. APH 19 de enero de 2011

No nos encontramos ante una laguna legal por falta de regulación de las causas de extinción, máxime cuando el art. 7-2 LPEN sí prevé la extinción de la «pensión periódica» para el sustento del conviviente cuando el cuidado de los hijos comunes le impida la realización de

actividades laborales o las dificulte seriamente, en cuyo caso esa pensión se extinguirá cuando el cuidado de los hijos cese por cualquier causa o cuando alcancen la mayoría de edad o se emancipen. La peculiaridad en el supuesto aquí enjuiciado es que la compensación económica no consiste en una cantidad alzada, sino en una suma que debe ser pagada durante un determinado plazo. Debemos rechazar la aplicación del art. 100 Cc. por *analogía legis*, dadas las diferencias constatadas jurisprudencialmente entre las uniones de hecho y el matrimonio y porque Aragón tiene su propia regulación sobre parejas estables no casadas. Tampoco podemos aceptar la aplicación del art. 100 Cc. por *analogía iuris*, porque supondría la introducción de un principio ajeno o incluso contrario a los principios que resultan de la propia regulación aragonesa.

57 RDCA-XIX-2013

• **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 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 ase-

gurar 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

• **PACTOS**

S. APZ 7 de marzo de 2001

No puede prosperar lo solicitado por la demandante, ya que ambas partes estipularon en 1994 una serie de pactos y acuerdos por los que regularon el cese de su convivencia. Podría argumentarse la aplicación analógica del art. 7 de la ley 6/99, pero es lo cierto que desde aquella fecha ya se habían separado, que sólo convivieron cuatro años, que la mujer tiene cualificación y capacidad de trabajo (de hecho trabaja) y que el ex *partenaire* paga en concepto de alimentos 75.000 ptas.

34 2003-2004 (IX-X)

• **REQUISITOS**

S. APZ 11 de mayo de 2010

La compensación económica en el momento final de la convivencia podrá exigirse por aquel miembro de la pareja que acredite un enriquecimiento injusto a su costa y en beneficio del otro conviviente y para ello precisa haber contribuido económicamente o con su trabajo a la adquisición, conservación o mejora de cualquiera de los bienes comunes o privativos del otro miembro o cuando se ha dedicado al hogar y a los hijos comunes o del otro conviviente o trabajando para éste sin retribución o con retribución insuficiente. Nada de ello se da en este caso puesto que la apelante trabajó en la empresa del marido cobrando un sueldo medio y para las atenciones a la casa y al hijo común se contaba con servicio doméstico de manera que no se demuestra que le la reclamante perdiera una oportunidad de haber estudiado por su dedicación a la casa y a la familia.

78 RDCA-2012-XVIII

- **VIVIENDA**

S. APH 12 de junio de 2003

La demandada pasó a residir en la vivienda del actor debido a la convivencia *more uxorio* que mantenían, y por ello no puede considerarse que haya existido acto de despojo a los efectos del art. 250.1.4ª LEC. Ahora bien, sí procede el desalojo interesado por el actor (art. 444 LEC): La situación controvertida es analoga a la del precario, pues la unión de hecho mantenida por los hoy litigantes no otorga a la demandada título alguno de ocupación de la vivienda que pueda oponer al actor como titular registral de la finca. Y no es aplicable el art. 9 LPENC, ya que se refiere al supuesto de fallecimiento de uno de los convivientes.

19 2005-2006 (XI-XII)

EXISTENCIA*S. APH 25 de marzo de 2010*

Ambos litigantes constituyen una pareja estable no casada, aun cuando no estuviera inscrita en el registro correspondiente.

61 RDCA-2012-XVIII

NO VIUEDAD*S. JPI Zaragoza nº 14, 15 de febrero de 2010*

El tenor literal del art. 18 LP ya excluye la aplicación por analogía del usufructo de viudedad puesto que éste se recoge en normativa aragonesa de Derecho privado y no de derecho público como pretende la parte. Por otro lado estos derechos y obligaciones se entienden mientras subsista la pareja estable no casada. Además es opinión consolidada de doctrina y jurisprudencia que el derecho de usufructo de viudedad se reserva únicamente a los cónyuges por razón del vínculo matrimonial celebrado, no pudiendo equipararse el vínculo conyugal a la unión estable de parejas no casadas, configurándose cada una de estas instituciones con derechos y obligaciones propios. Por tanto, el be-

neficio del usufructo de viudedad se reserva al cónyuge supérstite quedando como derechos al supérstite de la pareja estable no casada los del art. 9 LP, no siéndole de aplicación por analogía el art. 101 Lrem.

94 RDCA-2012-XVIII

PACTO TÁCITO DE COMUNIDAD DE BIENES*S. APZ (Secc. 5ª) 21 de noviembre de 2008*

A falta de pacto expreso entre los convivientes, cabe entender la concurrencia de un pacto tácito de constitución de una comunidad entre ellos cuando tal voluntad se infiera de actos concluyentes que la revelen, y si así se entiende los bienes comunes han de ser divididos por mitad entre los partícipes (SS TS 975/1997, 790/1998) atribuyendo una participación en los bienes adquiridos en el tiempo que duró la unión y ello a pesar de que figuren a nombre de uno sólo de los miembros de la pareja (STS 5/2003).

49 RDCA-2010-XVI

RÉGIMEN ECONÓMICO*S. JPI Zaragoza nº 14, 12 de mayo de 2005*

Es jurisprudencia del TS que el mero hecho de la existencia de una convivencia «*more uxorio*» no determina, por sí solo, la existencia de un régimen económico determinado, ni de él se puede deducir, sin más, que los convivientes hayan decidido hacer comunes todos los bienes obtenidos durante ese periodo, más bien, al contrario, si alguna deducción lógica cabe hacer es la de que cada uno pretende conservar su total independencia frente al otro, por lo que las partes serán quienes han de acreditar, por pacto expreso o «*facta concludentia*», su inequívoca voluntad de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos. Por otra parte, el hecho de la existencia de esa comunidad de bienes no supone que todo lo adquirido

en esa época tenga que integrarse necesariamente en la misma.

53 RDCA-2008-XIV

RUPTURA DE LA CONVIVENCIA CON HIJOS A CARGO

- **ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR**

S. APH 25 de marzo de 2010

A falta de una norma específica que regule el uso de la vivienda familiar, en este caso vivienda habitual de la familia y de la pareja hasta el cese de la convivencia y extinción de la pareja, son de aplicación las normas sobre el uso de la vivienda familiar en los casos de nulidad, separación o divorcio previstos en el Código civil. En este caso la vivienda era propiedad común de los litigantes y su uso quedó atribuido a la hija y al cónyuge (sic) en cuya compañía quedó de acuerdo con el art. 96 Cc.

61 RDCA-2012-XVIII

TESTAMENTO

- **INEFICACIA**

S. TSJA 20 de junio de 2005

A las parejas de hecho no legales sí les puede resultar aplicable por analogía la normativa propia de las relaciones patrimoniales entre particulares presididas por las características propias de la relación de pareja. En el caso de Aragón la normativa a tener en cuenta es la Ley 2/03 y la Ley 1/99. En razón de ello, al presente caso resulta de aplicación el art. 123 Lsuc., que declara ineficaces las liberalidades hechas a favor del cónyuge cuando el matrimonio se separa o disuelve o se comienzan los trámites para ello. Ha resultado probado en este caso la separación real y efectiva de los convivientes, por lo tanto la disposición testamentaria de usufructo universal que el convivente legaba en su testamento a su *partenaire* devino ineficaz tras la ruptura efectiva de la convivencia.

8 2005-2006 (XI-XII)

7: DERECHO DE SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE

711: DISPOSICIONES GENERALES

ADQUISICIÓN DE LA HERENCIA

S. JPI Zaragoza n° 17, 15 de julio de 2003

Pretende la actora cobrar de la hija del causante, y paciente de su clínica, la parte de deuda que todavía subsiste tras el fallecimiento de aquél. Pues bien, el silogismo entre hijo y heredero que haya de asumir las cargas y deudas de la herencia, no entra en juego de forma automática, ya que como prevé el art. 7 Lsuc. es necesaria la aceptación para que se produzca esa suerte de subrogación en las deudas del causante. A lo anterior, hay que agregar que si el causante es aragonés, no puede afirmarse el carácter forzoso de heredera de la demandada, ya que en la legislación aragonesa la legítima tiene naturaleza colectiva de modo que uno solo de los descendientes, y no necesariamente hijo, puede haber sido llamado a la herencia (art. 171 Lsuc.) con exclusión de los otros con su sola mención.

52 2005-2006 (XI-XII)

- **DERECHO DE TRANSMISIÓN: LEGADOS**

S. APZ (SECC. 5ª) 6 de marzo de 2012

Tanto el art. 354 como el 478 regulan lo mismo, pero respecto a diferentes instituciones. El primero se refiere a la herencia y el segundo a los legados. Aunque se trate de la misma figura (la transmisión del derecho a aceptar o repudiar) las consecuencias son distintas, pues diferentes son la herencia y el legado. En el primer caso se transmite el derecho a aceptarla o repudiarla, mientras que en el legado el de confirmar la adquisición ya producida o bien «deshacerse» de ella, puesto que el legatario ya ha incorporado a su patrimonio los bienes legados, como se desprende del art. 477 CDFA. Por lo tanto, en principio, aunque D. Pedro no hubiera aceptado ni repudiado el legado hecho por su madre, esos bienes pasan a su propiedad

una vez fallecido el causante (la madre) por el mero hecho de la «delación» (art. 322-3 y 477 CDFA).

78 RDCA-XIX-2013

COMUNIDAD HEREDITARIA

S. APT 10 de marzo de 2009

El bien discutido pertenece a la herencia del padre con carácter privativo, al haberse destruido la presunción de consorcialidad. Los llamados a heredar han sido terminados por acta de notoriedad y han realizado actos jurídicos lo suficientemente significativos para estimar que han aceptado la herencia, por lo que no hay situación de herencia yacente. Pero no son copropietarios de dicho bien, porque la comunidad hereditaria no da lugar a la copropiedad de cada uno de los bienes que la integran, sino que éstos forman parte de la misma, teniendo sus miembros unos derechos indeterminados, siendo por tanto una comunidad de naturaleza germánica, al margen de la regulación de los arts. 392 y ss. del Cc. que contempla la comunidad romana «pro indiviso», con distinción de cuotas y esencial divisibilidad.

36 RDCA 2011, XVII

GASTOS DE ENTIERRO Y FUNERAL

S. APZ 21 de mayo de 1997

Los gastos de entierro y funeral se deben pagar con el dinero de la herencia, de conformidad con lo prevenido en el art. 903 Cc.

44 1998, IV (núms. 1º y 2º)

HERENCIA YACENTE

S. JPI Zaragoza nº 17, 28 de noviembre de 2006

La sentencia desestima la acción declarativa de dominio ejercitada por la actora sobre un piso, propiedad que habría adquirido por usucapión extraordinaria, al faltar la posesión en

concepto de dueño en sentido objetivo. En cambio considera que el bien forma parte de la herencia yacente del causante. La situación de herencia yacente la regula el art. 9 Lsuc. y de ella ha dicho el TS que se ha concebido como un patrimonio falto interinamente de titular, pero destinado a ser adquirido por los herederos —una vez debidamente acreditado quienes sean éstos—, en interés de los cuales le atribuye la ley consistencia propia. La herencia yacente, sin llegar a constituir una persona jurídica, se considera como «entidad jurídica especial», como comunidad de intereses que recibe transitoriamente un tratamiento unitario (STS 21-6-1941).

66 RDCA-2008-XIV

LEY APLICABLE

A. APZ 16 de junio de 1999

El dato del último domicilio del causante es relevante a los efectos de determinar la ley aplicable, según el art. 9º, apartados 8 y 9, en relación con el art. 16.1 Cc. No afirmándose cuál fuera su ley personal, sería la de la residencia habitual, constituida por el domicilio. En todo caso resultará aplicable el Código civil, bien por estar constituido el domicilio en Momblona, y entonces se aplicará de forma directa: art. 946 y ss. Cc, bien por estar constituido en Zaragoza, y entonces se aplicará el Cc. por remisión del art. 135 Comp.

34 2000, VI (núm. 2º)

S. APT 8 de junio de 2002

La fecha de fallecimiento en la que nos hemos de fijar no es la del padre (que fue posterior) sino la de su esposa y madre de los litigantes que falleció en 1997, por lo tanto la ley aplicable es la Compilación Aragonesa y no la Ley de sucesiones por causa de muerte de 1999.

56 2003-2004 (IX-X)

A. APH 29 de diciembre de 2008

El causante falleció en Francia en 1991 sin haber perdido su nacionalidad española y

siendo su vecindad civil la aragonesa, por lo que, conforme a lo dispuesto en los arts. 9-8 (prevalencia del Derecho español sobre el francés) y 16-1 Cc. (prevalencia del Derecho aragonés sobre cualquier otra legislación civil española), es de aplicación al caso la Compilación de Derecho civil de Aragón 1967 como norma vigente al tiempo de la apertura de la sucesión

30 RDCA-2010-XVI

• *VECINDAD CIVIL*

S. JPI Zaragoza n° 2, 18 de mayo de 1994

Ostentando el causante la vecindad civil aragonesa, la normativa hereditaria específica de Aragón es aplicable también al heredero de distinta vecindad civil o nacionalidad extranjera.

13 1996, II (núm. 2°)

MODOS DE DELACIÓN

S. APH 13 de febrero de 1995

En Aragón la sucesión puede deferirse por testamento, por pacto y por la ley. En vista de ello, no puede admitirse lo mantenido por la parte demandante al alegar que le corresponde la quinta parte de los bienes de su padre, pues ello supondría que éste ha muerto intestado, lo que resulta incierto pues reguló su sucesión por capítulos matrimoniales, sin que sea de aplicación lo dispuesto en el art. 127 Comp.

8 1997, III (núm. 1°)

ORDENACIÓN VOLUNTARIA DE LA SUCESIÓN

• *LÍMITES*

S. APH 28 de noviembre de 2001

La demandante considera que debe ser la heredera de la casa Barbenuta, pero ello sólo lo puede determinar el titular de la misma por sí o a través de fiduciarios. Dicha institución a su

favor nunca se produjo, y, además, ello chocaría con los derechos legitimarios de los hijos del primer matrimonio y con lo estipulado en los capítulos de 1935, en lo que se convino que sería un hijo del primer matrimonio el que, por los cónyuges de común acuerdo o por el sobreviviente, habría de ser designado heredero universal de ambos cónyuges, y aunque también se contemplaba la posibilidad de mantener y dotar a los hijos del segundo matrimonio contraído en casa, hijos entre los que se encuentra la demandante, no puede por su sola voluntad desplazar a los hijos del primer matrimonio, que son los únicos que pueden ser llamados a la herencia de su padre (casa Barbenuta).

18 2003-2004 (IX-X)

PETICIÓN DE HERENCIA

• *PRESCRIPCIÓN*

S. JP II Huesca n° 2, 21 de febrero de 1994

El TS reiteradamente tiene establecido como plazo de prescripción de esta acción el de 30 años; el inicio del cómputo será conforme prevé el art. 1969 Cc.

4 1996, II (núm. 2°)

S. APZ 26 de julio de 1999

La sentencia apelada rechaza la excepción de prescripción aducida por los actores, excepción que alegaron los demandados con base en el plazo quinquenal del art. 33 Apéndice para las acciones de petición de legítima; arguyendo dicha resolución, en afirmación que comparte y mantiene la Sala, que el plazo de prescripción aplicable es el de 30 años, tal y como establece la doctrina jurisprudencial.

39 2000, VI (núm. 2°)

QUERELLA

A. JINS. Zaragoza n° 4, 23 de julio de 1998

Querella por presuntos delitos de hurto y apropiación indebida (colección de sellos,

anillo, reloj), procedentes de la herencia del padre, interpuesta por una hermana contra su hermano, tras ser «desheredada» por su madre viuda. Se acuerda el sobreseimiento libre y archivo, por no ser constitutivos de delito los hechos objeto del escrito de querrela.

16 2000, VI (núm. 1º)

SEGURO DE VIDA

• HEREDEROS LEGÍTIMOS

S. APH 13 de febrero de 1995

El capital asegurado mediante una póliza de seguro de vida no forma parte del patrimonio del causante ni del caudal hereditario del mismo, de manera que cuando dicho causante señalara como beneficiarios de su seguro de vida a sus herederos legítimos, entiende esta Sala que por tales hay que considerar a los herederos forzosos a tenor de lo dispuesto en los arts. 128 Comp. y 931 a 934Cc.; o sea a los hijos del causante, incluido entonces el hijo extramatrimonial del causante reconocido con anterioridad al otorgamiento de la póliza de seguro. En vista de ello, no se estima aceptable la interpretación de los demandados de que herederos legítimos serán los que resulten de la aplicación de la fiducia ordenada por el causante en capítulos matrimoniales.

8 1997, III (núm. 1º)

712: CAPACIDAD E INDIGNIDAD PARA SUCEDER

MOMENTO

S. TSJA 26 de enero de 2005

Con carácter general la capacidad sucesoria debe valorarse en el momento del fallecimiento del causante, pues este hecho determina simultáneamente tres efectos: apertura de la sucesión, delación y valoración de la capacidad sucesoria (arts. 5.1, 6.1 y 10 Lsuc.). Ahora bien, estos efectos generales presentan un salvedad cuando se está en presencia de la institución fiduciaria (art. 6.4 Lsuc.) pues aún abierta la su-

cesión tras el óbito del causante, no se produce la delación hasta que se ejecute la fiducia, debiendo valorarse también en ese momento la capacidad para suceder (arts. 133 y 142 Lsuc.).

2 2005-2006 (XI-XII)

PERSONA DETERMINADA

S. TSJA 26 de enero de 2005

Pretende la parte recurrente en casación con base en el art. 10 Lsuc. que la referencia a persona determinada viva al tiempo de la apertura de la sucesión exige una concreta designación de la persona de la que descienden los posibles herederos del testador, considerando que la cláusula del testamento por la que el comitente ordena a la fiduciaria que ordene su sucesión entre sus «mencionados hijos Jesús, Jorge-Juan y Javier y cualesquiera otros descendientes del testador o de sus hijos», no cumple con la previsto en el art. 10. Ello no es así, por cuanto dicha cláusula testamentaria recoge con precisión y claridad la voluntad del testador, con suficiente concreción respecto a la determinación de quiénes pudieran ser sus herederos en el futuro y con independencia de que estuvieran o no concebidos al tiempo de su fallecimiento.

2 2005-2006 (XI-XII)

713: SUSTITUCIÓN LEGAL

ÁMBITO DE APLICACIÓN

S. APT 7 de junio de 2000

Para interpretar el artículo 141 Comp., que es la norma aplicable a la sucesión por la fecha de su apertura, es de particular relevancia la regulación de la nueva Ley de sucesiones. Tras su estudio, la sentencia concluye que ni en el Derecho histórico aragonés, ni en el vigente ni en el Derecho general del Estado se reconoce el de representación o la sustitución legal si no es en la sucesión en línea recta descendente del causante de la misma y, en la colateral, en favor de descendientes de hermanos de dicho causante,

sin pasar en ningún caso del cuarto grado si opera en la sucesión legal.

30 2001-2002 (VII-VIII)

A. APH 18 de enero de 2007

La causante y su marido hicieron sendos testamentos nombrándose recíprocamente herederos. El marido de la causante premurió a ésta, de manera que el llamamiento sucesorio devino ineficaz, ya que la causante no nombró ningún sustituto voluntario y en este caso no procede la sustitución legal, pues ésta sólo tiene lugar cuando el sustituido es descendiente o hermano del causante, pero no como aquí ocurre, cuando es el marido el llamado a la herencia: art. 21 Lsuc.

18 RDCA 2009, XV

EFFECTOS

S. TSJA 22 de septiembre de 2011

La condición de legitimario de grado preferente que habría correspondido al sustituido corresponde de forma inmediata a sus descendientes (no de forma sucesiva o diferida), y por derecho propio concedido directamente por la ley. El sustituido no llega a ser titular del «ius delationis» ni, en consecuencia, transmite derecho alguno a sus descendientes, que son llamados directamente por la ley. De ahí que el excluido absolutamente no es en ningún momento titular de cuota alguna sino que su condición de legitimario de grado preferente es directamente ocupada por sus descendientes («si los tuviera») por ministerio de la ley. No se da concentración de derechos de un legitimario excluido en el otro por el hecho de que éste tenga descendientes sino que los derechos nacen directamente en la persona de los únicos descendientes del legitimario de grado preferente absolutamente excluido.

17 RDCA 2011, XVII

LÍMITE DE LLAMAMIENTOS

A. APH 20 de marzo de 1997

No puede aplicarse indefinidamente la sustitución legal. Así, relacionando los arts. 132-2 y

135 Comp. con el 954 Cc. cabe concluir que más allá del cuarto grado no procede la sucesión intestada en bienes no troncales.

4 1998, IV (núms. 1º y 2º)

A. APZ 1 de julio de 1999

El art. 141 comp. es aplicable a la sucesión intestada, pero no puede extenderse más allá del cuarto grado, ya que de lo contrario no llegaría a heredar la comunidad autónoma.

36 2000,VI (número. 2º)

A. JPI Zaragoza nº 10, 6 de octubre de 2000

Los instantes de la declaración de herederos son parientes en 5º grado con el causante. En aplicación del art. 23.2 Lsuc. no procede la declaración de herederos al señalar el límite para la sustitución en el cuarto grado.

60 2001-2002 (VII-VIII)

SUCESIÓN LEGAL

A. APH 20 de marzo de 1997

La sustitución legal puede aplicarse a cualquier heredero o legitimario y, por consecuencia, a los herederos en la línea colateral. Además, la sustitución legal es de aplicación no sólo a la sucesión testada sino también a la sucesión intestada.

4 1998, IV (núms. 1º y 2º)

A. APZ 16 de abril de 1997

La aplicación del art. 141 Comp. responde a la sucesión testamentaria y si se aplicase a la sucesión intestada, no impide la del art. 135 Comp., como tampoco la del art. 132 por específicas.

40 1998, IV (núms. 1º y 2º)

A. APH 11 de octubre de 2000

Entiende el Auto que la sustitución legal del art. 141 Comp. aplicada a la sucesión legal en favor de hermanos premuertos sólo permite de-

clarar sustitutos a los sobrinos, pero no a los sobrinos nietos si alguno de sus progenitores ha premuerto también al causante. Los sustitutos son herederos del causante y el pariente más próximo en grado excluye al más remoto. Además, el art. 141 Comp. habla de la sustitución de hijos o ulteriores descendientes y no contempla la posibilidad de que concurran unos y otros.

24 2001-2002 (VII-VIII)

A. APZ (Secc. 5ª) 15 de diciembre de 2000

El art. 141 Comp. se aplica a todo tipo de sucesiones: testada, intestada y contractual. El causante del que habla la norma puede ser cualquiera, el testador, el instituyente por contrato sucesorio o el fallecido abintestato, para todos ellos debe funcionar el mecanismo de la sustitución legal, y también cualquiera de ellos podría evitar este mecanismo mediante la expresada disposición en contrario.

49 2001-2002 (VII-VIII)

• COMPILACIÓN

A. APH 28 de marzo de 2008

De acuerdo con lo razonado en nuestro auto de 18-XII-2007 aplicando la Compilación, no cabe la sustitución legal en la sucesión intestada de los bienes troncales simples y de abolorio, dentro de la línea colateral, más allá de los descendientes de hermanos, a pesar del carácter genérico del art. 141 Comp., dados los términos literales de los arts. 132 y 133. Asimismo, respecto de los bienes no troncales, también es posible la sustitución legal, ahora bien, en la línea colateral, no cabía una sustitución legal indefinida, sino limitada al cuarto grado (art. 954 Cc.), a pesar de que el art. 141 Comp. no efectuaba ninguna limitación (cfr. AAPH 20-III-1997, estado también en el A. de 11-X-2000).

17 RDCA-2010-XVI

SUSTITUCIÓN VULGAR

S. APH 13 de diciembre de 1999

En pacto sucesorio se instituye heredero y se indica que si el instituido falleciera soltero o

casado sin descendencia sería sustituido vulgarmente por sus hermanos. Esta sustitución no entra en contradicción alguna con el art. 141 Comp., que era la norma en la que por entonces se regulaba un supuesto de sustitución legal: contemplaba el caso de instituido con hijos o descendientes y no el de instituido soltero o casado sin descendencia como en el caso que nos ocupa.

18 2000, VI (núm. 2º)

714: ACEPTACIÓN Y REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA

S. JP II Huesca nº 2, 28 de marzo de 1996

No es necesaria la aceptación expresa de la herencia. Tal aceptación expresa no era exigida por la Ley de 1925 y tampoco lo es por la Ley de 1967. Debe tenerse en cuenta que, tratándose de la sucesión intestada, la aceptación se entiende producida por la sola petición de la declaración formal, pero es que la sola interposición de una demanda como la presente, por la que se pide la reintegración al patrimonio hereditario de una finca que de él salió, ya supone un acto de aceptación, si bien tácito, de la herencia.

64 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APZ 17 de febrero de 2005

Los efectos de la aceptación y la repudiación se retrotraen al momento del fallecimiento del causante, momento en el que se entienden transmitidos los bienes a los herederos; además, una vez operada la aceptación de la herencia, sus efectos devienen irrevocables; y no se puede oponer a lo dicho el principio «*Standum est chartae*», porque no puede ir contra normas imperativas como las del art. 28-1 Lsuc. Por otra parte, una consolidada jurisprudencia viene sancionando que el pago del impuesto de sucesiones no implica por sí solo aceptación tácita de la herencia, por lo que no se puede sostener que si se aceptó la herencia fue porque se había requerido a los interesados al pago del correspondiente tributo.

35 2007, XIII

S. TSJA 10 de octubre de 2007

La repudiación que lleva a cabo la recurrente es ineficaz, por cuanto la misma no puede operar cuando hubo una aceptación tácita de legado a través del mandato que ésta le confirió a su hermana para llevar a cabo la aceptación y cuya validez o realidad nunca combatió.

5 RDCA 2008, XIV

ACEPTACIÓN• **FORMAS***S. TSJA 10 de mayo de 2007*

La recurrente aceptó el llamamiento hereditario en su propio nombre y en el de su hermana, teniendo de ésta un mandato verbal. Una vez producida la aceptación es inoperante una declaración de voluntad unilateral de renuncia por parte de la mandante, diciendo, con posterioridad a la aceptación, que renuncia a lo recibido por sí y por su descendencia en favor de su hermana, de todos los derechos que en la herencia de su tío le pudieran corresponder.

2 RDCA 2009, XV

ACEPTACIÓN TÁCITA*A. APT 23 de mayo de 2002*

La exigencia principal para suceder como heredero abintestato es sobrevivir al causante. Así resulta de la interpretación conjunta de los arts. 6, 10 y 14 Lsuc. en relación con los arts. 7, 19 y ss., 27 y ss. y en particular con los arts. 33, 34 y 35, ya que no consta que se haya producido la repudiación de la herencia en ninguna de las formas que señalan los arts. 36 y 38 y ha quedado acreditado que transcurrió más de un año desde el fallecimiento de la causante y que nadie solicitó del juez sobre la base del art. 33, el señalamiento del plazo para que el hermano de esta dijera si aceptaba o repudiaba, lo que conlleva la presunción, al menos tácita, de que

aceptó, toda vez que la repudiación de haberla hecho constaría en escritura pública o mediante escrito ante el Juez.

55 2003-2004 (IX-X)

S. JPI Zaragoza n° 14, 22 de febrero de 2005

El fallecido era titular de una póliza de seguro que incluía una indemnización por fallecimiento, pero en la que no constaba persona alguna como beneficiario, indicándose expresamente que, en este caso, se entenderá como tal a los herederos del asegurado fallecido. La hermana del fallecido se presentó como heredera y cobró la indemnización, con lo que ha llevado a cabo una actuación que no podría realizar si no fuese heredera, por lo que hay que considerarla como heredera de su hermano al haber aceptado la herencia de forma tácita. La heredera responde de las obligaciones del causante, si bien exclusivamente con los bienes que se reciban del caudal relicto (art. 40 Lsuc.), bienes entre los que no está incluida la indemnización percibida por el seguro de vida del finado (art. 1 Lsuc.), pues la misma no se encontraba en el patrimonio de éste en el momento de su fallecimiento, por lo que no pudo transmitirla a sus herederos.

58 2007, XIII

CARACTERES*S. TSJA 10 de mayo de 2007*

La recurrente aceptó el llamamiento hereditario en su propio nombre y en el de su hermana, teniendo de ésta un mandato verbal. Una vez producida la aceptación es inoperante una declaración de voluntad unilateral de renuncia por parte de la mandante, diciendo, con posterioridad a la aceptación, que renuncia a lo recibido por sí y por su descendencia en favor de su hermana, de todos los derechos que en la herencia de su tío le pudieran corresponder.

2 RDCA 2009, XV

DERECHO TRANSITORIO*A. APZ 21 de febrero de 2006*

La apertura de la sucesión tuvo lugar en 1982 pero la aceptación no se ha producido hasta 2005. La aplicación de la Lsuc. resulta el tenor literal de la DT 5ª. Y si esta Ley se aplica a la aceptación, repudiación y partición de la herencia, es evidente que a la aceptación así regulada le seguirán las normas sobre responsabilidad del heredero, incluidas en el mismo título de la Ley y en el siguiente capítulo al de las de aceptación.

45 RDCA-2008-XIV**EFFECTOS***S. TSJA 3 de diciembre de 2010*

Por la aceptación, el heredero se coloca en la posición del causante con efectos desde el mismo momento de su fallecimiento, no desde un momento anterior, de forma que un bien adquirido por herencia es propio del heredero con efectos desde el fallecimiento del causante, pero nunca desde antes. Por ello, este bien nunca fue privativo del marido en los años en que se construyó la vivienda sobre el terreno que era del tío del marido, pues aún vivía.

10 RDCA 2011, XVII**INTERPELACIÓN***S. APH 19 de febrero de 2007*

A través de la interpelación prevista en el art. 33 Lsuc. sólo se insta la intervención judicial para obtener de los demandados una declaración de voluntad de repudiar o aceptar la herencia. De este modo, y una vez que el Juez llevó a cabo las actuaciones señalando el plazo de 60 días, que solicitaba la promotora del expediente, con apercibimiento legal a los requeridos que se entendería que aceptaban, si no decían nada, queda ya concluido el expediente, sin que proceda dictar una resolución como la ahora apelada por la que se tiene aceptada o

repudiada la herencia de unos y otros, con ello el Auto dice cosa diferente de lo pedido y por ello el recurso ha de ser parcialmente estimado.

22 RDCA 2009, XV**• JUZGADO COMPETENTE***A. JPI Zaragoza nº 16, 27 de septiembre de 2006*

El Juzgado de familia es competente para requerir a la parte para que manifieste si acepta o repudia una herencia, y ello en virtud del art. 61 Lec., pues no poniéndose en duda que el presente procedimiento es una ejecución típica de derecho de familia (reclamación por impagos basada en una sentencia de separación o divorcio) también se entenderá tal competencia para resolver sobre todas sus incidencias y llevar a efecto las resoluciones que se dicten. Por otra parte, el art. 33 Lsuc. establece que cualquier persona interesada, es decir cualquier acreedor, podrá solicitar al juez que señale plazo para conocer si el deudor acepta o repudia la herencia, sin concretar la clase de juez, pero que lógicamente ha de ser el que esté conociendo del procedimiento interpuesto para el cobro de lo debido, en este caso el de familia, quien, para proceder a la ejecución de los bienes designados, necesita conocer esa circunstancia.

62 RDCA-2008-XIV**• PROCEDIMIENTO***S. APH 19 de abril de 2007*

En el procedimiento de jurisdicción voluntaria seguido al amparo del art. 33 Lsuc. el Juez requiere a determinada o determinadas personas para que manifiesten si aceptan o repudian la herencia, con el apercibimiento legal de que se entenderá aceptada si no dicen nada. Allí concluye el expediente, sin que proceda dictar una resolución como la que es objeto de litigio, en la que ya se tiene por aceptada la herencia. Se declara la nulidad de dicha resolución también por la falta de competencia objetiva del Secretario judicial para resolver un expediente de jurisdicción voluntaria.

27 RDCA 2009, XV

PRUEBA*S. JPII Tarazona 15 de febrero de 1997*

Según el orden de delación legal, tanto la actora como la demandada están llamadas a suceder a su hermano, fallecido sin hijos y sin haber otorgado testamento; pero no habiéndose promovido la correspondiente declaración de herederos y no resultando acreditado con una valoración conjunta de la prueba que la hermana demandada haya aceptado, ni repudiado, la herencia, no se acredita que sea heredera de su hermano.

12 1999, V (núm. 1º)

RENUNCIA TRASLATIVA*S. JPI Zaragoza nº 17, 22 de diciembre de 2005*

La DT 4ª Lsuc. proclama que no es causa de sustitución legal la renuncia a la herencia producida con posterioridad a su entrada en vigor; esta disposición legal es contraria a lo prevenido en el art. 141 Comp. A su vez, el art. 26 Lsuc. deja claro que en caso de renuncia o repudiación no tiene lugar la sustitución legal. La renuncia es un acto unilateral de carácter abdicativo que en principio produce los efectos del art. 37 Lsuc. Pero cuando se renuncia a favor de solo alguno o algunos de los llamados a una herencia, se entiende ésta aceptada tácitamente (art. 35 Lsuc.), de modo tal que se operaría una primera asunción del derecho hereditario y una posterior cesión a ese tercero. En los supuestos de renuncia traslativa debe acudir al régimen de las donaciones.

65 2007, XIII

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 repudia-

ción. 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*S. JPI Zaragoza nº 13, 19 de enero de 1995*

La sentencia omite toda referencia al sistema aragonés de aceptación de herencia (art. 138 Comp.) y, con base en el art. 1.2 de la compilación, aplica el sistema del Código civil distinguiendo entre la aceptación pura y simple de responsabilidad personal ilimitada y la aceptación a beneficio de inventario que exige ciertos trámites para conseguir la limitación de responsabilidad del heredero a los bienes de la herencia.

40 1997, III (núm. 1º)

S. APZ 4 de junio de 1997

Según el art. 138 Comp., el heredero tiene una responsabilidad limitada a los propios bienes de la herencia de la que no forma parte la indemnización de una póliza de seguros que se rige por el art. 88 LCS. Por lo demás, las actuaciones realizadas a efectos de liquidación del impuesto de sucesiones no se

pueden valorar como una renuncia tácita del actor a la expresada limitación de responsabilidad.

45 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APZ 30 de abril de 1999

Resulta de aplicación el art. 138 Comp. En base a ello, el centro de imputación de la responsabilidad lo constituye el patrimonio de la causante, y por ello no se puede impedir al demandante que se dirija contra los bienes del que fuera su deudor. Mas tampoco cabe atribuir a los herederos responsabilidades propias de la herencia: en principio quien responde es el patrimonio que integraba el haber hereditario, y sólo responderá el heredero con su propio patrimonio del valor de lo heredado que enajene o consuma.

29 2000, VI (núm. 2º)

S. APZ 11 de mayo de 1999

En Derecho aragonés la herencia se acepta con beneficio legal de inventario sin que se produzca confusión de patrimonios, de modo que el heredero responde de las deudas de la herencia exclusivamente con los bienes que reciba del caudal relicto (art. 138). Por ello los demandados sólo deberán pagar a la actora la suma reclamada pero dentro de tales límites. Por lo que procede en este punto la estimación del recurso.

31 2000, VI (núm. 2º)

A. APZ (Secc. 4ª) 22 de marzo de 2000

El heredero responde de las deudas del causante con el límite del valor de los bienes hereditarios (art. 138 Comp. y 867 Cc. respecto de los legatarios). Ahora bien, responde el heredero con su patrimonio personal «cuando enajene o consuma bienes de la herencia» (art. 138 in fine Comp.) de forma voluntaria, por ello si el heredero resulta expropiado no es aplicable dicho precepto.

36 2001-2002 (VII-VIII)

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

CARGAS HEREDITARIAS• **GASTOS DE ENTIERRO Y FUNERAL**

S. JPI Zaragoza n° 8, 11 de mayo de 2000

Los gastos de funeral, entierro e incineración son cargas hereditarias (tal y como establece el art. 41 Lsuc.) y aunque a la fecha de prestación de los servicios todavía no estaba en vigor dicha ley era criterio jurisprudencial el otorgarles dicha consideración, con la preferencia de cobro que establece el art. 1924.1°B Cc. Siendo, pues, una carga hereditaria de la misma responsabilidad del heredero.

55 2001-2002 (VII-VIII)

S. JPI Zaragoza n° 14, 1 de julio de 2004

Los servicios de entierro y funeral fueron contratados por la hija política de la fallecida, que es condenada a pagar a la funeraria su importe, y ello con independencia de que, al ser cargas hereditarias de las que debe responder el heredero (arts. 41 y 40 Lsuc.), pueda posteriormente repetir de éste el pago de lo satisfecho.

104 2005-2006 (XI-XII)

• **CONFUSIÓN**

S. JPI Zaragoza n° 14, 22 de junio de 1998

El heredero que concertó contrato de inquilinato con su causante no puede oponer éste (en virtud del beneficio de inventario) al acreedor hipotecario anterior al arrendamiento, que ejecuta después de producida la sucesión mortis causa. Se dice que, al ser declarado heredero abintestato, «se produjo una confusión en las condiciones de propietario e inquilino», «no pudiendo ser la misma persona a la vez propietario y arrendatario del mismo inmueble».

13 2000, VI (núm. 1°)

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

RESPONSABILIDAD POR LEGADOS

S. APZ 18 de julio de 1994

Nombramiento de heredero universal con la carga de pagar un legado. Este excede del caudal relicto de la herencia. Beneficio de inventario: el heredero sólo responde por legados hasta donde alcance el caudal relicto.

37 1996, II (núm. 1°)

SEPARACIÓN DE PATRIMONIOS

S. TSJA 3 de diciembre de 2010

El fenómeno sucesorio no produce el efecto de la confusión de patrimonio, y de ninguna forma con relación a la fecha anterior del fallecimiento del causante. Justamente, porque no hay confusión de patrimonios el heredero responde de las obligaciones del causante exclusivamente con los bienes que reciba del caudal relicto (art. 40-1 Lsuc.) y, siendo estos insuficientes, con su patrimonio sólo en los supuestos del art. 40-2 Lsuc. La separación de patrimonios se establece, precisamente, en beneficio del heredero (art. 42 Lsuc.) y le permite oponerse al embargo de sus bienes por créditos contra la herencia (art. 43 Lsuc.).

10 RDCA 2011, XVII

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

SUCESIÓN PROCESAL*A. APH 29 de febrero de 2000*

Fallecida la parte demandada tiene entrada el fenómeno de la sucesión procesal (art. 9.7 LEC), sin que los herederos tengan derecho a solicitar la suspensión de la ejecución en tanto no se proceda a la liquidación y partición de la herencia del finado. No puede evocarse a tal efecto el art. 40 Lsuc. Por lo demás, el art. 54 Lsuc. permite a los acreedores exigir el pago de las deudas antes de realizarse la partición, si bien procediendo contra todos los herederos.

18 2001-2002 (VII-VIII)

716: COLACIÓN Y PARTICIÓN*S. TS 16 de febrero de 1996*

El dinero donado en vida por el padre fiduciario en virtud de testamento mancomunado, y con el que adquirió el hijo donatario una finca, no ha de computarse en la herencia del padre

5 1997, III (núm. 1º)

S. JPI Zaragoza nº 14, 27 de octubre de 1998

La entrega de cantidad de dinero a una hija poco después de su boda por su padre viudo no puede entenderse como pago de parte de la herencia materna, sino como donación no cola-

cionable (pese a las aparentes malas relaciones entre padre e hija).

20 2000, VI (núm. 1º)

S. APZ 6 de julio de 1999

Los once millones de una cuenta abierta por la causante en 1991 resultan donados a sus hijas mediante el cambio de cuenta. Esta donación no es colacionable conforme al art. 140 Comp., y han quedado a salvo los legítimos.

37 2000, VI (núm. 2º)

S. APH 14 de junio de 2001

No es aplicable en Aragón el art. 1035 del Cc., norma en la que funda su derecho la demandada principal, y ello porque la causante gozaba de vecindad civil aragonesa. Por ello se ha de estar a la norma específica del art. 140 Comp., vigente en el momento de fallecer la causante, a cuyo tenor la colación de liberalidades no procede por ministerio de la Ley. En igual sentido se pronuncia ahora el art. 47 Lsuc.

15 2003-2004 (IX-X)

S. APT 8 de junio de 2002

El art. 140 comp. establece que la colación de liberalidades no procede por ministerio de la ley, mas puede ordenarse en testamento u otro instrumento público, si bien y como no podía ser de otra forma, quedan a salvo las normas sobre inoficiosidad. Es decir que los bienes dados en vida del causante, bien a legítimos bien a terceros que no lo sean, no son colacionables o traído su valor con especie al caudal hereditario, por ministerio de la ley, salvo que perjudique la legítima conjunta de los herederos legítimos.

56 2003-2004 (IX-X)

LEGÍTIMAS• **INOFICIOSIDAD DE DONACIONES**

S. JPI Zaragoza nº 2, 25 de noviembre de 1995

No procede declarar inoficiosa la donación que la causante hizo en vida a la demandada,

pues aunque nos mantengamos en el ámbito de las legítimas, y el art. 140 Comp. no reduce al mismo su aplicación, la contradicción que puede resultar entre el respeto a las normas de inoficiosidad y el carácter voluntario de la colación, debe resolverse en favor de este último, en tanto en cuanto la legítima material tiene un carácter colectivo (art. 119 Comp.). La donación en modo alguno es inoficiosa en los términos del art 636 Cc., pues el causante no dio y la demandada no recibió más de lo que podían dar o recibir por testamento.

63 1997, III (núm. 1º)

ORDENADA EN DOCUMENTO PÚBLICO

S. JPII Jaca nº 2, 15 de noviembre de 1994

Interpretación de la expresión «en concepto de herencia anticipada» utilizada en donación a descendiente: expresión que en su sentido habitual y cotidiano únicamente puede ser interpretada como alusiva al deseo de atribuir a un heredero anticipadamente lo que ulteriormente se atribuya a los demás por vía mortis causa, pero no como referente a un reparto desigual entre los mismos. Se aprecia, por tanto, orden de colación en la sucesión intestada.

24 1996, II (núm. 2º)

PARTICIÓN JUDICIAL

• INVENTARIO

S. APH 10 de marzo de 2004

Los litigantes deben definir su postura sobre el inventario hereditario en momentos o fases procesales precisas: la parte que lo insta, en su propia solicitud; y la contraria, en el acto que debe celebrarse ante el secretario judicial a los efectos de adoptar un acuerdo o de constatar la controversia sobre la inclusión o exclusión de algún concepto en el inventario o sobre el importe de cualesquiera partidas. De este modo, los principios de preclusión y de defensa impiden que las partes puedan plantear su propuesta de inventario en el juicio verbal o segunda fase del procedimiento, la que debe cele-

brarse precisamente para resolver las cuestiones ya suscitadas en esa fase previa. Asimismo, por las mismas razones, tampoco pueden introducirse en esa segunda fase modificaciones sustanciales a la postura inicialmente exteriorizada.

58 2005-2006 (XI-XII)

• PROBLEMAS PROCESALES

S. APZ 7 de marzo de 2005

La pretensión de los demandantes de proceder a partir la herencia de su difunto padre choca con un primer inconveniente procedimental que es la dificultad de hacerlo en el seno de un juicio declarativo sin previa testamentaria; hay otro inconveniente de mayor envergadura, cual es que la comunidad del segundo matrimonio del padre aún no ha sido liquidada. Salvo en casos excepcionales, para distribuir los bienes de una herencia es preciso realizar la previa liquidación del régimen de consorciales a fin de conocer qué bienes han de partirse y dividirse entre los herederos. La sentencia contiene también declaraciones *obiter dicta* sobre el usufructo viudal y un legado de usufructo a favor de la segunda mujer sobre un bien consorcial del primer matrimonio.

39 2007, XIII

VOLUNTARIEDAD

S. JPII Calamocha 5, de febrero de 1997

No constando documento público alguno en el que se plasme la voluntad del donante-causante de que la donación efectuada sea objeto de colación, se ha de declarar que no ha lugar a la colación de la donación efectuada por la causante a su hijo José.

10 1999, V (núm. 1º)

717: CONSORCIO FORAL

S. JPII Huesca nº 2, 28 de marzo de 1996

Debiendo regirse la sucesión por el Apéndice de 1925 no existe posibilidad de formar la

figura denominada «consorcio foral aragonés» por la supresión u omisión de regulación de tal figura en dicho Cuerpo legal. No cabe, para considerar vigente en esa época el consorcio, recurrir a los precedentes históricos o a la tradición jurídica aragonesa como modo de integración normativa. La sentencia contiene una amplia explicación de las circunstancias que confluyeron en la supresión del consorcio foral en 1925.

64 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APZ 22 de octubre de 1998

No procede sobre parte indivisa de una finca. Sí aun cuando los hermanos hayan adquirido proindiviso de un ascendiente por títulos diferentes y en diversos momentos. Derecho transitorio: la donación anterior a 1967 no origina consorcio foral.

46 1999, V (núm. 2º)

S. APZ 10 de noviembre de 2004

Derecho transitorio e interregional. El alegato de que la normativa aplicable sería la vigente al tiempo de la declaración de incapacidad del causante (el Apéndice) en razón de que desde entonces había perdido su capacidad de testar, no pasa de ser una opinión interesada, carente de base legal, y que además ignora la figura del testamento en intervalo lúcido que regula el art. 665 Cc. Lo mismo cabe decir respecto a la inaplicación del consorcio foral por razón de la falta de vecindad civil de dos de los hijos del causante, en tanto que el art. 16 Cc. en relación con el 9.8 Cc. resuelve el conflicto de leyes interregional a favor de la personal del finado al tiempo de su óbito.

79 2005-2006 (XI-XII)

S. JPI Zaragoza nº 12, 28 de febrero de 2008

En aplicación del art. 142 Comp. para que se constituya el consorcio foral es necesario que la adquisición derive de un ascendiente en proindiviso, y ese proindiviso solo puede entenderse como una titularidad de cuotas-partes sobre bienes concretos en contraposición a la comunidad hereditaria que se caracteriza por la ausencia de las mismas. El proindiviso,

además, se debe constituir en el propio título traslativo, por lo tanto lo debe constituir el testador o donante. En el caso que nos ocupa los hermanos no adquirieron proindiviso de su difunto padre por cuanto éste se limitó a instituirlos herederos a partes iguales, adquiriendo, por lo tanto, una cuota ideal sobre el conjunto de la herencia y en modo alguno cuotas concretas sobre bienes determinados. Además, mediando el usufructo de la viuda tampoco habría lugar al consorcio, pues éste solo nace cuando se consolida el usufructo en la nuda propiedad.

55 RDCA 2010, XVI

DERECHO INTERREGIONAL

R. DGRN 13 de noviembre de 2002

Niega la DGRN que el consorcio foral sea una institución que sólo se aplica a los aragoneses respecto de inmuebles sitos en Aragón. Le parece evidente que se trata de una institución sucesoria sobre la que no existe el más mínimo indicio de restricción territorial, por lo que debe aplicarse en toda su extensión como norma personal siempre que la vecindad civil del causante en el momento del fallecimiento sea la aragonesa.

9 2001-2002 (VII-VIII)

S. JPI Tarazona 5 de diciembre de 2003

La circunstancia de que parte de los herederos hayan residido desde siempre en Madrid no imposibilita la aplicación de la normativa aragonesa. Las normas sobre consorcio foral no tienen carácter territorial y su aplicación sólo depende de que el causante tenga vecindad civil aragonesa al tiempo de su fallecimiento.

56 2005-2006 (XI-XII)

DERECHO TRANSITORIO

S. JPI Tarazona 16 de mayo de 1997

No existe el consorcio cuando la sucesión del padre de los supuestos consortes se abrió en

1963 (bajo la vigencia del Apéndice). La disp. transitoria duodécima Cc. —aplicable a través de la duodécima de la Compilación— lleva a aplicar la ley vigente al tiempo del fallecimiento del causante.

16 1999, V (núm. 1º)

S. APZ 23 de enero de 2006

En 1958, fecha de los actos por los que los hermanos adquirieron la copropiedad de la casa no se hallaba en vigor la institución del consorcio o fideicomiso foral aragonés, que había sido eliminada del ordenamiento civil de Aragón por el Apéndice de 1925, vigente a la sazón, por lo que, atendidas las disposiciones transitorias de la Compilación, así como las del Cc., en virtud de la remisión que a éstas efectúa la transitoria 12ª de aquéllas, no cabe sujetar tal copropiedad a las normas del consorcio foral aragonés, y sí, por el contrario, a las de la comunidad de bienes del Código civil, así como a las del retracto legal de comuneros.

41 RDCA-2008-XIV

S. APZ (Secc. 4ª) 25 de enero de 2008

El consorcio foral se originó en el momento de fallecimiento de la causante (1976) y no en el momento en que se hubiera aceptado su herencia (1983) como se alega en el recurso. El art. 142 Comp. es aplicable por la fecha de fallecimiento de la causante. Pero los efectos del consorcio se regulan por la Lsuc. después de su entrada en vigor, aunque el consorcio se hubiera originado antes, según su DT 6ª.

38 RDCA-2010-XVI

S. JPI Zaragoza nº, 12 28 de febrero de 2008

Al fallecer el causante en 1979 y adjudicarse los herederos la herencia en el año 1981, resulta aplicable al caso el art. 142 de la Compilación de 1967, por aplicación de la DT 6ª de la vigente Lsuc.

55 RDCA 2010, XVI

DISOLUCIÓN

S. APT 10 de septiembre de 2002

Aun cuando pueda existir una situación de consorcio por haber adquirido ambos hermanos y pro indiviso bienes de sus ascendientes directos a título gratuito, ni la existencia de dicho consorcio prohíbe la división, ni tal y como señala el art. 61 Lsuc., es necesario acudir para ello al proceso de división hereditaria, ya que en el caso enjuiciado la comunidad entre los consortes no tiene naturaleza germánica que caracteriza a las comunidades hereditarias, y ello porque cesó dicha comunidad al adjudicarse ambos comuneros las fincas cuya división se pretende «por mitades e iguales partes indivisas», existiendo sobre ellas un condominio ordinario del que sólo puede salirse mediante la *actio comuni dividundo*.

57 2003-2004 (IX-X)

S. JP II Tarazona 5 de diciembre de 2003

En el régimen del consorcio, vigente la compilación, la única forma de disolución es la división del inmueble, mientras que en la normativa vigente desde el 23 de abril de 1999, puede tener lugar además, por el acuerdo de todos los consortes, posibilitando el art. 60 Lsuc. que el consorcio deje de aplicarse. Pues bien, la mera negociación llevada a cabo entre las partes no es equivalente al acuerdo de disolución.

56 2005-2006 (XI-XII)

• ACUERDO DE TODOS LOS CONSORTES

S. APZ 10 de noviembre de 2004

Tanto el derecho de separación como el de poner término al consorcio por acuerdo de los consortes es una constante de la regulación histórica de dicha figura que la doctrina más autorizada predicó también de la regulación de 1967, y que hoy es recogida en Lsuc. en sus arts. 60 y 61, en consonancia por cierto con los arts. 400 y 1051 Cc. El acuerdo de partir los bienes es suficiente para poner fin al consorcio, aun con persistencia de la indivisión derivada de la no

consecución de la división por desacuerdo en el modo en que debía ser llevada a cabo.

79 2005-2006 (XI-XII)

S. TSJA 5 de julio de 2005

El consorcio foral se disuelve cuando exista acuerdo de todos los consortes en este sentido sin que sea necesario que tal acuerdo aparezca revestido de formalidad alguna para su validez, bastando únicamente que exista constancia del mismo.

9 2005-2006 (XI-XII)

EFFECTOS

• ACRECIMIENTO

S. APH 13 de mayo de 1996

Al no haberse practicado la división de los bienes hereditarios, subsiste entre los herederos el consorcio foral, por lo que, de conformidad con lo previsto en el art. 142.2 Comp., no es válida la disposición testamentaria efectuada por uno de los hermanos (ya fallecido) en favor de sus sobrinas-nietas respecto a su participación en dicho consorcio; parte que deberá acrecer al resto de los hermanos.

7 1997, III (núm. 2º)

S. JP II Tarazona 5 de diciembre de 2003

Considerando vigente el consorcio foral, al fallecimiento de uno de los consortes sin descendientes, su parte debe acrecer por partes iguales a los demás consortes originales; se ha considerado por la doctrina, y así lo expresa ahora la Ley, que dicho incremento se recibe como procedente del ascendiente que originó el consorcio, por lo que la parte perteneciente al consorte fallecido debe atribuirse a sus consortes en función de su naturaleza troncal, no pudiendo recaer su cuota sobre el cónyuge sobreviviente del difunto consorte; por ello procede declarar la nulidad de la escritura de aceptación de herencia realizadas por aquella, así como la nulidad de los asientos registrales.

56 2005-2006 (XI-XII)

S. JPI Zaragoza nº 4, 12 de junio de 2006

El incumplimiento por error del acrecimiento previsto en el art. 142 Comp. no es causa de nulidad absoluta de la aceptación de herencia y de la posterior venta del bien perteneciente al consorcio foral, sino de un vicio del consentimiento motivado por error sobre las condiciones de la cosa objeto del contrato que principalmente hubieran dado motivo a celebrarlo (art. 1266 Cc.), y en relación al carácter privativo de la mitad indivisa que se vendía. Dicho error determina la anulabilidad del contrato que debe reclamarse en el plazo de 4 años desde la consumación de éste (arts. 1300 y 1301 Cc.); este plazo de caducidad ha transcurrido, por lo que la demanda debe ser desestimada. Al no declararse la nulidad, no procede la devolución de las cantidades abonadas por dichos actos.

57 RDCA-2008-XIV

S. APZ 23 de mayo de 2007

Una de las características del consorcio foral es el acrecimiento que se produce al morir uno de los consortes sin descendencia, en cuyo caso los demás consortes no heredan del consorte muerto, sino que aquéllos reciben los bienes consorciales del causante del consorcio (o ascendiente) y no del consorte fallecido, por lo que no se precisa declaración de herederos de este último. Así lo dice ahora el art. 59-3 Lsuc., que completa la regulación anterior del art. 142-3 Comp. En caso de acrecimiento consorcial se produce únicamente la desaparición de uno de los elementos personales del consorcio, permaneciendo el mismo objeto.

46 RDCA 2009, XV

S. APZ (Secc. 4ª) 25 de enero de 2008

Una de las características del consorcio foral es el acrecimiento que se produce al morir uno de los consortes sin descendencia, en cuyo caso los demás consortes no heredan del consorte muerto, sino que aquéllos reciben los bienes consorciales del causante del consorcio (o ascendiente). En este sentido, el art. 59-3 Lsuc. completa la regulación del art. 142-3

Comp. estableciendo que la parte del consorte fallecido acrece a los demás «como procedente del ascendiente que originó el consorcio». Es decir, se produce únicamente la desaparición de uno de los elementos personales del consorcio, permaneciendo el mismo objeto.

38 RDCA-2010-XVI

• *PROHIBICIÓN DE DISPONER MORTIS CAUSA*

S. JPII Monzón 17 de octubre de 1995

Dada la subsistencia del consorcio foral en toda su magnitud, no queda facultado ningún heredero para transmitir a otras personas, excepto sus descendientes, parte alguna de los bienes adquiridos e indivisos. Por lo que, consecuentemente, no pudo ninguno de los hermanos disponer por testamento de bienes indivisos de procedencia paterna en favor de personas que no son sus descendientes, por contravenir tal acto de disposición la norma imperativa contenida en el art. 142.2 Comp. Por lo tanto, han de considerarse nulos los actos de disposición efectuados.

60 1997, III (núm. 1º)

S. APH 13 de mayo de 1996

Al no haberse practicado la división de los bienes hereditarios, subsiste entre los herederos el consorcio foral, por lo que, de conformidad con lo previsto en el art. 142.2 Comp., no es válida la disposición testamentaria efectuada por uno de los hermanos (ya fallecido) en favor de sus sobrinas-nietas respecto a su participación en dicho consorcio; parte que deberá acrecer al resto de los hermanos.

7 1997, III (núm. 2º)

S. JPII Tarazona 18 de noviembre de 1997

Los apartados 2º y 3º del art. 142 Comp. establecen como efectos del consorcio la prohibición de los consortes de disponer de su parte por actos *mortis causa*, sino en favor de sus descendientes, y el acrecimiento al resto de los consortes de la parte del que fallezca sin descendencia. Acreditado que Dña. Juana falleció sin descendencia, la parte que le corres-

pondría sobre las fincas consorciales acrecen al actor.

24 1999, V (núm. 1º)

ELEMENTO OBJETIVO

A. APZ 1 de febrero de 2006

Un sector de la doctrina niega que se excluya la posibilidad de un consorcio foral constituido sobre bienes adquiridos en nuda propiedad. Pero, en todo caso, el consorcio no se inicia hasta que los hermanos o hijos de hermanos coinciden en la titularidad del bien o bienes, lo que no sucede cuando son cotitulares de la cuota que en la comunidad conyugal correspondía al padre fallecido mientras no tenga lugar la liquidación y división.

42 RDCA-2008-XIV

EXTINCIÓN

S. APH 13 de mayo de 1996

Tratándose de una institución de carácter voluntario es evidente que el consorcio se extingue cuando se procede a la partición de los bienes. Y no supone la extinción del consorcio la circunstancia de que los consortes abonasen cada uno de ellos las cargas fiscales de determinadas fincas, pues ello sólo implica que existe una distribución a efectos fiscales. Dándose, además la circunstancia de que los bienes de la herencia siguen inscritos en el Registro a nombre del causante.

7 1997, III (núm. 2º)

• *DERECHO SUPLETORIO*

S. APH 13 de mayo de 1996

A la extinción del consorcio mediante su partición y adjudicación de los bienes, atendiendo el carácter subsidiario de las normas del Código civil, son de aplicación las reglas de los arts. 1.058 y ss. de la partición.

7 1997, III (núm. 2º)

- **FORMA**

S. APH 13 de mayo de 1996

A tenor de los arts. 1.058 y ss. Cc., bastaría para la distribución de los bienes el acuerdo unánime de los herederos, sin que se precise para su eficacia el otorgamiento de contrato alguno particional.

7 1997, III (núm. 2º)

IMPROCEDENCIA

S. JPII Tarazona 18 de noviembre de 1997

No cabe el consorcio sobre cuotas indivisas de un bien inmueble sino únicamente sobre la integridad de tales cuotas. La Compilación exige que el consorcio se constituya sobre bienes inmuebles pero no contempla la posibilidad de constitución sobre algunas cuotas partes de dichos bienes.

24 1999, V (núm. 1º)

NACIMIENTO

- **«PROINDIVISO»**

S. TSJA 10 de marzo de 2009

Se plantea la sentencia si hay consorcio foral en los supuesto de comunidad hereditaria, en la que existe una cuota abstracta sobre la herencia, o no hay tal situación de consorcio por no tratarse de bienes en proindiviso, como indicaba el texto ahora derogado, pero aplicable al caso de autos del art. 142 Comp. El Tribunal llega a la conclusión (dando así la razón a la registradora) de la existencia de consorcio foral, por cuanto proindiviso significa tan solo indivisión (y ello es ajeno al tipo de comunidad romana o germánica) y, además, por ser el consorcio norma común aplicable a cualquier tipo de sucesión, tanto testamentaria como legal. Ahora no hay duda, el art. 58 Lsuc. dispone «desde que varios hermanos e hijos de hermanos hereden de un ascendiente bienes inmuebles».

9 RDCA 2009, XV

NATURALEZA

S. JPII Tarazona 18 de noviembre de 1997

El consorcio es una institución de Derecho de familia.

24 1999, V (núm. 1º)

S. APZ 23 de mayo de 2007

El consorcio foral es una institución de origen sucesorio, o comunidad hereditaria, formada por ministerio de la ley entre los descendientes que suceden a sus ascendientes en determinados bienes inmuebles en estado de indivisión.

46 RDCA 2009, XV

ORIGEN

S. APH 13 de mayo de 1996

Fallecido el padre del actor y de los demandados abintestato, le heredan éstos, correspondiendo a sus cuatro hijos la nuda propiedad sobre los bienes del causante, y el usufructo vital a su cónyuge, y madre de los litigantes. Por ello, es en el momento en que fallece esta última, al consolidarse el dominio pleno en manos de los hermanos, cuando se produce el nacimiento del consorcio foral entre los cuatro hermanos respecto a la herencia indivisa paterna.

7 1997, III (núm. 2º)

S. JPII Tarazona 18 de noviembre de 1997

Su origen no depende única y exclusivamente de la existencia de una adquisición a título gratuito (como la hereditaria), sino de una adquisición proindiviso. En el caso de autos el inicio del consorcio se produce cuando coinciden dos hermanos o primos en la titularidad del inmueble relicto o grupo de ellos.

24 1999, V (núm. 1º)

PARTICIÓN*S. APT 2 de diciembre de 1995*

Es válido y eficaz el documento privado en el que los consortes acuerdan la distribución hereditaria de los bienes del consorcio, sustituyendo la adjudicación de bienes a la actora por una cantidad en metálico, con la que ésta se considera pagada. No se requiere documento público. Un pacto de este tipo no supone la renuncia de la actora a la herencia de sus padres (y causantes), sino todo lo contrario: presupone su voluntad de aceptar la parte indivisa que le corresponde en el patrimonio relicto de sus progenitores.

28 1997, III (núm. 1º)*S. APH 13 de mayo de 1996*

A tenor de los arts. 1.058 y ss. Cc., bastaría para la distribución de los bienes el acuerdo unánime de los herederos sin que se precise para su eficacia el otorgamiento de contrato alguno particional.

7 1997, III (núm. 2º)**USUFRUCTO VIDUAL**• **COMPATIBILIDAD***S. TSJA 10 de marzo de 2009*

El recurrente denuncia infracción del art. 142 Comp. en punto a la incompatibilidad entre consorcio foral y usufructo vidual, que se declara en la sentencia recurrida, que afirma que el consorcio debe recaer sobre bienes adquiridos en pleno dominio, excluyendo las situaciones en que concurren los nudo propietarios con el cónyuge superviviente. El motivo debe ser aceptado por no existir ninguna incompatibilidad entre ambas situaciones, así se admitía en el Fuero de *Communi dividundo* y se afirma ahora en el art. 96 Lrem. En contra de ello se manifiesta el voto particular del Ilmo. Sr. D. Luis Fernández Álvarez que afirma que no nace el consorcio hasta que no haya entre hermanos facultad de goce, esto es, hasta que se extinga el usufructo vidual.

9 RDCA 2009, XV**718: NORMAS COMUNES A LAS SUCESIONES VOLUNTARIAS****CERTEZA DE LA DESIGNACIÓN***S. APZ (Secc. 4ª) 20 de julio de 2012*

Hubo unas personas llamadas a suceder (art. 151 LS), que fueron los parientes, con certeza en la designación (art. 155 LS). El art 159 establece que la disposición a favor de parientes sin determinación de quienes sean. Pero lo dispuesto en el precepto lo es si no resulta otra cosa en el testamento. Y en el caso resulta otra cosa porque se llamó a quienes, para en el futuro, fueran más próximos parientes. Es decir, a los parientes más cercanos a cada uno de los testadores, de modo que no se llamó a todos ellos, pues se excluyó a parientes menos cercanos. La expresión «sucediendo cada rama familiar» complementa la anterior expresión, pues, en definitiva, los bienes se mantendrían en el ámbito de la familia de cada uno de los testadores y dentro de cada rama. No parece que fuera otra la intención del testador si se considera que esa situación familiar ya concurría en la fecha del otorgamiento del testamento, el 20 de abril de 2005, pues Don Leoncio tenía en ese momento parientes más próximos que otros porque una hermana había fallecido muchos años antes, habiendo dejado descendientes.

76 RDCA-XIX-2013*S. TSJA 9/2013, 18 de febrero de 2013*

En el llamamiento a los parientes «más próximos» la designación de herederos es cierta. No conocidos determinados en el momento de otorgamiento del testamento, pero perfectamente determinables cuando el deceso de los causantes se produjera. Se llamó a los parientes más próximos de cada uno de ellos, Y éstos, por contraste con los más lejanos, existían y eran conocidos cuando el fallecimiento se produce, pues eran los hermanos del causante, parientes de segundo grado, con exclusión de los demás, fueran los sobrinos demandantes, de tercer grado, o fueran primos, de cuarto, o cualquier otro que pudiera existir.

10 RDCA-XIX-2013

CONDICIONES VÁLIDAS

S. JPI Zaragoza n° 17, 28 de noviembre de 2007

La nulidad se solicita acerca de las condiciones de prevenir la sucesión para el caso de que ambos testadores mueran en el mismo evento y la condición por la que se establece que si la mujer fallece antes que el marido a éste se le atribuirá el usufructo universal sobre los bienes inmuebles, alegando que son inválidas por ser imposibles: la última, en particular, porque el viudo ya tiene el usufructo universal sobre todos los bienes y porque el usufructo es incompatible con la cualidad de heredero, deben ser desestimadas porque no tienen encaje en los arts. 109, 161 Lsuc ni en los arts. 113 y ss. Cc.

72 RDCA 2009, XV

DESIGNACIÓN DE SUCESOR

- **INSTITUCIÓN EN EL USUFRUCTO**

A. APZ 19 de junio de 2007

El testador disponía en su testamento «de cuanto tengo» y lo dejaba a su hermana Berta, en usufructo, «debiendo ir después de su muerte a mis legítimos herederos». No procede la apertura de la sucesión legal porque hay efectivo llamamiento testamentario. El testador ha articulado una sustitución: llama en primer lugar a Berta, al usufructo de los bienes de la herencia, y, una vez fallecida la misma, a quienes en el momento del fallecimiento del causante fuesen sus legítimos herederos. La ley, en suma, no llama en el caso a nadie, pues los llamamientos ya los hizo el causante de la sucesión. La determinación de los «legítimos herederos» podrá ser resuelta por los interesados, acudiendo en su caso, v.gr., al simple expediente del acta de notoriedad.

47 RDCA 2009, XV

LEGADOS

- **ADQUISICIÓN**

S. APH 9 de febrero de 2007

No estamos en este caso en un supuesto de partición realizada por el testador, pues no nos

encontramos ante un bien legado en común a favor de Gonzalo, Jaime y Javier, sino ante tres legados (o prelegados) de otras tantas fincas urbanas plenamente segregadas identificadas por el testador, con la única peculiaridad de que las mismas forman parte de una sola finca registral y se hace necesario adecuar el Registro de la Propiedad a la realidad. En particular, y al tratarse de cosa propia del testador existente en el caudal, los legatarios adquieren su propiedad desde que se les defiende, y pueden tomar por sí posesión de la cosa legada.

20 RDCA 2009, XV

- **DE BIENES CONSORCIALES**

S. TS 28 de septiembre de 1998

El TS considera aplicables al legado de bienes de la comunidad conyugal aragonesa los arts. 1379 y 1380 Cc.

6 1999,V (núm. 1°)

S. APH 25 de junio de 2005

En el caso de autos existe un legado de bien consorcial, pues tal era la naturaleza de la vivienda cuando se otorgó el testamento mancomunado, de forma que el art. 1.380 Cc. debe ser aplicado directamente y sin recurrir a la analogía. Dicha norma permite que cualquiera de los cónyuges puede disponer mortis causa de un bien ganancial pese a que antes de la partición ninguno de los cónyuges tiene el poder exclusivo sobre cualquiera de los bienes que forman el activo. En este caso al testar mancomunadamente cabe añadir que el cónyuge no disponente del legado también concurrió al otorgamiento, por ello la liquidación del patrimonio consorcial de los testadores pasaría por atribuir al padre de los litigantes la totalidad de la vivienda legada. En la actualidad, la misma solución del art. 1.380 ofrece el art. 56.2 Lrem.

26 2007, XIII

S. APH 19 de diciembre de 2006

Al fallecer uno de los cónyuges, no se le transmite al otro la mitad de cada bien, sino la mitad abstracta de los bienes comunes, ya que tras la disolución del matrimonio estamos ante

una sociedad posconsorcial. Fue en esta situación cuando el esposo superviviente otorgó el testamento modificativo que ahora se impugna y legó a su sobrina determinadas fincas rústicas. A falta de previsión legal en aquel momento de cómo valorar el legado de bienes consorciales se ha de aplicar supletoriamente el art. 1380 Cc., que establece la validez del legado, concretado en las fincas, si tras la liquidación son las que le corresponden a él en la adjudicación o, de no ser así, se entregará al legatario el valor que tuvieran al tiempo de la delación. Esto es lo que ahora dispone el art. 56.2.c. Lrem.

32 RDCA 2008, XIV

S. JPII Teruel nº 2, 10 de enero de 2007

La sentencia recaída en el procedimiento de división de herencia no tiene valor de cosa juzgada, pudiendo los interesados hacer valer los derechos que crean corresponderles sobre los bienes adjudicados en el juicio ordinario que corresponda (787-5 Lec.). El cauce procesal es el adecuado, pero las pretensiones del demandante se desestiman porque el objeto del legado son los derechos que a la testadora pudieran corresponderle en unos bienes consorciales. Lo que no le da derecho a reclamar la mitad de la propiedad de los bienes legados y adjudicados en la partición judicial a otros hermanos, sino el valor de dicha mitad. No es un legado de cosa cierta y determinada.

52 RDCA 2009, XV

S. TSJA 26 de noviembre de 2007

La causante lega a uno de sus cinco hijos «todos los derechos que pudieran corresponderle (a ella) en una casa, una cochera y un terreno, todos ellos consorciales». El recurrente considera que tiene derecho a la mitad indivisa de cada uno de los bienes, por aplicación del 162 Lsuc., solución y derecho que también le proporciona el art. 56 Lrem. Ni una ni otra norma le atribuyen la mitad de los bienes al recurrente, pues su causante le lega «derechos»; además al caso de autos, DT 2ª Lrem., no le es aplicable el art. 56 (aunque la solución sería la misma de haber sido aplicable), sino el 1380 del

Cc., al no estar vigente la Lrem. Una vez establecida la aplicación del 1380 Cc., se trata de determinar si dicho precepto impone una liquidación previa como pretende el recurrente o no. En un caso como este es posible prescindir de la liquidación, el legado se limita al valor de la mitad del bien, siendo válido el cuaderno particional, que así lo dispone.

14 RDCA 2008, XIV

• DERECHO APLICABLE

S. TSJA 26 de febrero de 2009

La Ley 1/1999, de 24 de febrero, sólo regula determinadas cuestiones en materia de legados, siendo aplicable en lo demás el Código civil como Derecho supletorio. Por ello, resulta de aplicación el art. 797 Cc., ya que la Ley aragonesa no regula el legado «sub modo», en cambio al tratar de la interpretación de legado no resulta aplicable el art. 675 Cc. sino el art. 101-1 Lsuc., puesto que habiendo norma propia aragonesa no es aplicable el Derecho supletorio: art. 1-2 Comp. aragonesa. No obstante, en este caso no varía la solución aplicando una u otra normas.

8 RDCA 2009, XV

• DERECHO DE TRANSMISIÓN: VOLUNTAD CONTRARIA DEL DISPONENTE

S. APZ (Secc. 5ª) 6 de marzo de 2012

La madre común de los ahora litigantes dispuso que si alguno de sus hijos Pedro, Anselmo y Victoria la premuriesen o no pudieran o quisieran heredarla, serían sustituidos por sus respectivos descendientes y, a falta de éstos (que es el caso de Pedro), por los otros dos hijos citados, tanto en la herencia como en los legados o prelegados. Es decir, la voluntad de la testadora fue clara. Si los bienes que lega o prelega no acceden definitivamente a los destinatarios queridos por ella, pasarán a sus descendientes o —en su defecto— a los otros dos hermanos. En este caso, Anselmo y Victoria. Por lo que aquellos bienes del legado de Pedro no forman parte del haber hereditario y han de quedar fuera del Inventario. Confirmándose así la sen-

tencia apelada en este punto. En todo caso hay que estar a la «voluntad del disponente» y en este caso, al nombrar sustitutos a los prelegatarios, se excluye el derecho de transmisión.

78 RDCA-XIX-2013

- **PLAZO DE LA ACCIÓN DE ENTREGA DEL LEGADO**

S. TSJA 31/2014, 29 de septiembre de 2014

La actora no ejercita una acción de petición de herencia, que es la acción que ejercita el heredero frente a quien detenta la herencia, o la que se ejercita por quien pretende que se le declare heredero y se le atribuya la cuota que le corresponde (STS 9/7/2002), sino que pide la entrega del legado. Esta acción viene siendo considerada como de carácter personal y, como tal, y a falta de plazo específico, le correspondería el de quince años que, con carácter general, señala el art. 1964 Cc. desde la muerte del causante. Pero, por tratarse este legado de una obligación de pago de periodicidad mensual, sería aplicable el plazo de prescripción de cinco años del art. 1966 Cc.

27 RDCA-XX-2014

SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

- **FIDEICOMISO DE RESIDUO**

S. TSJA 23/2016, 5 de octubre de 2016

En un testamento mancomunado con institución recíproca de herederos, con libertad de los otorgantes de revocarlo libremente, tanto viviente, como fallecido el otro otorgante, se contiene una cláusula, titulada «fideicomiso de residuo», que dice así: «De los bienes todos (de cualquier procedencia) que queden y de los que no haya dispuesto el sobreviviente de ambos hoy testadores, se formarán dos masas (cada una de ellas con la mitad de ese as hereditario). Y cada una de ella la recibirán los parientes más próximos, entonces vivos de cada uno de los hoy testadores. Si alguna de esas ramas hubiere totalmente desaparecido, la otra rama quedará llamada a he-

redar todos los bienes». La sentencia de primera instancia considera que el sobreviviente sólo puede disponer entre vivos y que todo lo que tenga a su muerte debe partirse como dice el fideicomiso de residuo. La sentencia de la Audiencia permite a la testadora sobreviviente disponer por causa de muerte de los bienes no heredados de su esposo. La parte demandada (y perjudicada por estas interpretaciones) no presenta recurso de casación. El TSJA estima el recurso de las demandantes (parientes del primer testador fallecido).

20 RDCA-XXIII-2017

72: SUCESIÓN TESTAMENTARIA

721: DISPOSICIONES GENERALES

CAPACIDAD PARA TESTAR

S. JPI Zaragoza n° 14, 20 de septiembre de 2004

Los arts. 93.1 y 108.2 Lsuc., que señalan como requisito imprescindible para poder testar que la persona física no carezca de «capacidad natural», deben ser puestos en relación con los arts. 663.2, 666 y 685 Cc., que señalan como requisito para entender capacitado al testador, que éste se halle en su «cabal juicio». Ambas expresiones, «capacidad natural» y «cabal juicio», vienen a significar en definitiva lo mismo: que quien otorga testamento posea una integridad mental que le permita entender lo que está haciendo y comprender las consecuencias de ese acto. Respecto a la forma de acreditar esta circunstancia se ha ido creando a lo largo del tiempo un constante y dilatado cuerpo jurisprudencial que la sentencia resume en el FD 2°.

107 2005-2006 (XI-XII)

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

INEXISTENCIA DE RESERVA DE BIENES

S. APZ Secc. 5ª, 21 de enero de 2008

Aunque los testadores se creían de vecindad navarra, eran de vecindad aragonesa y su sucesión se rige por este Derecho en el que, la diferencia del navarro, no existe la reserva legal de bienes a favor de los hijos del primer matrimonio (art. 139 Comp., y actual 14 0-3 Lsuc.). Lo mismo cabe decir de la inoficiosidad que se pretende por las hijas bajo alegato de que la viuda ha recibido en la herencia de su padre más de lo percibido por ellas, pues dicha limitación no se halla prevista en la legislación aragonesa, sin perjuicio de las normas sobre protección de la legítima colectiva.

37 RDCA-2010-XVI

INTERPRETACIÓN DE TESTAMENTO

S. APZ 21 de enero de 1999

La determinación de la voluntad de los testadores ha de estar referida al momento en que

se efectuó el acto de disposición, y no al momento de la apertura de la sucesión, como se desprende de los arts. 657 y 661 Cc. En dicho momento, los únicos hijos matrimoniales (nietos de los testadores) del demandante (hijo de los testadores) eran los demandados/apelantes, y no la parte actora/apelada que tuvo con posterioridad al testamento su condición de hija matrimonial del actor/apelante (art. 119 Cc.).

34 1999, V (núm. 2º)

S. JP II Huesca nº 2, 25 de mayo de 2000

Aun cuando uno de los testamentos otorgados por el bínubo premuerto y fiduciario de su primera esposa deba reputarse nulo por cuanto ya había perdido las facultades de fiducia (110.2º Comp.), esta circunstancia no puede privarle de disponer de su propio patrimonio en la forma que creyera oportuna, como debe deducirse de las reglas sobre interpretación de testamentos (art. 101 Lsuc.)

56 2001-2002 (VII-VIII)

A. Presiden. TSJA 30 de julio de 2004

Conforme a lo establecido en el art. 3 Lsuc. y en el artículo 69.2 Lsuc., en cuanto sea de aplicación, la voluntad real del testador es el criterio de interpretación del testamento, según lo establecido en los artículos 668 y 675 del Código Civil, aplicables en Aragón como derecho supletorio. A tenor de este último precepto, «toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento». Las disposiciones del testamento han de ser interpretadas, para su recta comprensión, en su conjunto, las unas por las otras, conforme establece el artículo 1285 del Código Civil, en regulación referida a los contratos pero también aplicable a estos negocios jurídicos de derecho sucesorio.

7 2003-2004 (IX-X)

S. APH 5 de septiembre de 2006

La interpretación testamentaria se efectúa actualmente pero referida a las circunstancias concurrentes en el momento en que la testadora otorgó su disposición, pues sólo así puede conocerse cuál era la voluntad del testador a la que se refiere tanto el art. 101 Lsuc. como el art. 675 Cc. Siendo que la voluntad testamentaria se ha de hacer buscando la voluntad preterita del testador al tiempo de su otorgamiento carece de relevancia, en la esfera de la interpretación, el hecho de que la testadora modificara, respecto de la cuenta que legó a José y Laura, la titularidad de la misma, de manera que sobre dicha cuenta, sólo apareciera como titular junto a la causante José (el legatario demandante) y no Laura (la demandada), porque ello sólo supone una variación respecto de la cosa legada (identificaba el legado con el nombre de los sobrinos, que eran los titulares junto a ella de la cc.), pero no determina que la cosa legada haya desaparecido, ni que haya cambiado su forma o sustancia.

28 RDCA 2008, XIV*S. TSJA 8 de noviembre de 2006*

La sucesión de la causante, de vecindad civil aragonesa, se rige por la Lsuc. (DT 1ª) y en ella se contienen normas propias sobre la interpretación de los testamentos: arts. 90 y 101; normas que son directamente aplicables sin necesidad de acudir al Código civil, que constituye aquí Derecho supletorio (art. 1.2 Comp.). Del sentido de estas normas se deriva que la voluntad del testador es la ley de la sucesión y por ello es oportuno buscar la voluntad de la testadora en este punto. Ahora bien, la interpretación de los testamentos es facultad de los Tribunales de instancia y sólo puede ser revisada en casación cuando la interpretación llevada a cabo sea absurda o irracional.

2 RDCA 2008, XIV*S. TSJA 8 de noviembre de 2006*

La interpretación de los testamentos corresponde al Tribunal de instancia y ésta solo es revisable en casación si la misma es absurda o contraria a la voluntad del testador y partiendo

de la sentencia recurrida no se observa que haya habido una interpretación errónea. Si un testamento habla de «parientes en la línea descendente» se ha de entender, como se ha hecho en la instancia, que el testador se refiere a los hijos, nietos, etc., que pueda tener, sin que de ello sea posible derivar que, al tener la testadora 43 años al tiempo de otorgar testamento, e insertar dicha cláusula, quisiera referirse a sus primos excluyendo a sus tíos. Por ello, y en contra del parecer de la AP, al haber premuerto el heredero, y no haber sustitutos (los parientes en la línea descendente) ya que la testadora no tuvo hijos, el testamento deviene ineficaz, por lo que de acuerdo con el art. 202 Lsuc., debe abrirse la sucesión legal.

2 RDCA 2008, XIV*S. TSJA 1/2011, 26 de enero de 2011*

Los tribunales deben interpretar las disposiciones testamentarias buscando la verdadera voluntad del testador, sin que pueda ser obstáculo lo inadecuado de los términos empleados, siempre que aquella voluntad resulte de una interpretación lógica y sistemática del testamento, y una vez que se conozca la intención real del testador, ésta prevalece sobre el tenor literal de las palabras utilizadas, en caso de discrepancia entre aquella y éstas. Por lo tanto, en caso de duda y pugna entre la letra y el espíritu del testamento ha de prevalecer la intención sobre las palabras, intención que ha de deducirse de los llamados usualmente elementos interpretativos lógico y sistemático. La interpretación realizada por la Audiencia está motivada, y es racional y no arbitraria, por lo que no puede ser revisada en casación.

2 RDCA-2012-XVIII*S. APZ (SECC. 4ª) 20 de julio de 2012*

En definitiva, del conjunto del testamento se desprende que su finalidad fue que un cónyuge heredase al otro, con facultad de disponer de los bienes heredados. Pero respecto a los no dispuestos, o en el caso de que uno no heredase al otro (comoriencia), consta una designación para los bienes que queden («los que queden serán heredados»). Hubo designación de sucesores y no hay causa para la entrada de la suce-

sión legal, pues esta procede en defecto de sucesión testamentaria (art. 201 LS).

76 RDCA-XIX-2013

S. JPI Zaragoza n° 17, 24 de octubre de 2012

La primera regla interpretativa es la literalidad, de modo que a la hora de atribuir un sentido a la voluntad testamentaria, debe analizarse el texto de la disposición discutida. Así, si alguien pretende que el sentido literal del testamento no concuerda con la verdadera voluntad del testador debe acreditarlo plenamente, porque la ley parte de una idea básica, que algunos califican de presunción, de que el testador tradujo su voluntad en las palabras que utilizó. Los otros medios, que han sido calificados como extrínsecos, no pueden rechazarse, pero jugarán un papel accesorio en la interpretación y sobre todo, debe evitarse que se atribuyan al testador soluciones que no quiso. Trasladadas las anteriores consideraciones al caso enjuiciado, no concurre la prueba plena e indubitada en los términos del artículo 416 CDFA de que el testador hubiera querido al estatuir sus últimas voluntades establecer un legado en lugar de la institución de heredero de cosa cierta que recogió el fedatario autorizante con las consecuencias legales en orden al pago de las deudas que se derivan del artículo 467 CDFA.

79 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 9/2013, 18 de febrero de 2013

La jurisprudencia constante del TS (así, por ejemplo, sentencias de 15 y 20 de diciembre de 2005) y de esta misma Sala del TSJA v. gr., sentencias de 11 mayo 2005 y 8 noviembre 2006) han sostenido que la interpretación de los testamentos es función de los tribunales de instancia, vedada en el recurso de casación, salvo en los casos en que pueda estimarse que la labor interpretativa del Tribunal de Instancia sea ilógica, arbitraria, irrazonable o absurda.

10 RDCA-XIX-2013

S. APT 12 de marzo de 2013

El elemento primordial para conocer la voluntad del causante ha de ser el tenor del

propio testamento, y dentro de su tenor atenerse a su literalidad, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador, y sólo para el caso de que surgiera la duda, se observará lo que aparezca más conforme con la intención, pero siempre según el tenor del mismo testamento; sin que, por otra parte, sea lícito al interpretar extender las disposiciones testamentarias más allá de su expresión literal, y sólo permisible la búsqueda de la voluntad, por otros medios probatorios, cuando ésta aparezca oscura, ambigua, contradictoria o dispar entre las palabras utilizadas y la intención.

43 RDCA-XX-2014

S. APZ (Secc. 4ª) 27 de marzo de 2013

Es doctrina en lo que atañe a la interpretación de los testamentos, que: a) En la interpretación de las disposiciones testamentarias debe buscarse la verdadera voluntad del testador (SSTS de 1 febrero 1988 y 9 octubre 2003, entre muchas otras); b) La interpretación de los testamentos es competencia de los tribunales de instancia siempre que se mantengan dentro de los límites racionales y no sea arbitraria, y sólo puede ser revisada en casación cuando las conclusiones a que se haya llegado en la interpretación sean ilógicas o contrarias a la voluntad del testador o a la Ley (SSTS de 14 de mayo de 1996, 30 enero 1997, 21 de enero de 2003, 18 de julio de 2005, entre muchas otras); y c) En la interpretación del testamento debe primar el sentido literal de los términos empleados por el testador y sólo cuando aparezca claramente que su voluntad fue otra, puede prescindirse del sentido literal y atribuir a la disposición testamentaria un alcance distinto (SSTS de 9 de junio de 1962 y 23 septiembre 1971, 18 de julio de 1991, 18 de julio de 1998, 23 de febrero de 2002, entre otras). No ha quedado acreditado que cuando el causante dice heredero *ex res certa* deba querer decir legatario, por cuanto aun cuando no tenga estudios universitarios otorgó varias veces testamento y no cabe pensar que el notario no le explicara la diferencia entre estas figuras.

53 RDCA-XX-2014

- **COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES DE INSTANCIA**

S. TSJA 31/2014, 29 de septiembre de 2014

Con arreglo a una doctrina jurisprudencial reiterada (SSTS 9/10/2003 y 22/6/2010 entre otras muchas) la interpretación de las declaraciones y disposiciones de última voluntad se integra en la soberanía juzgadora de los tribunales de instancia; siendo procedente su revisión en casación sólo cuando ostensiblemente contravenga la legalidad o se presente manifiestamente errónea, desorbitada o contraria al buen sentido. Es asimismo jurisprudencia consolidada que, fuera de estos supuestos de excepción, la interpretación imparcial del tribunal de instancia prevalece en casación sobre la más subjetiva, parcial e interesada de la parte recurrente, incluso en la duda sobre su acierto o su absoluta bondad o exactitud. Así lo han reiterado también sentencias de este Tribunal Superior (así, las de 11/5/2005, 8/11/2006 o 18/2/2013).

27 RDCA-XX-2014

TESTAMENTO UNIPERSONAL

- **INEXISTENCIA DE CORRESPECTIVIDAD**

S. APZ 13 de diciembre de 2004

Ambos convivientes otorgaron sendos testamentos individuales ante notario, dejando como herederos a sus respectivos hijos y legándose el uno al otro el usufructo vitalicio de los bienes de cada uno. En contra de la sentencia de instancia, entiende la Audiencia que la «correspectividad» no es posible fuera del testamento mancomunado, no sólo por la ubicación formal en sede de testamento mancomunado, sino por su naturaleza y efectos, fundamentalmente la necesidad genérica de consentimiento del otro para revocar o modificar una disposición correspondiente.

82 2005-2006 (XI-XII)

722: TESTAMENTO MANCOMUNADO

S. TS 24 de octubre de 2002

Caso de testamento mancomunado aragonés resuelto por el Tribunal Supremo. Interpretación de la cláusula que establece legados en usufructo a favor de los hijos y en nuda propiedad a favor de sus respectivos descendientes: el usufructo es efectivo aunque de momento falten los nudo propietarios.

12 2001-2002 (VII-VIII)

DISPOSICIONES CORRESPECTIVAS

S. JP II Huesca nº 2, 19 de abril de 1996

Un examen detenido de la mencionada cláusula no permite suponer que en el testamento se declare que la referida cláusula tenga el carácter de correspondiente, siendo necesario por la propia trascendencia de este tipo de cláusulas, esta expresión o semejante, en el contenido del testamento o del documento público posterior. Y la propia Compilación así parece entenderlo por la exigencia de una declaración en este sentido.

66 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APZ 14 de diciembre de 1998

No es disposición correspondiente aquella por la que ambos testadores instituyen herederos a su hija en usufructo y a sus nietos, por lo que puede revocarla el viudo en cuanto a su herencia.

51 1999, V (núm. 2º)

S. APZ 4 de marzo de 1999

No es bastante para que haya correspondiente con que un cotestador haya dictado disposiciones en consideración a las otorgadas por el otro, ni que entre ellas haya correspondencia. Además, para que exista correspondiente, ésta habrá de estar declarada en el testamento o deducirse con claridad la intención de establecer-

la (art. 97 Comp.). Es decir, la corespectividad no se presume. Por último, no es equiparable institución recíproca entre cónyuges y la corespectividad. Tampoco deben confundirse «liberalidades» con «disposiciones corespectivas».

27 2000, VI (núm. 2º)

S. APH 28 de noviembre de 2001

En 1982 los cónyuges otorgan testamento mancomunado. En 1990, el cónyuge supérstite otorga nuevo testamento, y el demandado apelante sostiene que este segundo otorgamiento revocó disposiciones corespectivas en vigor.

Ello no fue así, por cuanto el cónyuge supérstite modificó sus propias disposiciones testamentarias, que no eran corespectivas respecto las de su difunto cónyuge.

18 2003-2004 (IX-X)

S. APZ (Secc. 5ª) 30 de mayo de 2008

La «corespectividad» es una de las variedades del testamento mancomunado aragones. Las disposiciones corespectivas responden a un recíproco condicionante lo que justifica su especial naturaleza. Hay corespectividad cuando los otorgantes no sólo testan a la vez, sino de forma que cualquiera de ellos no dispondría de lo suyo si el otro no hiciera a su vez otra disposición. No se trata de reciprocidad en el sentido contractual por faltar el justo equilibrio de las contraprestaciones, ni tampoco de una liberalidad, dado que este instituto no exige necesariamente condición. Es principio general que la corespectividad no se presume y si no se deduce con claridad debe entenderse que no existe (Ss. APZ 13-12-2004 y 11-5-2005).

44 RDCA-2010-XVI

• **INEXISTENCIA**

A. Presiden. TSJA 22 de abril de 2002

Concepto de corespectividad deducible de los arts. 96 y 97 Comp. La corespectividad no se presume; si los cónyuges no la han establecido, debe entenderse que no existe tal cores-

pectividad. Pero la falta de corespectividad no conlleva la inexistencia del llamamiento o institución conjunta o coincidente, referida a los bienes de cada cónyuge a favor de los mismos llamados. Por ello el sobreviviente puede revocar o modificar el llamamiento en cuanto a sus propias disposiciones, pero no modificar o revocar el llamamiento o declaración hereditaria realizada por el cónyuge premuerto respecto a sus propios bienes.

6 2001-2002 (VII-VIII)

S. JPI Zaragoza nº 2, 6 de octubre de 2006

La capacidad para testar se presume ex art. 93-1º Lsuc. La corespectividad no se presume (art. 105 Lsuc.), por lo que el Juez no aprecia la existencia de corespectividad en el testamento mancomunado de 6-6-94 porque no se manifiesta de forma expresa y con prueba obrante en autos no se ha demostrado su existencia. La carga de la prueba de la corespectividad corresponde al que la alegue.

63 RDCA-2008-XIV

S. JPI Zaragoza nº 15, 28 de enero de 2008

La corespectividad de las disposiciones otorgadas en testamento mancomunado no se presume. La corespectividad debe ser declarada por las partes; por lo demás, corespectividad no es sinónimo de reciprocidad. Por ello, no es corespectiva la cláusula de institución de herederos a partes iguales en favor de los hijos del matrimonio establecida en testamento mancomunado aun cuando los testadores se hayan legado el usufructo universal y vitalicio; por ello es válido el testamento otorgado por el supérstite instituyendo heredera de sus bienes a una sola de las hijas del matrimonio.

52 RDCA 2010, XVI

S. APZ (Secc. 5ª) 30 de mayo de 2008

No se aprecia corespectividad entre la cláusula en la que ambos cónyuges se conceden y reconocen, mutua y recíprocamente, el usufructo universal de viudedad y aquella en

la que instituyen herederos universales a sus tres hijos.

44 RDCA-2010-XVI

IMPUGNACIÓN DE LAS DISPOSICIONES DEL TESTADOR VIVO

S. JPI Zaragoza n° 17, 18 de mayo de 2006

El actor carece de acción para impugnar un testamento que ordena una sucesión de una persona que no ha fallecido. De igual modo los demandados que no tienen todavía derecho hereditario alguno proveniente de la sucesión de su madre también demandada no tienen legitimación para soportar la acción, esto es, carecen de la especial cualidad que les asocia con la relación jurídica litigiosa a que se refiere el art. 10 de la Lec.

54 RDCA-2008-XIV

INCAPACIDAD DE UNO DE LOS TESTADORES

S. JPI Zaragoza n° 17, 18 de mayo de 2006

No es cierto que la supuesta falta de capacidad de la testadora demandada conduzca de forma directa a la nulidad de todo el testamento mancomunado. El art. 115-2 permite que el testamento del otro valga como unipersonal si concurren todos los requisitos de forma y de capacidad respecto de la sucesión ordenada por este testador. No obstante, las disposiciones correspectivas de uno y otro serían nulas (art. 109-3, último inciso, en relación con el art. 105-2 Lsuc.).

54 RDCA-2008-XIV

INSTITUCIÓN RECÍPROCA ENTRE OTORGANTES

• CONMORIENTIA

S. APZ (Secc. 4ª) 20 de julio de 2012

En definitiva, del conjunto del testamento se desprende que su finalidad fue que un cón-

yuge heredase al otro, con facultad de disponer de los bienes heredados. Pero respecto a los no dispuestos, o en el caso de que uno no heredase al otro (como apariencia), consta una designación para los bienes que queden («los que queden serán heredados»). Hubo designación de sucesores y no hay causa para la entrada de la sucesión legal, pues esta procede en defecto de sucesión testamentaria (art 201 LS)

76 RDCA-XIX-2013

• DERECHOS LEGITIMARIOS

S. TS 488/2015, 15 de septiembre de 2015

No hay exclusión absoluta de los legitimarios. La validez de la institución recíproca del testamento mancomunado resulta incuestionable, sin que ello comporte vulneración de la intangibilidad cuantitativa de la legítima colectiva aragonesa, pues en tal caso se daría la reducción del haber de la institución de heredero, pero no su nulidad o supresión. La existencia de descendientes comunes no comporta la invalidez o la ineficacia de la institución propiamente dicha, sino su adaptación o modificación con relación al límite dispositivo que representa la legítima de los descendientes.

1 RDCA-XXIII-2017

• PACTO AL MÁS VIVIENTE

S. JPI Zaragoza n° 2, 18 de mayo de 1994

La sentencia admite que la declaración contraria a que la institución mutua y recíproca entre cónyuges produzca los mismos efectos que «el pacto al más viviente», puede hacerse tanto de forma expresa como mediante declaración de voluntad tácita.

13 1996, II (núm. 2º)

S. APT 30 de octubre de 1995

La existencia de un testamento mancomunado con institución recíproca de herederos impidió a los actores heredar abintestato a su tío en el momento de su fallecimiento. Falleci-

da la esposa heredera, siguen manteniendo la condición de herederos abintestato de aquél. Por ello, los bienes del tío heredados por la esposa sobreviviente, al haber fallecido ésta sin disponer de ellos por cualquier título, deben revertir a los actores (art. 108.3 Comp.).

24 1997, III (núm. 1º)

A. APH 2 de diciembre de 1996

Con la denominación de pacto al más viviente regula la Compilación la recíproca institución hereditaria entre cónyuges formulada por medio de cualquiera de los instrumentos sucesorios válidos en Derecho aragonés, y el art. 95, siempre que no exista pacto en contrario, establece que la institución testamentaria mutua entre cónyuges equivale al pacto al más viviente.

15 1997, III (núm. 2º)

A. APZ 27 de abril de 1997

Fallecido el esposo supérstite, heredero por el «pacto al más viviente», procede la declaración de herederos abintestato a favor de los herederos del premuerto respecto de aquéllos bienes así heredados sobre los que el supérstite no hubiera dispuesto (art. 108.3 i.f.)

39 1999, V (núm. 2º)

A. APH 17 de noviembre de 1997

El pacto al más viviente implica una especie de sustitución fideicomisaria de residuo en la cual los sustitutos son esos parientes del cónyuge fallecido en primer lugar «llamados» a su sucesión en el momento del óbito del cónyuge viudo.

17 1998, IV (núms. 1º y 2º)

A. JPI Zaragoza nº 7, 15 de junio de 1998

Fallecido el esposo supérstite, heredero por «pacto al más viviente», procede declaración de herederos abintestato a favor de los herederos del premuerto respecto de aquellos bienes así heredados sobre los que el supérstite no hubiese dispuesto.

12 2000, VI (núm. 1º)

A. JP II Monzón 20 de octubre de 1998

Fallecido el esposo supérstite heredero por «pacto al más viviente», procede declaración de herederos troncales y troncales de abolorio del primero fallecido en cuanto a los bienes de esta clase de que el supérstite heredero no dispuso.

19 2000, VI (núm. 1º)

S. APZ (Secc. 5ª) 13 de julio de 2000

El cambio de dinero de un depósito bancario o cuenta corriente a otro depósito o cuenta no supone su disposición en el sentido de consunción, sino la simple mutación de circunstancias externas, ajenas al propio bien, en sí. Por ello, no habiendo disposición por «el más viviente» de los bienes del primeramente fallecido, deben ser heredados por los parientes de éste (y no por los de aquél): en este caso, el Estado.

40 2001-2002 (VII-VIII)

A. JP II Boltaña 22 de enero de 2003

El causante, del que se solicita la declaración legal de herederos, falleció habiendo otorgado testamento mancomunado. En él, el causante y su cónyuge se instituían recíprocamente herederos. Fallecida su esposa sin haber otorgado testamento ni dispuesto de los bienes adquiridos de su cónyuge premuerto, se abre la sucesión legítima conforme a lo dispuesto en la ley (art. 201). No determinado el carácter troncal o no troncal de los bienes, la declaración de herederos se referirá a los bienes no troncales (arts. 203 y 202.2º Lsuc), resultado de aplicación el art. 218 Lsuc. De manera que habiendo fallecido el cónyuge supérstite del causante sin haber otorgado testamento ni dispuesto de los bienes transmitidos por su cónyuge, deben heredar los tres hermanos del causante, debiendo recibir una de las hermanas doble cuota que los otros, por ser aquélla de doble vínculo y éstos medio hermanos.

40 2005-2006 (XI-XII)

S. APZ 25 de febrero de 2004

En el pacto al más viviente, fallecido el cónyuge sobreviviente sin haber dispuesto de los bienes que fueron consorciales del matrimonio, queda constituida sobre ellos una comunidad de bienes entre los herederos de uno y otro cónyuge que se regulará en esencia por lo dispuesto en los arts. 392 y ss. del Cc.; ninguno de los partícipes puede atribuirse en propiedad un bien concreto o porción del mismo mientras no se efectúe la división; la adjudicación de una parte indivisa en un bien consorcial es conducta que exige el consentimiento de todos los coherederos (art. 402 Cc.)

71 2005-2006 (XI-XII)*S. TSJA 30 de septiembre de 2005*

La Comp. prevé para el caso de que el sobreviviente, titular absoluto de los bienes del cónyuge premuerto, fallezca sin haber dispuesto de ellos, que entre en juego el principio de troncalidad y se mantengan los bienes en el seno del grupo familiar a que pertenecía su primitivo propietario, y, lógicamente, en defecto de herederos troncales los bienes del consorte primeramente fallecido pasarán a los herederos abintestato del sobreviviente, pues, «pacto al más viviente», no existiendo hijos, constituye un supuesto normal de sucesión hereditaria a favor del cónyuge viudo, matizado únicamente con el llamamiento a favor del grupo familiar del cónyuge premuerto, caso de que existan herederos tronqueros. Cualquier duda al respecto ha quedado despejada con el art. 216.2 de la Lrem. (que no es de aplicación al caso); la nueva regulación no supone un cambio normativo, sino que se limita a consignar de forma expresa lo que antes se hallaba implícito.

12 2005-2006 (XI-XII)*S. JPII Teruel n° 2, 22 de diciembre de 2006*

En procedimiento de división judicial de la herencia del cónyuge sobreviviente insta el hermano del cónyuge premuerto, su heredero legal, que se le adjudiquen los bienes privativos y la mitad de los consorciales heredados por el sobreviviente del premuerto, bienes de los que el sobreviviente no ha dispuesto. La sentencia

estima la demanda y declara el derecho del actor a que se le adjudiquen los bienes existentes en la herencia del sobreviviente, que éste adquirió de su cónyuge y de los que aquel no dispuso, así como la mitad de los bienes consorciales, y la mitad de los saldos existentes en cuentas corrientes a la fecha de la muerte del cónyuge primeramente fallecido.

69 RDCA-2008-XIV

- **SUSTITUCIÓN LEGAL PREVENTIVA DE RESIDUO**

A. Presiden. TSJA 30 de julio de 2004

La institución realizada en el testamento tiene los efectos que establece el párrafo 2° del art. 104 Lsuc. Es una institución semejante al fideicomiso de residuo en su modalidad si *aliquid supererit*, en la que el primer llamado a la herencia no está obligado a conservar todos los bienes, ya que puede disponer por actos jurídicos intervivos, pero si fallece sin haber realizado tal disposición, lo que quedase forma parte de la herencia del premuerto y los terceros designados como herederos le sucederán directamente. Ahora bien, no estamos ante una auténtica sustitución fideicomisaria, en su modalidad de fideicomiso de residuo, sino ante una institución propia del Derecho aragonés, que se rige por sus propias normas y que opera como una limitación a las facultades de disponer *mortis causa* de los bienes recibidos en virtud de institución recíproca.

7 2003-2004 (IX-X)*S. APH 13 de octubre de 2006*

Los cónyuges causantes otorgaron testamento mancomunado en 1977. No tuvieron descendencia. Al fallecimiento de la esposa (1983) heredó el marido; y este murió en 1995. Al abrirse su sucesión, quedaron los bienes que había recibido de su difunta esposa, por lo que en esos bienes están llamados a heredar, por aplicación del art. 108.3 Comp., las personas llamadas en tal momento (fallecimiento del sobreviviente) a la sucesión del cónyuge primeramente fallecido. Ahora bien, deferidos estos bienes a esas personas, se habrá de tener en

cuenta el carácter de troncales simples o de abolorio que puedan tener dichos bienes.

30 RDCA 2008, XIV

A. APH 19 de febrero de 2008

El testamento mancomunado en su día otorgado no impide automáticamente la declaración de herederos legales interesada por la vía de los arts. 80-3 y 104 Lsuc. por los bienes de los que no hubiera dispuesto el supérstite, tras haberlos recibido del primeramente fallecido, de modo análogo con lo que sucede también en el caso del art. 216-2 Lsuc. Como dijo la STSJA de 13 junio 2007, estas normas establecen la posibilidad de que a la misma herencia del cónyuge primeramente fallecido puedan ser llamados, y de modo sucesivo, primero, su cónyuge, y luego sus propios familiares.

14 RDCA-2010-XVI

S. APZ (Secc. 4ª) 13 de marzo de 2008

No existió liquidación del régimen económico del matrimonio, por lo que se desconoce el patrimonio que *ab initio* podía corresponder a la mujer al tiempo de su fallecimiento, tanto el que fuera consorcial, no liquidado, como el que pudiera haber, si es que lo había, privativo. Además el caudal hereditario del cónyuge sobreviviente está constituido íntegramente por dinero, el bien ultrafungible por excelencia. Al heredar el sobreviviente al premuerto, se produjo una confusión de patrimonios, y ahora la diferenciación de las respectivas masas patrimoniales es tarea prácticamente imposible. Tratándose de dinero la prueba se torna prácticamente imposible. Y la cuestión no puede resolverse en base a la presunción de consorcialidad, que no opera tras la disolución del matrimonio, falta de prueba, todo para los herederos del sobreviviente.

42 RDCA-2010-XVI

S. TSJA 1 de diciembre de 2008

Fallecido el cónyuge supérstite y heredero del premuerto, si aún hubiera bienes en su patrimonio del primeramente fallecido y de los

que «el más viviente» no hubiera dispuesto, pasarán a los herederos legales del premuerto. Éstos heredan a su causante, el premuerto, como sustitutos del heredero (el cónyuge, ahora muerto, que le sobrevivió), y por ello se ha de tener en cuenta el momento de la muerte del causante y ésta se produjo vigente la Comp., por ello es la norma que resulta aplicable (DT 1º Lsuc). También es la norma que resulta aplicable a la composición del activo del consorcio conyugal para calificar los bienes privativos y comunes de este matrimonio (DT. 2º Lrem.).

6 RDCA 2009, XV

S. TSJA 1 de diciembre de 2008

Efecto de la institución es que el cónyuge viudo deviene heredero del premuerto y dueño absoluto de sus bienes: puede disponer tanto por actos inter vivos como *mortis causa*. El efecto posterior previsto en el art. 108-3 Comp. exige que se mantengan en el patrimonio del más viviente y a su fallecimiento, los bienes que procedan de la herencia del primer cónyuge fallecido, y ese mantenimiento no puede predicarse de las cantidades de dinero en metálico que heredase, pues no puede haber prueba de ello, sino y al contrario, lo que existe es una disposición del dinero heredado, desde el momento en que lo hace suyo el cónyuge supérstite y lo invierte en fondos o en otros depósitos bancarios.

6 RDCA 2009, XV

NULIDAD

S. JP II Huesca nº 3, 14 de abril de 2000

Ha de ser estimada la acción de nulidad invocada, pues se ha acreditado que el testamento mancomunado otorgado por el binubo premuerto infringía lo pactado en los capítulos matrimoniales otorgados para sus primeras nupcias y lo dispuesto en el art. 3 Comp.

54 2001-2002 (VII-VIII)

PRIMACÍA DE LA LEGISLACIÓN ESPECIAL

S. JPII Huesca n° 2, 19 de abril de 1996

La mención testamentaria como legatario fiduciario en favor de uno de los hijos del adjudicatario provisional de bienes del IRYDA no puede tener validez por atentar contra lo dispuesto taxativamente en el art. 32 de la LRYDA que ordena la sucesión necesariamente a favor del cónyuge superviviente. Tampoco son compatibles con tal ordenación los efectos del pacto al más viviente (art. 95 en relación con el 108 Comp.)

66 1998, IV (núms. 1° y 2°)

REVOCACIÓN

S. TSJA 29 de mayo de 1991

Validez del testamento mancomunado de institución recíproca entre cónyuges otorgado en 1958 y nulidad de los testamentos posteriormente otorgados por la esposa, vigente la Compilación, por no haber notificado notarialmente al marido la revocación unilateral ex art. 19 Apéndice.

3 1995, I (núm. 1°)

S. APZ 19 de diciembre de 1994

Presunción de comunidad. Son bienes comunes los adquiridos constante matrimonio a título oneroso. Testamento mancomunado: posibilidad de revocar las propias disposiciones. Testamento abierto realizado por el cónyuge superviviente: Ineficacia: el cónyuge superviviente no puede alterar la disposición testamentaria que su consorte haya otorgado conjuntamente con él mediante testamento mancomunado. Nulidad de la aceptación de la herencia.

44 1996, II (núm. 1°)

S. TS 1 de julio de 1996

La revocación de un testamento anterior por otro posterior deja sin efecto el reconoci-

miento de cualquier derecho que el testado hubiera hecho en el testamento revocado, a no ser que se pruebe, por otros medios, la realidad y certeza de dicho derecho, lo que no se prueba en el caso de autos.

6 1997, III (núm. 1°)

S. APZ 20 de septiembre de 1996

Una supuesta donación mortis causa carece de eficacia revocatoria respecto del testamento mancomunado. Marido y mujer otorgaron testamento en que instituían heredero único a uno de los hijos, «desheredando» (la expresión la utiliza la sentencia) a los demás, mencionados nominalmente. El viudo extrae el saldo de la cuenta indistinta con el premuerto y, en el poco tiempo en que le sobrevive, lo ingresa en otra a su nombre y al de todos los hijos: ésta conducta ni constituye donación ni tiene eficacia revocatoria alguna del testamento.

28 1997, III (núm. 2°)

S. JPI Zaragoza n° 12, 7 de octubre de 2004

Dice el testamento mancomunado que los cónyuges instituyen herederos a sus cuatro hijos y que «las disposiciones de este testamento no tienen carácter correspectivo, por lo que el sobreviviente de los testadores podrá revocarlo y otorgar otro nuevo». Interpreta la Juez que el sobreviviente puede modificar o revocar el testamento del fallecido, convirtiéndose en su fiduciario y existiendo mientras tanto una situación de herencia yacente. Pero como al fallecimiento del primero de los testadores los herederos y la viuda usufructuaria otorgaron escritura de aceptación de herencia, ya no puede reconocerse ahora a la viuda la posibilidad de revocación («que sí tuvo antes» —dice—) que dejaría sin efecto unos derechos ya adquiridos por los llamados a la sucesión. Aprecia la existencia de una comunidad ordinaria, con indivisibilidad física de los bienes, reconociendo el derecho del actor a la división, a practicar en la norma establecida en el 404 Cc.

108 2005-2006 (XI-XII)

• **DISPOSICIONES CORRESPECTIVAS**

S. JPI Zaragoza n° 10, 7 de mayo de 2004

La finca fue legada mediante disposición correspectiva contenida en el testamento mancomunado de los cónyuges, que sólo podía ser revocada en vida de ambos por mutuo acuerdo, y fallecido el esposo unilateralmente por la testadora superviviente siempre que se dieran las circunstancias que determinan la desheredación o indignidad para suceder del legatario. En tal caso la revocación en el testamento individual de la viuda tendría que ser expresa.

102 2005-2006 (XI-XII)

**723: INVALIDEZ E INEFICACIA
DE LOS TESTAMENTOS**

DEFECTOS NO INVALIDANTES

• **REGULACIÓN: INAPLICACIÓN DEL ART. 687 Cc.**

S. TSJA 5 de octubre de 2009

La normativa contenida en el artículo 108 de la Lsuc., presenta una mayor especificidad y matización que la recogida en el artículo 687 Cc. Éste determina la nulidad cuando se infringe alguna de las formalidades previstas para el otorgamiento de los testamentos, la norma aragonesa no ordena la nulidad en todo caso por haberse incumplido algún requisito, sino que establece distinciones según la clase de requisito o formalidad no respetada. 1ª, y con carácter general, se establece que la inobservancia en el otorgamiento de los testamentos de los requisitos y formalidades requeridos por la ley conlleva la nulidad del testamento; 2ª, y a diferencia del Cc., establece dos excepciones: no acarreará nulidad la falta de expresión de la hora en el testamento cuando el testador no hubiera otorgado otro en la misma fecha, ni tampoco lo anulará «la falta de indicación en el testamento de que se ha cumplido alguno de sus requisitos y formalidades cuando pueda demostrarse que efectivamente fue cumplido».

14 RDCA 2009, XV

INEFICACIA

• **APLICACIÓN ANALÓGICA DEL ART. 123 Lsuc.**

S. JPI Zaragoza n° 12, 8 de julio de 2004

Las disposiciones testamentarias de la actora y del fallecido se efectuaron en 1995, en sendos testamentos individuales, cuando convivían de manera estable, tienen igual contenido e idéntico propósito de legar al otro el usufructo vitalicio de todos sus bienes, derechos y acciones. La sentencia entiende que tales disposiciones pueden considerarse correspectivas, pero habrían devenido ineficaces por aplicación analógica del art. 123 Lsuc. a una pareja de hecho (el fallecido estaba casado) que se había roto poco antes del fallecimiento del varón.

105 2005-2006 (XI-XII)

S. APZ 13 de diciembre de 2004

Si en las liberalidades concedidas en testamento por un cónyuge al otro devienen ineficaces si al fallecer el cónyuge liberal estuviera en trámite el procedimiento de separación conyugal, con mayor (o, por lo menos igual) motivo no surtirán efecto las liberalidades que reúnan esos requisitos cuando en una relación convivencial a modo matrimonial de hecho, ya se ha producido la separación de hecho (única que cabe, por obvias razones).

82 2005-2006 (XI-XII)

S. TSJA 20 de junio de 2005

A las parejas de hecho no legales sí les puede resultar aplicable por analogía la normativa propia de las relaciones patrimoniales entre particulares presididas por las características propias de la relación de pareja. En el caso de Aragón la normativa a tener en cuenta es la Ley 2/03 y la Ley 1/99. En razón de ello, al presente caso resulta de aplicación el art. 123 Lsuc., que declara ineficaces las liberalidades hechas a favor del cónyuge cuando el matrimonio se separa o disuelve o se comienzan los trámites para ello. Ha resultado probado en este caso la separación real y efectiva de los convivientes,

por lo tanto la disposición testamentaria de usufructo universal que el convivente legaba en su testamento a su *partenaire* devino ineficaz tras la ruptura efectiva de la convivencia.

8 2005-2006 (XI-XII)

LÍMITES EN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN

- **INADMISIBILIDAD DE VENIR CONTRA LOS PROPIOS ACTOS**

S. TSJA 10 de abril de 2003

La demandante actuó contra sus propios actos al pretender la nulidad de un testamento que había aceptado previamente con total conocimiento de causa y libertad. Se descarta que en la aceptación y división de la herencia mediara error invalidante. El principio general de Derecho que afirma la inadmisibilidad de venir contra los propios actos supone un límite en el ejercicio de acciones o facultades, como consecuencia de la buena fe y de la exigencia de la observancia de una coherencia en el ámbito del tráfico jurídico siempre que concurran los requisitos exigidos por la doctrina para su aplicación.

14 2001-2002 (VII-VIII)

S. JPI Zaragoza nº 17, 6 de noviembre de 2006

Los arts. 113 y 7 de la Lsuc., así como la jurisprudencia del TS (SS. 14-6-1963 y 20-10-1962) y TSJA (S. 10-4-2003), conllevan la falta de legitimación del actor para impugnar el testamento en la medida en que, sin desconocer las causas de impugnación que luego se pretende alegar, ha dado ejecución al mismo mediante su aceptación y despliegue de efectos, pues también se acepta con ello la validez del testamento. El demandante aceptó pura y simplemente las herencias de sus padres, sin salvedad de clase alguna y aceptó incluso los efectos de la escritura, todo ello conociendo el legado ordenado en el testamento de su madre cuya nulidad pide ahora.

64 RDCA-2008-XIV

NULIDAD DE LA DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA

S. APH 8 de marzo de 2002

La demandante, que ahora reclama la invalidez de determinadas disposiciones hereditarias alegando como defecto invalidante del consentimiento prestado el desconocimiento del contenido de los capítulos matrimoniales de 1941, no puede ser acogido: primero porque dichos capítulos están inscritos en el registro; segundo, porque en la escritura de aceptación de herencia se hace referencia expresa a ellos; y además, aun cuando hubiera prosperado la acción, ya se habría producido la prescripción adquisitiva sobre los bienes reclamados por haber transcurrido 10 años desde el fallecimiento del testador y la toma de posesión de dichos bienes.

49 2003-2004 (IX-X)

NULIDAD DE LA INSTITUCIÓN HEREDITARIA

- **PRESCRIPCIÓN**

S. JPII Huesca nº 2, 21 de febrero de 1994

No existe respecto a los pactos sucesorios o testamentos plazo de prescripción cuando se trate de supuestos de inexistencia (falta de algunos de los elementos del art. 1261 Cc.) o cuando existe nulidad absoluta por atentar a normas prohibitivas e imperativas.

4 1996, II (núm. 2º)

NULIDAD DE TESTAMENTO

- **COACCIÓN**

S. APZ 2 de marzo de 1994

Se admite el recurso de apelación contra la sentencia de instancia por la que se declaraba la nulidad de testamento abierto por vicios de la voluntad (coacción sobre el causante). Prueba insuficiente; se afirma la validez del testamento

por la que se declara heredera de la causante a una sola de las hijas; habiendo sido la otra nombrada en el testamento.

29 1996, II (núm. 1º)

- **CONDICIONES**

S. JPI Zaragoza nº 17, 28 de noviembre de 2007

La nulidad de las condiciones de prevenir la sucesión para el caso de que ambos testadores mueran en el mismo evento y la condición por la que se establece que si la mujer fallece antes que el marido a éste se le atribuirá el usufructo universal sobre los bienes muebles, alegando que son inválidas por ser imposibles y, la última, en particular, porque el viudo ya tiene el usufructo universal sobre todos los bienes siendo, además, el usufructo incompatible con la cualidad de heredero, deben ser rechazadas porque no tienen encaje en los arts. 109, 161 Lsuc ni en los arts. 113 y ss. Cc.

72 RDCA 2009, XV

- **ERROR EN LA PERSONA**

S. TSJA 26 de febrero de 2009

El legatario (Mutua de Socorro) no tiene existencia como persona jurídica, sino que es una de las actividades que desarrolla una de terminada Asociación, no obstante no hay error en la persona, por cuanto es clara la voluntad de la causante. Así lo entendió el Juzgado y la AP. Además, conviene añadir que en estos casos la carga de la prueba del error pesa sobre la recurrente, y por ello el motivo debe decaer, si la recurrente no estaba de acuerdo con la valoración probatoria, debió impugnarla a través del recurso extraordinario por infracción procesal.

8 RDCA 2009, XV

- **FALTA DE CAPACIDAD NATURAL**

S. APZ 14 de diciembre de 1998

No se aprecia la incapacidad. La presunción de sanidad de juicio (en testadora no incapacitada) no ha sido desvirtuada.

51 1999, V (núm. 2º)

S. APH 30 de marzo de 2007

Testamento otorgado ante Notario en el Hospital Comarcal de Jaca, dos días antes de morir el testador, expresándose mediante gestos reiterados y en presencia de testigos y del heredero. El enjuiciamiento sobre la capacidad natural hecho por el notario no está amparado por la fe pública, es una enérgica presunción *iuris tantum* que puede ser destruida por prueba evidente y completa de la falta de capacidad natural en el momento del otorgamiento. Sobre la base de los hechos probados, el Tribunal concluye que el testador carecía de capacidad natural en el momento en que otorgó el testamento impugnado (arts. 93.1 y 108-2 Lsuc.), por lo que lo declara nulo.

26 RDCA 2009, XV

S. TSJA 5 de octubre de 2009

No ha quedado probado que el testador careciera de capacidad para testar a juicio de las valoraciones judicial y médicas realizadas en el proceso. Además, si el recurrente quería impugnar la prueba y su valoración realizada en la instancia debería haber utilizado el recurso extraordinario de infracción procesal y no el de casación.

14 RDCA 2009, XV

- **FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA**

S. JPI Zaragoza nº 3, 20 de octubre de 2009

La hermana del testador, que careciendo de descendientes y ascendientes ha nombrado heredera a su mujer, carece de legitimación activa para impugnar la validez del testamento de su hermano por falta de capacidad natural pues, no habiendo acreditado la existencia de bienes recobrables o troncales, ningún derecho hereditario ostenta por ley con carácter preferente sobre los bienes integrantes de la herencia, respecto de la designada y favorecida en aquél, a la sazón esposa del fallecido.

68 RDCA 2011, XVII

S. APZ 15 de enero de 2010

La legitimación activa para la impugnación de los testamentos se halla restringida a aquellos que serían llamados como herederos abintestato por la invalidez del testamento. En este caso, la hermana del causante no goza de legitimación activa viviendo la cónyuge de aquél.

70 RDCA-2012-XVIII• **FALTA DE TESTIGOS***S. JPI Zaragoza nº 15, 25 de febrero de 2008*

El art. 98 Lsuc. afirma la innecesariedad de la intervención de testigos en el testamento notarial, salvo en los supuestos en los que concurren determinadas circunstancias especiales, como cuando el testador sea ciego, aunque pueda firmar. En estos casos, la falta de la intervención de los testigos vicia de nulidad el testamento.

54 RDCA 2010, XVI• **INIDONEIDAD DE UN TESTIGO***S. APZ 21 de febrero de 2007*

La Lsuc., en perfecta sintonía con el Código civil, exige que en circunstancias especiales intervengan testigos, como cuando el testador no sabe leer (art. 98), que lo serán en número de dos (art. 99) y deberán ser idóneos. No lo serán los parientes por afinidad hasta el segundo grado del heredero instituido (art. 100). Parentesco que ostenta el testigo testamentario instrumental D. APD. En su consecuencia, conforme estipula el art. 108 Lsuc., en sintonía también con el art. 687 Cc., el testamento es nulo.

42 RDCA 2009, XV• **USUCAPIÓN DE LAS COSAS POSEÍDAS***S. APH 17 de febrero de 2001*

Los dos testamentos que ordenan la herencia de la causante son radicalmente nulos por inexistencia de la declaración de voluntad de

ésta. La causante nombró fiduciario a su esposo, pero éste perdió tal condición al contraer nuevas nupcias y al ejecutar, no obstante, en dichos testamentos, el encargo fiduciario que ya no existía, tal ejecución es como si la hubiera hecho un extraño. Ahora bien, eso no obsta a que sobre el negocio de panadería haya operado en favor de los adjudicatarios la Usucapión, debido al tiempo transcurrido.

10 2003-2004 (IX-X)**73: SUCESIÓN PACCIONADA****CONTENIDO**• **LÍMITES***S. JPI Monzón 19 de diciembre de 1998*

En razón de los pactos sucesorios contenidos en los capítulos matrimoniales de los progenitores del causante, éste se ve afectado por una prohibición de disponer *mortis causa* sobre los bienes adquiridos por herencia de aquéllos si —el ahora causante— fallecía sin descendientes, tal y como ha ocurrido. Prohibición que es perfectamente lícita tanto al amparo de la legislación civil común (art. 785.2 Cc. «a sensu contrario») como por la específica legislación foral aragonesa: art. 100 Comp.

24 2000, VI (núm. 1º)**DERECHO DE TRANSMISIÓN**• **ENCOMIENDA DE LA DESIGNACIÓN A FIDUCIARIOS***S. JPI Huesca nº 2, 15 de septiembre de 2009*

Las capitulaciones matrimoniales de 1909 fueron válidas y por sus normas debe regirse la liquidación de los bienes de la sociedad matrimonial del primer matrimonio, por lo que no habiendo designado heredero de los mismos ni el sobreviviente ni la Junta de parientes, resultan ser herederos a partes iguales los tres hijos de dicho matrimonio. La distribución de los

bienes pertenecientes a la primera sociedad matrimonial no puede regirse por lo establecido en capítulos para un segundo matrimonio, por lo que el pacto establecido en este sentido no tiene validez y no puede admitirse que la segunda mujer estuviera legitimada para designar al heredero de los bienes de su finada hermana. La designación de heredero hecha por ella en 1969 no es justo título para la usucapción ordinaria, y no han pasado 30 años para la extraordinaria porque la posesión plena no empieza hasta la muerte de la usufructuaria en 1985.

67 RDCA 2011, XVII

DONACIÓN MORTIS CAUSA

S. APH 14 de junio de 2001

El pacto no escrito al que hace referencia la demandada para reclamar determinados bienes, habría supuesto una donación *mortis causa*, para cuya eficacia es preciso el requisito *ad solemnitatem* exigible en los testamentos o disposiciones de última voluntad como señala el art. 620 Cc., y corroboran los art. 101 y Comp., y 68.2 Lsuc.

15 2003-2004 (IX-X)

FIDUCIA SUCESORIA

- **ADQUISICIÓN DE LOS BIENES OBJETO DE FIDUCIA POR USUCAPIÓN**

S. TSJA 1/2011, 26 de enero de 2011

Nombramiento de heredero por la fiduciaria en los bienes propios del comitente. Nombramiento de heredero también en los bienes propios de la fiduciaria (bienes consorciales): nombramiento sujeto al posible ejercicio de la acción de defensa de la legítima, si bien el plazo para su ejercicio ya ha transcurrido, y se ha producido la adquisición por usucapción. Los bienes que constituían la casa o patrimonio familiar atribuido en 1909 a la primera esposa del padre del nombrado heredero, la segunda esposa de su padre no estaba facultada para nombrarle heredero también de ellos, pero como la Audiencia aprecia la existencia de una

posesión en concepto de dueño, pública y pacífica que se prolongó más de 30 años, los adquirió por usucapción extraordinaria. Sin que el usufructo que mantuvo la segunda esposa hasta su muerte en 1985 sea obstáculo para esta usucapción. Debe estarse a los hechos que se consideraron probados en la sentencia impugnada.

2 RDCA-2012-XVIII

FORMA

S. APH 5 de marzo de 1996

El acto de conciliación carece de la consideración de escritura pública que es el requisito «ad solemnitatem» para la validez del pacto sucesorio. Como excepción al criterio espiritualista o de libertad de forma en la contratación civil en Aragón, el art. 99.1 Comp. ordena categóricamente que los pactos sucesorios, para que sean válidos, se documenten en escritura pública; la misma exigencia impone el art. 25.2 Comp. para la sucesión paccionada en capítulos matrimoniales; la exposición de motivos da a entender que no se concibe la existencia de sucesión contractual mas que en el marco de la escritura pública. En definitiva, el pacto sucesorio es un contrato solemne en el que la ausencia de la forma legal acarrea la nulidad del pacto.

4 1997, III (núm. 2º)

S. APZ 3 de diciembre de 2010

Estamos ante un pacto sucesorio de disposición de los contratantes en favor de tercero para después de los días de los instituyentes y cuyo objeto será la constitución de un derecho real a favor de las hijas, respecto de las que concurre el elemento de ajenidad sobre la cosa. Estamos ante un pacto sucesorio porque las partes disponen de su derecho de uso respecto de cada una de las viviendas para después de su muerte transmitiéndolo a un tercero. El pacto se acuerda en convenio regulador y aun cuando se incorpora a documento público no es escritura pública que es la forma imperativa que exige la ley. Por lo tanto, procede declarar su nulidad tal y como interesa el apelante.

88 RDCA-2012-XVIII

HEREDAMIENTO DE CASA ARAGONESA

S. TSJA 9 de noviembre de 1991

Carta fundacional de la casa completada con pacto de institución de heredero contenido en escritura de compraventa y documento privado. Irrevocabilidad unilateral del pacto de institución. Derecho de los hijos no instituidos a permanecer y poseer o coposeer los bienes de la casa: posesión continuada durante más de año y día, de manera pacífica y no interrumpida eficazmente; posesión que no puede ser destruida por el juego de las presunciones legales (arts. 448, 449 y 464 Cc.).

4 1995, I (núm. 1°)

S. JP II Ejea n° 2, 28 de junio de 1994

En 1963 se pactó en capítulos sucesión a favor de persona, ya fallecida, con obligación de alimentar y asistir sanos y enfermos, mientras sean solteros, estén en la casa y trabajen para ella al hermano del heredero, demandante. Se pacta también que el heredero no podrá gravar ni enajenar los bienes comprendidos en la institución sin el consentimiento conjunto de instituyente y esposa, heredero y esposa y del hermano del heredero, o sobrevivientes de ellos. Asimismo se dispone la obligación expresa del heredero de dotar a sus hermanos con la cantidad de 42.000 ptas. cuando contraigan matrimonio o sin contraerlo lo pidan para separarse definitivamente de la casa, renunciando al haber y poder de la misma. A la muerte del heredero, la viuda continúa con los hijos la comunidad conyugal, que está obligada al cumplimiento de las obligaciones derivadas del pacto sucesorio para con el hermano del heredero.

16 1996, II (núm. 2°)

HIJOS NO HEREDEROS

- **LA DOTE PACTADA PREVALECE SOBRE LA DEL ART. 109**

S. JP II Ejea n° 2, 28 de junio de 1994

Lo dispuesto por el causante sobre la obligación del heredero de dotar a sus hermanos

en cantidad determinada prevalece sobre el derecho de éstos a ser dotados al haber y poder de la casa recogido en el art. 109 Comp.

16 1996, II (núm. 2°)

INSTITUCIÓN DE PRESENTE

S. APH 6 de julio de 2010

Aun cuando los instituyentes indican en la capitulación que instituyen heredera a su hija «para después de su muerte», la intención de los instituyentes no parece que fuera la de pactar la institución «para después de sus días», sino de presente, con la consiguiente adquisición de los bienes por parte de la instituida, puesto que los instituyentes se reservaron el usufructo de los bienes de la casa, parte del señorío mayor en sentido tradicional [más estricto que el del art. 73 Lsuc. (art. 388 CDFA)] equivalente a autoridad, dirección o jefatura de la casa; la heredera inscribió a su favor el dominio de varias fincas incluidas en la escritura de capítulos.

65 RDCA-2012-XVIII

- **ACEPTACIÓN**

S. APH 14 de abril de 2010

No considera esta Audiencia que el designado heredero en el pacto sucesorio de presente incurriera en pasividad o en un retraso abusivo en relación con dicha herencia. En el mismo acto de nombramiento de heredero el designado aceptó la herencia y aunque no inscribiera su derecho ni, muerto el instituyente, tampoco inscribiera la plena consolidación del dominio sobre el inmueble controvertido, ya que la instituyente se reservó hasta su muerte el usufructo, no por ello hay falta de aceptación y máxime cuando la inscripción en el registro ni es constitutiva ni obligatoria.

63 RDCA-2012-XVIII

- **EFFECTOS**

S. APH 16 de mayo de 2001

Nos encontramos ante una institución de heredero de presente, en la que los padres de la

contrayente en capítulos matrimoniales otorgados el 27 de agosto de 1947 la instituyen heredera universal de bienes presentes y futuros, reservándose los instituyentes el señorío mayor, usufructo y administración. Institución contractual típica realizada al amparo del art. 100 Comp., mediante la cual el instituido heredero adquiere el dominio de los bienes del disponente siquiera limitado a las restricciones pactadas. Por lo tanto, con posterioridad el instituyente no podía disponer mortis causa de estos bienes que ya habían sido transmitidos de presente. En su caso, podía revocar el pacto, si para ello había causa legal o pactada.

14 2003-2004 (IX-X)

• **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

INSTITUCIÓN PARA DESPUÉS DE LOS DÍAS

• **DISPOSICIÓN DE LOS BIENES ENTRE VIVOS**

S. APH 16 de febrero de 2005

No procede la revocación del pacto sucesorio para después de los días ni tampoco el poder de disposición sobre una finca del heredamiento por parte del instituyente porque no se ha demostrado i) que el heredero contractual no cumpliera con sus obligaciones de asistencia al instituyente ni ii) que el instituyente necesitara para sí dinero para mantener sus necesidades, caso en el que podía disponer de la finca sin contar con el consentimiento del heredero, pues sobre dichos bienes de la herencia se había incluido una cláusula de codisposición. Además en todo caso, la Junta de parientes estaba llamada a valorar la necesidad del instituyente y el incumplimiento del instituido, cláusula que no se ha cumplido.

22 2007, XIII

MODIFICACIÓN

S. JP II Huesca nº 2, 21 de febrero de 1994

Cláusula, en capitulaciones de 1922, de sustitución de las hijas habidas en el primer matrimonio en favor de hijo habido del segundo, contradiciendo capitulaciones anteriores (de 1903): se insta su nulidad; interpretación de modo que no contradigan el pacto sucesorio anterior, pues éste no puede ser modificado por la sola voluntad de uno de los intervinientes según era regla consuetudinaria. Derecho de transmisión (art. 105 Comp.) y sustitución vulgar.

4 1996, II (núm. 2º)

OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS EN FAVOR DEL HERMANO DEL HEREDERO

• **CONDICIONADA AL TRABAJO EN Y PARA LA CASA**

S. JP II Ejea nº 2, 28 de junio de 1994

Tras la muerte del heredero pervive la obligación de alimentos de la casa para con el her-

mano soltero de aquél, pero sólo en cuanto cumpla los requisitos impuestos en el pacto sucesorio: vivir y trabajar para la casa. Trabajar para la casa, por parte de los hermanos solteros del heredero único, no es una obligación en sentido propio, sino una condición para poder exigir el mantenimiento en la casa. Se trata de alimentos «in natura» y como correspectivo de su contribución al sostenimiento de la casa, por lo que el beneficiario no puede pedir que se le satisfagan mediante el pago mensual de una cantidad líquida. La obligación de trabajar para la casa es susceptible de cumplimiento por equivalente mediante entrega de metálico procedente de la pensión de invalidez al no poder trabajar.

16 1996, II (núm. 2º)

PACTO AL MÁS VIVIENTE

S. TSJA 29 de mayo de 1991

Aplicación al testamento mancomunado otorgado bajo el Apéndice de los arts. 95 y 108 de la Compilación (pacto al más viviente), al haberse producido el fallecimiento de ambos esposos vigente la Compilación, que regula por primera vez el pacto al más viviente. El art. 108.3 Comp. consagra y refuerza el principio de troncalidad.

3 1995, I (núm. 1º)

A. APH 2 de diciembre de 1996

Con la denominación de pacto al más viviente regula la Compilación la recíproca institución hereditaria entre cónyuges formulada por medio de cualquiera de los instrumentos sucesorios válidos en Derecho aragonés, y el art. 95, siempre que no exista pacto en contrario, establece que la institución testamentaria mutua entre cónyuges equivale al pacto al más viviente.

15 1997, III (núm. 2º)

• BIENES CONSORCIALES QUE QUEDAREN

S. JPI Zaragoza nº 2, 18 de mayo de 1994

Los bienes comunes del matrimonio que ha realizado el pacto al más viviente, al abrirse

la sucesión del primer cónyuge pertenecen por entero al sobreviviente. Pero fallecido éste sin haber dispuesto por cualquier título de tales bienes, la mitad de los que quedaren pasarán a los herederos del primeramente fallecido (art. 108.3 i. f.).

13 1996, II (núm. 2º)

• BIENES TRONCALES

S. TSJA 13 de junio de 2007

Los bienes procedentes del cónyuge premuerto que aún existan en el patrimonio del cónyuge heredero, ahora fallecido, mantendrán la condición, en su caso, de troncales ya que son recibidos directamente por los llamados como herederos del cónyuge premuerto y sustitutos del cónyuge supérstite.

7 RDCA 2008, XIV

• COMORIENCIA

S. TSJA 9/2013, 18 de febrero de 2013

El TSJS asume la interpretación hecha en las instancias de una cláusula del testamento mancomunado en la que los cónyuges, después de instituirse mutua y recíprocamente herederos universales con los efectos del «pacto al más viviente», añade que «en caso de comoriencia de los testadores, o fallecimiento del sobreviviente sin haber dispuesto por cualquier título de todos los bienes, los que quedaren serán heredados, como herederos sustitutos, por quienes entonces sean «más próximos parientes» de ambos testadores, sucediendo cada rama familiar en los que hubieran pertenecido en origen al respectivo testador». Producida la comoriencia, no se aplica el art. 395.3 (que llama a los herederos legales) porque hay designación de terceros (art. 395.2), que son los hermanos en cuanto parientes más próximos, con exclusión de los sobrinos hijos de una hermana premuerta al tiempo del otorgamiento del testamento. No opera la sustitución legal.

10 RDCA-XIX-2013

• **FACULTAD DE DISPOSICIÓN DEL SOBREVIVIENTE**

S. JPI Zaragoza n° 2, 18 de mayo de 1994

El art. 108.3 Comp. instituye heredero al cónyuge sobreviviente de los bienes del fallecido, no sólo sin límite o condición alguna, sino que, antes al contrario, con la facultad de disponer de los mismos por cualquier título. Esta facultad limita e incluso puede dejar reducido a la nada el derecho de los herederos del cónyuge primeramente fallecido a los bienes que quedaren (art. 108.3 i.f.).

13 1996, II (núm. 2°)

• **FALLECIMIENTO DEL SOBREVIVIENTE**

S. APT 30 de octubre de 1995

La existencia de un testamento mancomunado con institución recíproca de herederos impidió a los actores heredar abintestato a su tío en el momento de su fallecimiento. Fallecida la esposa heredera, siguen manteniendo la condición de herederos abintestato de aquél. Por ello, los bienes del tío heredados por la esposa sobreviviente, al haber fallecido ésta sin disponer de ellos por cualquier título, deben revertir a los actores (art. 108.3 Comp.). Pero los actores no reciben estos bienes por herencia de la esposa de su tío, sino que son llamados a heredar de su tío, muchos años después de su fallecimiento.

24 1997, III (núm. 1°)

S. APT 30 de octubre de 1995

La reversión del art. 108.3 Comp., a diferencia del fideicomiso de residuo que tiene siempre origen voluntario, es legal, y, además, en el pacto al más viviente el único llamado a la sucesión del cónyuge que primeramente fallece es el otro cónyuge, mientras que el fideicomisario es heredero desde el mismo momento de la apertura de la sucesión. Otras veces se ha hablado de que se trata de una sustitución preventiva de residuo (utilizando la terminología de la Comp. C.), de manera que se trataría de una

sucesión que se abre en un momento posterior a la muerte del causante.

24 1997, III (núm. 1°)

A. APH 2 de diciembre de 1996

El llamamiento a los herederos del cónyuge primeramente fallecido se defiende en el momento en que se produce el fallecimiento del cónyuge sobreviviente, por lo que necesariamente es en la declaración hereditaria de éste donde se deberá hacer la oportuna reserva en favor de los reseñados herederos.

15 1997, III (núm. 2°)

A. APH 2 de diciembre de 1996

En el régimen sucesorio del cónyuge sobreviviente distingue el art. 108.3 Comp. dos clases de bienes, los pertenecientes al cónyuge premuerto y los restantes bienes hereditarios, siendo tan solo respecto de los primeros que subsistan al fallecimiento del cónyuge supérstite a los que se aplicará el principio de la troncalidad, llamando en la sucesión de los mismos a los herederos del cónyuge primeramente fallecido, de tal modo que siempre que existan bienes procedentes del premuerto y herederos del mismo, es a éstos a quienes habrá de reservarse los bienes troncales.

1997, III (núm. 2°)

A. JPI Zaragoza n° 13, 7 de febrero de 1997

El derecho de los herederos del cónyuge más viviente no se extiende a la totalidad de sus bienes. Por aplicación del art. 108.3 Comp., a quienes correspondía heredar al cónyuge premuerto cuando fallece les es imputado, al fallecer el más viviente, el caudal hereditario del premuerto. Por ello debe hacerse la correspondiente salvedad al declarar a los herederos del cónyuge más viviente.

11 1999, V (núm. 1°)

A. APH 17 de noviembre de 1997

El llamamiento a que se refiere el art. 108.3 Comp. puede ser legal o voluntario, y dentro del primero no sólo abintestato en sentido estricto, sino también troncal.

17 1998, IV (núms. 1º y 2º)

A. JPI Zaragoza nº 14, 16 de diciembre de 1997

La causante y su difunto esposo otorgaron testamento mancomunado, por lo que al haber fallecido con anterioridad el marido de la causante heredó ésta sus bienes (art. 108.3), pero al haber fallecido ella, a su vez, sin haber dispuesto de los mismos, pasarán los que resten a las personas llamadas en tal momento a la sucesión del cónyuge primeramente fallecido. Así, y por aplicación del art. 948 C.c., procede declarar herederos de dichos bienes a la hermana del cónyuge primeramente fallecido por derecho propio, y a un sobrino de aquél por derecho de representación.

29 1999, V (núm. 1º)

S. APZ 4 de mayo de 2005

El art. 108-3 Comp. puede comprenderse mejor en atención a la regulación contenida en el art. 216-2 (y concordantes) Lsuc., aunque sea normativa no aplicable al caso. El art. 108-3 Comp. permitía interpretaciones contradictorias (una única herencia pero con diferenciación de masas patrimoniales al tener cada una de ellas un orden sucesorio distinto; dos herencias, una la del premuerto otra la del sobreviviente); la Lsuc. afirma expresamente una modalidad de fideicomiso de residuo, que limita a los parientes del premuerto llamados ahora a su sucesión legal, de modo que en su defecto los bienes que quedaren de los heredados del cónyuge premuerto quedan integrados en la herencia del sobreviviente. Los parientes herederos del premuerto tienen la posesión civilísima de los bienes que quedaren y pueden realizar por su propia autoridad frente a terceros, con la declaración judicial de herederos, la titularización de los valores existentes.

42 2007, XIII

• **FRUTOS Y RENTAS DE LOS BIENES QUE QUEDAREN**

S. JPI Zaragoza nº 2, 18 de mayo de 1994

Cuantas rentas y frutos se generen por los bienes de la esposa desde el fallecimiento de ésta pasan a lucrar el patrimonio personal del cónyuge heredero, aunque tales bienes fueran, constante matrimonio, consorciales; por tanto, sólo las rentas que se hayan generado tras la muerte del cónyuge sobreviviente pueden ser reivindicadas por los herederos del primeramente fallecido; y no todas ellas sino sólo su mitad dado el carácter consorcial de los pisos alquilados.

13 1996, II (núm. 2º)

S. APZ 4 de mayo de 2005

Los parientes del premuerto tienen derecho a los frutos y rentas de los bienes que quedaren de éste desde el fallecimiento de la sobreviviente. Los herederos de ésta no es que sean poseedores de buena fe, es que no han sido poseedores o no lo han sido con un título ni con una mera apariencia de tal. No son siquiera administradores y su detentación no será fruto sino, por una parte, de la equívoca situación jurídica que se produce en estos procesos sucesorios, y por otra, de la situación particular de indivisión que tenían una y otra masa patrimonial por mor de la división impropia que se hizo del patrimonio consorcial. Pero en ningún caso oponible frente a la posesión civilísima que resulta del art. 440 Cc. en favor de los herederos del premuerto.

42 2007, XIII

• **NATURALEZA DEL LLAMAMIENTO DEL 108.3 COMP.**

S. TSJA 13 de junio de 2007

El llamamiento se hace a los herederos del cónyuge primeramente fallecido, y ello porque el art. 108.3 prevé una segunda vocación: la herencia se abrió con el fallecimiento de la esposa y la heredó el cónyuge sobreviviente, tras la muerte de éste, la herencia del primer fallecido

no se vuelve a abrir (ya está abierta) sino que hay una delación sucesiva, por la que se llama a los que sean sus herederos legales en el momento del óbito del segundo cónyuge. Este llamamiento, aun legal, lo es por causa testamentaria y atiende a una finalidad clara: el mantenimiento de los bienes en el seno de la familia de procedencia. Por ello también, estos bienes del cónyuge premuerto que aún existan en el patrimonio del cónyuge heredero, ahora fallecido, mantendrán la condición, en su caso, de troncales ya que son recibidos directamente por los llamados como herederos del cónyuge premuerto y sustitutos del cónyuge supérstite.

7 RDCA 2008, XIV

• **PROBLEMAS PROCESALES**

S. APZ 4 de mayo de 2005

La institución sustantiva está huérfana de los mecanismos procesales con los que, con adecuadas garantías, lograr restaurar la diferenciación de masas patrimoniales en el que fue patrimonio único del sobreviviente. En la práctica puede ser extremadamente difícil distinguir cuál fue el patrimonio que heredó el sobreviviente y del que no dispuso. Problema añadido tratándose de matrimonios sometidos al régimen del consorcio conyugal. La indivisión de los bienes comunes desapareció durante el tiempo de supervivencia, pero tras la muerte del sobreviviente es necesario restaurarla con relación a los bienes comunes de los que éste no dispuso. Parece razonable utilizar analógicamente el proceso judicial de liquidación de herencias en su fase de formación de inventario para, con los ajustes necesarios, realizar la división de masas patrimoniales que han de seguir un orden sucesorio diferente. También puede servir el trámite del art. 712 Lec.

42 2007, XIII

• **REVERSIÓN**

A. APH 18 de julio de 1998

Como el esposo sobreviviente no dispuso del patrimonio así heredado de ningún modo antes de su defunción, deben pasar los bienes a

las personas llamadas en tal momento (fallecimiento del sobreviviente) a la sucesión del cónyuge primeramente fallecido (art. 108.3 Comp.). Se trata de una especie de sustitución fideicomisaria de residuo en la que el llamamiento a los sustitutos puede tener fundamento legal o voluntario, y, dentro del primero, no sólo abintestato en sentido estricto, sino también troncal.

14 1999, V (núm. 2°)

PACTOS SOBRE LA SUCESIÓN DE UN TERCERO

S. APZ 22 de enero de 2009

Para que haya pacto sucesorio se precisa la anuencia del aquel de cuya sucesión se trata, generalmente a través de su firma en el contrato sucesorio. El «pactum de hereditate tertii» o «pactum corvinum», celebrado por varios posibles sucesores sin intervención del causante para repartirse la herencia de éste mientras todavía vive, es inmoral y nulo. No se debe confundir el pacto sucesorio sobre la herencia de un tercero con la partición de la herencia por los coherederos que requiere la muerte del testador y la aceptación de la herencia por los coherederos.

41 RDCA 2011, XVII

REVOCACIÓN

S. TSJA 9 de noviembre de 1991

Posibilidad de los instituyentes de revocar el pacto de institución de heredero por incumplimiento grave de cargas: abandono de la casa por el heredero instituido. Intransmisibilidad de la acción del art. 647 Cc. a los herederos del donante o disponente.

4 1995, I (núm. 1°)

S. APH 16 de febrero de 2005

No procede la revocación del pacto sucesorio para después de los días ni tampoco el poder de disposición sobre una finca del heredamiento por parte del instituyente porque no

se ha demostrado i) que el heredero contractual no cumpliera con sus obligaciones de asistencia al instituyente ni ii) que el instituyente necesitara para sí dinero para mantener sus necesidades, caso en el que podía disponer de la finca sin contar con el consentimiento del heredero, pues sobre dichos bienes de la herencia se había incluido una cláusula de codisposición. Además en todo caso, la Junta de parientes estaba llamada a valorar la necesidad del instituyente y el incumplimiento del instituido, cláusula que no se ha cumplido.

22 2007, XIII

• CONVIVENCIA FAMILIAR

S. APH 16 de mayo de 2001

El abandono por parte de la instituida de sus obligaciones de convivencia y asistencia de su padre y hermana incapaz es el que el demandante alega para considerar válido el testamento otorgado con posterioridad al pacto, pero ello no puede mantenerse porque, los efectos del incumplimiento vienen determinados en los capítulos y a ellos habrá que estar, y además, la modificación o revocación de los pactos sucesorios sólo es posible por las mismas personas que los otorgaron o sus herederos, art. 103.1.m y sin perjuicio de las causas de indignidad o desheredación que puedan afectar al instituido o la revocación por el disponente, según parecer de Junta, si hubo incumplimiento grave de condiciones o cargas.

14 2003-2004 (IX-X)

• INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES

S. APH 23 de febrero de 2011

Conforme al artículo 178.1 CDFA las decisiones de la Junta de Parientes se presumen válidas y eficaces mientras no se declare judicialmente su invalidez. Por tanto, como con acierto razona la sentencia apelada, habría sido preciso que la actora hubiera impugnado —sobre la base de las causas de invalidez aludidas en el artículo 179 CDFA— la decisión de la Junta de parientes en la que sus dos miembros (un her-

mano de cada uno de los instituyentes) mantuvieron el incumplimiento grave de las obligaciones asumidas por la instituida, lo que no ha hecho, ni mucho menos en el juicio verbal al que se refiere el artículo 180 CDFA. Por tanto, la presunción no desvirtuada de validez y eficacia de la decisión adoptada en Junta de parientes nos debe llevar a mantener la propia eficacia de la revocación unilateral de la institución de heredero, con arreglo al supuesto especialmente pactado para ello, el cual se corresponde con la regulación contenida en el artículo 400-1-b CDFA

59 RDCA-XIX-2013

• PLAZO

S. APZ 1 de diciembre de 2009

La doctrina no es unánime en cuanto al plazo del ejercicio de la acción de revocación unilateral del pacto sucesorio, si el de 15 años (art. 1966 Cc.), el de 4 años (aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 1299 Cc.) o el de 1 año (donación por ingratitud del art. 652 Cc.), tesis ésta la mayoritaria.

El cómputo se inicia desde el día en que el instituyente tuvo conocimiento del hecho y la posibilidad de ejercitar la acción (art. 652 Cc. y STSJA de 19/11/1991).

52 RDCA 2011, XVII

• SEÑORÍO MAYOR

S. JPI Ejea n° 1, 16 de febrero de 2009

En escritura pública de 2007 la instituyente sobreviviente revoca la institución de heredero a favor de su hijo «por haber incumplido el instituido la carga de convivencia ínsita en el señorío mayor que los instituyentes se reservaron» en el pacto sucesorio realizado en 1982. La facultad de revocación debe tener la extensión que reconocía la Compilación, pero debe ejercitarse conforme al procedimiento y teniendo en cuenta las normas de duración y prescripción de la Ley 1/1999 (DT 2ª y 3ª). El Juez entiende que no existe deber de convivencia ínsito en el señorío mayor, y en la escritura de 1982 no se recoge de forma expresa la obliga-

ción de convivencia, por lo que se declara la nulidad de la revocación.

56 RDCA 2011, XVII

S. APZ 1 de diciembre de 2009

En la reserva del señorío mayor pactada no se recoge expresamente la obligación de convivencia del instituido con los instituyentes; obligación tampoco impuesta en los arts. 102.1 Comp. o 73 Lsuc. La STSJ 9/11/1991 considera la convivencia ínsita en la reserva de señorío mayor, pero el supuesto fáctico era muy diferente. En el supuesto de autos únicamente se establecían unas cargas económicas cuyo incumplimiento no ha sido denunciado, por lo que la exclusiva mención al señorío mayor no parece determinante de la obligación de convivencia. La falta de convivencia no puede constituir, por tanto, causa de revocación unilateral del pacto sucesorio.

52 RDCA 2011, XVII

VALIDEZ

S. TSJA 29 de septiembre de 1992

Invalidez del documento privado en el que se pacta que un hijo será heredero y otro legatario de la mitad de los bienes del consorcio familiar: infracción de la previsión hereditaria de nombramiento de heredero único. Defecto de forma.

8 1995, I (núm. 1º)

S. APH 5 de marzo de 1996

El acto de conciliación carece de la consideración de escritura pública que es el requisito «ad solemnitatem» para la validez del pacto sucesorio. En definitiva, el pacto sucesorio es un contrato solemne en el que la ausencia de la forma legal (escritura pública) acarrea la nulidad del pacto.

4 1997, III (núm. 2º)

S. TSJA 21 de junio de 2005

El compromiso de la madre de no modificar el testamento mancomunado que había otorgado con su difunto esposo en 1972, si no

fuera para favorecer también al ahora recurrente, al ser establecido en escritura pública por mayores de edad y consanguíneos (la madre viuda, su hijo —el recurrente— y su hija) equivale a un pacto sucesorio del art. 99 de la Comp., que resultó incumplido por lo que ha de casarse la sentencia.

7 2005-2006 (XI-XII)

74: FIDUCIA SUCESORIA

CÓNYUGE FIDUCIARIO

• **DISPOSICIÓN HABIENDO LEGITIMARIOS**

A. Pres. TSJA 3 de enero de 2001

La liquidación de la sociedad conyugal habida entre la fiduciaria y el causante forma parte de las operaciones particionales tendentes a determinar el caudal relicto. Esta liquidación de la sociedad conyugal es en realidad un acto de disposición, pues donde antes había cotitularidad ahora habrá una titularidad única. En razón de ello, y habiendo menores de 14 años, y legitimarios del causante, no puede la viuda-fiduciaria junto al contador-partidor designado por el causante efectuar dichas operaciones sin que medien las cautelas del art. 139 Lsuc., al haber contraposición de intereses entre la madre (fiduciaria) y los legitimarios.

5 2000, VI (núm. 2º)

A. Pres. TSJ Cataluña 7 de febrero de 2001

El documento sujeto a calificación no adjudica bienes inventariados por mitad entre la herencia yacente y la viuda fiduciaria, sino que adjudica determinados bienes a los herederos y el resto a la viuda. Ocurre que los posibles herederos y legitimarios son menores de edad, por lo que puede darse conflicto de intereses entre ellos y la viuda fiduciaria, de manera que se hace necesaria la presencia de un defensor judicial o de la Junta de parientes para que represente los intereses de los menores.

6 2000, VI (núm. 2º)

- **EJECUCIÓN**

S. APH 14 de febrero de 1997

No procede admitir la pretensión del actor por la que solicita sea declarada nula la escritura de ejecución de fiducia de 29-3-1940, al haber concurrido a su otorgamiento la viuda fiduciaria y todos sus hijos, que manifiestan su conformidad con el ejercicio de fiducia realizado por aquélla. Y todavía es menos admisible que tal declaración se pida 50 años después del otorgamiento.

2 1998, IV (núms. 1º y 2º)

- **LIQUIDACIÓN DEL PATRIMONIO CONYUGAL**

A. Pres. TSJA 3 de octubre de 1989

La transmisión, atribución y asignación por un cónyuge, nombrado fiduciario en testamento mancomunado, de un bien de la sociedad conyugal a uno de los hijos, en cuanto entraña una simplificada operación de disolución del consorcio y del patrimonio conyugal, puede ser formalizada directamente por el fiduciario, sin que ello implique desconocimiento ni infracción de las disposiciones relativas a la liquidación del patrimonio consorcial ni a las normas registrales que establecen el principio de especialidad.

47 1996, II (núm. 1º)

S. APH 17 de marzo de 1999

El cónyuge fiduciario, para la ejecución de la fiducia no precisa liquidar previamente la sociedad conyugal (A. TSJ 3 octubre 1989). En la misma línea va actualmente el art. 142.3 de la Ley de sucesiones. En cualquier caso, aceptada la transmisión estipulada en su favor, los otorgantes de la escritura de ejecución de la fiducia no pueden ir contra sus propios actos

12 2000, VI (núm. 2º)

- **NATURALEZA**

S. TS 20 de febrero de 1998

No pueden desconocerse las especiales características que configuran la adquisición del

codemandado, pues si bien recibe un bien a título de herencia de su causante, la asignación de ese bien se ha hecho por el viudo fiduciario, en el que según la sentencia de audiencia, ratificada en casación, hay analogía entre un donante y quien actúa como fiduciario designando a un heredero.

1 1998, IV (núms. 1º y 2º)

- **PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE FIDUCIARIO**

S. APH 17 de febrero de 2001

Los dos testamentos que ordenan la herencia de la causante son radicalmente nulos por inexistencia de la declaración de voluntad de ésta. La causante nombró fiduciario a su esposo, pero éste perdió tal condición al contraer nuevas nupcias al ejecutar, no obstante, en dichos testamentos, el encargo fiduciario que ya no existía, tal ejecución es como si la hubiera hecho un extraño. Ahora bien, eso no obsta a que sobre el negocio de panadería haya operado en favor de los adjudicatarios la Usucapión, debido al tiempo transcurrido.

10 2003-2004 (IX-X)

DELACIÓN

S. TSJA 21/2012, 30 de mayo de 2012

La delación de la herencia no se entenderá producida hasta el momento de la ejecución de la fiducia o de su extinción (art. 448.1 DFA). La razón se encuentra en el hecho de que el nombramiento de fiduciario es un negocio que no basta, por sí solo, para la producción de su efecto propio (señalar la dirección del fenómeno sucesorio) sino que necesita un elemento integrativo, cual es la ejecución de la fiducia. No se aplica, por tanto, la regla general del art. 321.1 CDFA. Si no hay todavía ejecución de la fiducia ni extinción de la misma, no hay delación y nadie puede aceptar o repudiar la herencia del comitente, por lo que si el único descendiente común y único posible beneficiario del cumplimiento de la fiducia fallece en esa situación, como nada ha adquirido en la herencia

del comitente, no puede transmitir a sus herederos el *ius delationis* respecto de dicha herencia (art. 354 CDFA).

29 RDCA-2012-XVIII

• CAPACIDAD SUCESORIA

S. TSJA 26 de enero de 2005

La coincidencia general de los momentos de apertura de la sucesión, delación y capacidad sucesoria se ve excepcionada por la institución fiduciaria, la determinación del colectivo de quiénes puedan tener capacidad sucesoria no queda establecida sin posibilidad de cambio en el momento del óbito y apertura de la sucesión, sino que su concreción queda deferida, al igual que el momento de delación, al instante de que la fiducia se ejecute, sólo así se asegura que cuando proceda el fiduciario a ejecutar la fiducia pueda cumplir debidamente las instrucciones del causante, y pueda ordenar la sucesión entre todos sus descendientes con la misma libertad que el causante podría haberlo hecho de haber sobrevivido.

2 2005-2006 (XI-XII)

DERECHO FISCAL

S. TSJA 21 de abril de 2003

Institución querida y utilizada frecuentemente por los aragoneses, en la que el fiduciario se subroga en la posición del causante para ordenar la sucesión como si de dicho causante se tratara; en la situación de pendencia no hay delación, ni vocación ni, por ello, llamados a la herencia. El tratamiento fiscal de esta figura, tanto el histórico como el actual, no es conforme a derecho. Parte del error de que hay «herederos», desconoce su verdadera naturaleza, contenido y efectos, al margen de precepto legal alguno que le sirva de cobertura y sin que razones de seguridad jurídica o prevención del fraude fiscal lo amparen; entraña una injustificable discriminación fiscal. Se estima el recurso y se acuerda, además, plantear cuestión de ilegalidad ante el TS.

15 2001-2002 (VII-VIII)

EJERCICIO FRAUDULENTO

S. JPII Huesca nº 2, 28 de febrero de 1996

La sentencia no aprecia ni la simulación absoluta ni la rescisión por fraude de acreedores solicitadas sucesivamente por el Banco acreedor del fiduciario respecto de la escritura de ejecución de la fiducia e institución de heredera en favor de una hija del viudo-fiduciario, quien también renuncia a su participación en los gananciales de la sociedad conyugal y a su derecho de usufructo. El demandado tuvo intención de transmitir los bienes en cumplimiento del encargo fiduciario asumido mucho antes de ser deudor, por lo que el ejercicio no puede calificarse de fraudulento. Los actos de renuncia se realizaron antes de contraer la deuda, con la finalidad de liberar a la heredera de las cargas y gravámenes que para el tráfico mercantil supone la existencia del usufructo y la indivisión de los bienes.

60 1998, IV (núms. 1º y 2º)

EXTINCIÓN

S. JPI Zaragoza nº 10, 15 de noviembre de 2000

Tal y como se desprende de la lectura del testamento mancomunado en que los cónyuges se concedieron facultades de fiducia, no puede admitirse que haya caducado o prescrito el ejercicio de la fiducia del cónyuge al tiempo de su ejecución y, que por lo tanto, sean nulas las designaciones de heredero efectuadas. La facultad atribuida en el testamento puede ejercitarse cuando el viudo tenga por conveniente, no exigiéndose ningún plazo de ejecución cuando el fiduciario es el viudo titular del usufructo.

62 2001-2002 (VII-VIII)

S. TSJA 24 de mayo de 2002

La sentencia, junto a las causas previstas en los párrafos 2º y 3º del art. 110 Comp., considera que la fiducia se extingue también por concurrir alguna de las causas legales de deshere-

dación o indignidad para suceder (art. arts. 86.4º, 78 y 1.2 Comp.) y si incumple, con negligencia grave o malicia, las obligaciones inherentes a la administración de los bienes pendientes de asignación (arg. art. 6.5º Comp.). También se extingue por su ejercicio o por renuncia manifestada de forma inequívoca o derivada de actos concluyentes. Cuando la renuncia supone la delación en favor de los llamados subsidiariamente por el causante, debe constar en documento público.

10 2001-2002 (VII-VIII)

S. JPI Zaragoza nº 2, 22 de julio de 2003

No se produce la extinción de la fiducia porque dos de los tres hijos del comitente haya renunciado a la herencia de su padre.

53 2005-2006 (XI-XII)

S. TSJA 26 de enero de 2005

La fiduciaria tenía mandato de ordenar la sucesión del testador entre sus descendientes y los de sus hijos. De lo que se colige que pesar de haber renunciado dos de los tres hijos, legítimamente conforme al art. 177 Lsuc., a cualquier atribución patrimonial que pudiera corresponderles en la herencia, queda la posibilidad de que la fiduciaria ordene la sucesión a favor del tercer hijo o de otros descendientes del testador, por lo que no cabe entender extinguida la fiducia por motivo de tales renunciaciones.

2 2005-2006 (XI-XII)

• MUERTE DEL FIDUCIARIO

S. JPII Huesca nº 2, 28 de marzo de 1996

Establecida una fiducia sucesoria a favor del cónyuge superviviente, éste falleció sin ejercitarla por lo que en la actualidad es de imposible cumplimiento. Por consiguiente, ha de entenderse que puesto que la designación hereditaria no se concretó al fallecimiento del cónyuge superviviente, la declaración hereditaria se produjo en virtud de disposición legal, esto es, abintestato.

64 1998, IV (núms. 1º y 2º)

• MUERTE DEL ÚNICO DESCENDIENTE COMÚN

S. APZ (Secc. 5ª) 16 de noviembre de 2011

Resulta obvio que, al tiempo de fallecer el hijo, no se había agotado la fiducia otorgada a favor de su madre en el testamento expresado, no se había ejecutado ni extinguido la fiducia y por tanto la herencia del fallecido esposo no se había deferido a favor del hijo, la fiducia todavía estaba dentro de plazo para poder ser ejecutada, y por tanto no se había producido la delación de la herencia, abriéndose en tal caso la sucesión legal respecto de los bienes del fallecido hijo, correspondiendo, en defecto de descendientes, las ascendientes de éste, por disposición del artículo 202, 2, 2º de la Ley de sucesiones por causa de muerte, es decir, a favor de la madre, debiendo por ello confirmarse la Sentencia del Juzgado que así lo ha dispuesto.

77 RDCA-XIX-2013

S. TSJA 21/2012, 30 de mayo de 2012

Si la fiducia no llegó a ejecutarse por haber fallecido el único descendiente común, ciertamente aquella no alcanzó el fin para el que se constituyó, no produjo efectos definitivos, pero aquella circunstancia extrínseca y sobrevenida no transformó en inválido un encargo fiduciario originariamente válido y que desplegó efectos hasta que devino ineficaz. De ningún modo podrían reputarse inválidos los actos de administración o de disposición que la viuda fiduciaria hubiera podido realizar de conformidad con lo previsto en los arts. 449 y ss. del CDFA. La fiducia existió y continuaba viva en el momento en que se produjo el fallecimiento del único descendiente común. Al morir el único posible beneficiario, la fiducia se extingue y la determinación del heredero del comitente ha de hacerse de conformidad con las normas de la sucesión legal.

29 RDCA-2012-XVIII

• NUEVAS NUPCIAS DEL FIDUCIARIO VIUDO

S. JPII Huesca nº 2, 21 de febrero de 1994

Junto a referencias al origen consuetudinario, naturaleza y caracteres del pacto de fiducia,

la sentencia defiende, por analogía con el usufructo de viudedad, que, salvo pacto, el nuevo matrimonio del cónyuge fiduciario extinguió la fiducia ya en la época de los Fueros. Señala también que no hay plazo para su ejercicio.

4 1996, II (núm. 2º)

• **PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE FIDUCIARIO**

S. APH 16 de junio de 2008

Como dijimos en las Ss. de 24 mayo 2005 y 25 abril 2006, los arts. 147 b) y 148-2 Lsuc., cuando expira el plazo establecido para la ejecución fiduciaria, no parecen dar por extinguida la fiducia sino, únicamente, la condición de fiduciario, al menos mientras sea posible su sustitución por la vía del art. 144-2, al que se remite el 148-2, precepto que incluso admite que el encargo sea cumplido por los restantes, aunque sólo quede uno.

19 RDCA-2010-XVI

S. APH 20 de octubre de 2008

Como dijimos en nuestras Ss. de 25 abril 2006 y 16 junio 2008, los arts. 147 b) y 148-2 Lsuc., cuando expira el plazo establecido para la ejecución fiduciaria, no parecen dar por extinguida la fiducia sino, únicamente, la condición de fiduciario, al menos mientras sea posible su sustitución por la vía del art. 144-2, al que se remite el 148-2, precepto que incluso admite que el encargo sea cumplido por los restantes, aunque sólo quede uno, lo cual, de todos modos, carece de relevancia en este caso.

26 RDCA-2010-XVI

• **RENUNCIA A LA HERENCIA**

S. APZ 1 de julio de 2004

La renuncia de dos de los tres hijos del comitente a cualquier atribución patrimonial que pudiera corresponderles en la herencia de éste no extingue la fiducia, porque la fiduciaria conserva todavía facultad de elección al poder ordenar la sucesión también a favor de los descendientes futuros de cualquiera de los hijos, de

conformidad con lo dispuesto en el testamento mancomunado y en los arts. 142.1 y 10.1 de la Ley de sucesiones.

73 2005-2006 (XI-XII)

• **SEPARACIÓN DE HECHO**

S. JPI Zaragoza nº 14, 14 de enero de 1994

No se extingue la fiducia sucesoria por separación de hecho, pues a estos efectos no pueden aplicarse analógicamente las causas de extinción del usufructo viudal. El art. 110.3º Comp. establece sin ninguna duda y en términos claros y precisos los únicos motivos por los que cabe dejar sin efecto el nombramiento de fiduciario.

2 1996, II (núm. 2º)

FIDUCIA COLECTIVA

• **COMPOSICIÓN**

S. JPII Huesca nº 1, 3 de marzo de 2000

La interpretación de la expresión «pariente consanguíneo más cercano en grado y vecindad» ha de realizarse teniendo en cuenta voluntad de los instituyentes y a la luz de la normativa sobre interpretación de los contratos, contenida en los arts. 1281 a 1289 Cc., por ser constituida la fiducia en capitulaciones, a diferencia de lo que sucedería si se hubiere constituido en testamento, en cuyo caso la interpretación se tendría que realizar a la luz del art. 675 Cc.

53 2001-2002 (VII-VIII)

S. APH 24 de mayo de 2005

Este tribunal considera que, conforme a la carta, los parientes «más cercanos en grado y vecindad» no debía interpretarse en el sentido de que el pariente tiene que ser el más próximo en grado y que solo ante una igualdad de grado actuaría la vecindad sino que ambos criterios deben actuar combinadamente, conforme a la voluntad de los causantes expresada en la carta quienes, al decir lo que dijeron, seña-

laron 1º, que a la función fiduciaria llamaban a los parientes más cercanos; y, 2º, que para determinar la cercanía había que estar a los dos criterios dichos (cercanía en grado y cercanía en vecindad). Por ello, aun estando el pariente en la Argentina y contar con más de 90 años, es evidente que se cumple con lo previsto en la carta.

24 2007, XIII

S. APH 25 de noviembre de 2005

Cuando para la ejecución de la fiducia se llama a «los parientes más cercanos en grado y vecindad» tiene dicho esta Sala y también el TSJ de Aragón (S. 29 de septiembre de 2001), que los parientes llamados a componer la fiducia y ejecutarla deben cumplir ambos requisitos; pero en este caso, los instituyentes llamaron tan solo «a los más próximos parientes» precisando que habrían de ser varones y mayores de edad». Del acto del juicio se desprende que el demandado apelante, porque así le convenía a sus intereses para ser nombrado heredero, ignorando la voluntad de los causantes, obvió el llamamiento de los parientes más próximos, por lo que el acto de ejecución de fiducia en el que resultó nombrado heredero debe ser nulo, por no haber sido efectuado por los parientes idóneos, confirmando con ello en este punto la sentencia de instancia, pero no confirmamos su negativa a la cancelación de asientos registrales.

29 2007, XIII

S. TSJA 13 de febrero de 2006

No puede admitirse la infracción que se denuncia del art. 144.2.3º Lsuc., puesto que la posibilidad de nombramiento por el juez de fiduciarios a los parientes colaterales hasta el cuarto grado, tiene lugar tan solo cuando no existen instrucciones del comitente o cuando éstas son incompletas. Presupuestos que no se dan en el caso de autos, en que los comitentes determinaron con claridad quiénes, entre todos sus parientes, debían ser los fiduciarios, aunque quedara la total determinación de su identidad a un momento posterior.

7 2007, XIII

S. APH 6 de julio de 2010

La cónyuge supérstite del bínubo premuerto estaba facultada para nombrar heredero en los bienes privativos de su esposo y en los consorciales de su segundo matrimonio, pero no en los bienes privativos de la primera esposa del bínubo ni en los consorciales del primer matrimonio, pues para éste los capítulos que lo regían otorgaba la fiducia al cónyuge supérstite o a un pariente por cada lado en unión, caso de discordia, del párroco. Por lo tanto, el ejercicio de la fiducia por parte la cónyuge supérstite del bínubo premuerto, y hermana de la primera mujer de éste, nombrando heredero universal a Pelayo, es nula de pleno derecho en lo que atañe a los bienes privativos de la finada y los consorciales del primer matrimonio. No obstante, el heredero adquirió los bienes hereditarios por usucapación extraordinaria, al poseer por sí sólo en concepto de dueño todos los bienes de la herencia de sus padres.

65 RDCA-2012-XVIII

• *CONSTITUCIÓN*

S. APH 30 de julio de 1994

Composición de la junta de parientes para designar heredero del causante: Composición inadecuada según la voluntad de aquél: nulidad absoluta; anulabilidad. Prescripción de la acción. Adquisición por usucapación del heredero.

15 1996, II (núm. 1º)

S. TSJA 13 de junio de 1995

La nulidad de pleno derecho de los capítulos matrimoniales en los que se designa heredera de la casa por no haberse constituido a Junta de parientes según se estableció por los instituyentes en unos capítulos matrimoniales anteriores es desestimada, puesto que la composición de la Junta en la forma en que se hizo para designar heredera fue correcta.

3 1996, II (núm. 1º)

A. Pres. TSJA 19 de noviembre de 1997

El pacto de establecimiento de fiducia sucesoria es de frecuente práctica en las Comarcas

del Alto Aragón, incorporado corrientemente a los capítulos matrimoniales, en íntima conexión con la finalidad de conservación y prolongación en el tiempo de la Casa, institución consuetudinaria hondamente arraigada en esas Comarcas.

1 1997, III (núm. 2º)

A. APH 4 de mayo de 1998

Tras denegación de inscripción de escritura de institución de heredero otorgada solamente por la viuda, siendo la fiducia colectiva y llamados a la misma junto con la viuda dos parientes de su difunto marido, negativa confirmada en el recurso gubernativo por Auto del Presidente del TSJA (19 noviembre 1997, RDCA, III, 1997, nº 2, marginal 1), no procede siquiera admitir a trámite la solicitud de ni formar expediente de jurisdicción voluntaria tendente a reconocer validez a la dicha escritura.

8 1999, V (núm. 2º)

A. APH 25 de noviembre de 1998

El Juzgado admite la determinación judicial de los parientes que deben constituir la Junta.

24 1999, V (núm. 2º)

• EJECUCIÓN

S. APH 24 de mayo de 2005

El art. 145 Lsuc dispone que «a falta de instrucciones del causante, los acuerdos sobre ejecución de la Fiducia se tomarán por mayoría de los fiduciarios, tal regla no establece cosa distinta de lo que dispusieron los causantes al decir que los «fiduciarios deberían actuar juntos o en su mayor parte», en el caso solo intervinieron dos fiduciarios de los que uno, sin renunciar al cargo se abstuvo y el otro designó heredero al hijo que tuvo por conveniente, el demandado FSR. Es cierto que el 148 permite la ejecución de la fiducia por uno solo de los fiduciarios cuando solo queda uno después de agotarse las posibilidades de designación del art. 144, pero en el caso no quedaba un solo fiduciario sino al menos dos, por ello, al abstenerse, y no renunciar no cabe que solo decida el otro fiduciario.

24 2007, XIII

S. TSJA 13 de febrero de 2006

No puede admitirse en el presente caso que uno de los fiduciarios haya desatendido el encargo encomendado, puesto que manifiesta ante el notario que se abstiene, otorgando la otra fiduciaria la ejecución de la fiducia. Tras esto, ambos fiduciarios subscriben finalmente y de conformidad y sin reserva alguna el documento otorgado. Por lo tanto, ha de considerarse válido el documento otorgado en ejecución de fiducia.

7 2007, XIII

• EXTINCIÓN

S. JPH Jaca nº 2, 29 de julio de 2005

Procede declarar la extinción de la fiducia encomendada en los capítulos de 5 de septiembre de 1908 por haber transcurrido el plazo de tres años para su ejecución previsto en el art. 129 Lsuc., por resultar aplicable en virtud de las DT 3ª y 9ª Lsuc. que señala aplicable el nuevo régimen de la fiducia a todas aquellas que estén pendientes de ejecución a la entrada en vigor de la Lsuc.

61 2007, XIII

S. APH 25 de abril de 2006

Los arts. 147 b) y 148 son aplicables por la DT 9ª a fiducias abiertas antes de la entrada en vigor de la Lsuc. pero pendientes de ejecución, ahora bien, dichos preceptos, por el transcurso del plazo, no hacen que ese extinga la fiducia, lo que se extingue es la condición de fiduciario; la fiducia seguirá viva al menos mientras sea posible su sustitución por vía del art. 144.2 Lsuc., al que se remite el art. 148.2, que incluso prevé que el encargo sea cumplido por los restantes fiduciarios aunque solo quede uno. Ahora bien, en este caso, extinción de la condición de fiduciario y fiducia coinciden porque no hay más fiduciarios que pudieran ejercer el encargo.

24 RDCA 2008, XIV

• FIDUCIARIOS NO DETERMINADOS

S. APH 25 de enero de 2001

Se ejercita acción de nulidad de la escritura de constitución de fiducia entre otras cosas por

considerar que no han intervenido los parientes idóneos para constituir la fiducia. En la escritura se decía que deben concurrir «el pariente consanguíneo más cercano en grado y vecindad de cada contrayente», esta expresión no debe interpretarse en el sentido de que el pariente debe ser el más próximo en grado y que sólo ante una igualdad de grado actuaría la vecindad, sino que ambos criterios deben aplicarse a la vez. Por ello, aunque existe un pariente más cercano en grado (un hermano del causante) que una de las fiduciarias (sobrina del causante), tiene 90 años y reside, desde hace más de treinta y cinco años, en la Argentina. Además, Aragón siempre ha pesado, junto a la proximidad en grado, la relación estrecha con la Casa, y ésta la tiene la sobrina fiduciaria y no el tío de la Argentina.

9 2003-2004 (IX-X)

- **FIJACIÓN DE PLAZO**

A. *APH 25 de noviembre de 1998*

No procede el señalamiento de una fecha y hora exactas para la celebración de la Junta de Parientes fiduciarios, pues la única potestad atribuida legalmente a los órganos jurisdiccionales sobre esta materia es la fijación de plazo para el cumplimiento del encargo, conforme al art. 118 Comp., lo que no ha sido solicitado. Además, no hay controversia sobre este extremo y el señalamiento que se interesa podría confundirse con el término previsto en el indicado precepto.

24 1999, V (núm. 2º)

- **NULIDAD DEL ACTO DE EJECUCIÓN**

S. *JPII Huesca n° 1, 3 de marzo de 2000*

La irrevocabilidad de los actos entre vivos de ejecución de la fiducia está referida a los actos válidos, no a los actos nulos. El mismo presupuesto está implícito en la regla 1ª del art. 117 Comp. La escritura de ejecución de la fiducia es nula por concurrir error en el consentimiento de los fiduciarios. Por otra parte, la omisión en la constitución de la fiducia colectiva

del más próximo pariente del causante, requerida por el art. 115.2º Comp., ya determina de por sí la nulidad de la escritura de ejecución de la fiducia.

53 2001-2002 (VII-VIII)

S. *APH 25 de enero de 2001*

La escritura de ejecución fiducia es nula porque la voluntad de las fiduciarias está viciada por el error consistente en creer que por ley o por disposición expresa de los causantes estaban obligadas a nombrar heredero al hermano mayor y, además, porque las fiduciarias no exteriorizaron ante el notario su auténtica voluntad incurriendo en una radical divergencia entre la voluntad interna y la de claración.

9 2003-2004 (IX-X)

S. *TSJA 29 de septiembre de 2001*

La irrevocabilidad de los actos entre vivos de ejecución de la fiducia está referida a los actos válidos, no a los actos nulos. El mismo presupuesto está implícito en la regla 1ª del art. 117 Comp. La escritura de ejecución de la fiducia es nula por concurrir error en el consentimiento de los fiduciarios. Por otra parte, la omisión en la constitución de la fiducia colectiva del más próximo pariente del causante, requerida por el art. 115.2º Comp., ya determina de por sí la nulidad de la escritura de ejecución de la fiducia.

3 2001-2002 (VII-VIII)

S. *APH 25 de noviembre de 2005*

Cuando para la ejecución de la fiducia se llama a «los parientes más cercanos en grado y vecindad» tiene dicho esta Sala y también el TSJ de Aragón (S. 29 de septiembre de 2001), que los parientes llamados a componer la fiducia y ejecutarla deben cumplir ambos requisitos; pero en este caso, los instituyentes llamaron tan solo «a los más próximos parientes» precisando que habrían de ser varones y mayores de edad». Del acto del juicio se desprende que el demandado apelante, porque así le convenía a sus intereses para ser nombrado heredero, ignorando la voluntad de los causantes, obvió el llamamiento de los parientes más próximos, por lo que el acto de ejecución de fiducia en el

que resultó nombrado heredero debe ser nulo, por no haber sido efectuado por los parientes idóneos, confirmando con ello en este punto la sentencia de instancia, pero no confirmamos su negativa a la cancelación de asientos registrales.

29 2007, XIII

• *PLAZO*

S. APH 25 de abril de 2006

En virtud de la DT 3ª, a las fiducias pendientes de ejecución se les han de aplicar los plazos previstos para su ejecución en el art. 29 Lsuc., sin que elimine esta posibilidad la DT 9ª, específica para la fiducia, en la que no se hace referencia a dicho precepto ni al plazo. La razón, precisamente, es que ello ya se prevé con carácter general en la transitoria 3ª; la 9ª tan solo añade cuestiones específicas para la fiducia.

24 RDCA 2008, XIV

• *RENUNCIA AL CARGO*

A. PRES. TSJA 19 de noviembre de 1997

La fiducia sucesoria, salvo para el cónyuge viudo, es un cargo voluntario y, en cuanto tal, renunciabile; así lo ha considerado la doctrina aragonesa, lo han admitido los Tribunales (Ss. ATZ 15-5-1953 y 7-12-1967; TS 20-3-1969) y ha sido recogido en los arts. 116 y 20.4 de la Compilación.

1 1997, III (núm. 2º)

A. Pres. TSJA 19 de noviembre de 1997

La renuncia de los fiduciarios es una de las causas legales de vacancia y sustitución de aquéllos (arts. 116 y 20.4 Comp.), por lo que la renuncia no puede invocarse como causa que «impida» el cumplimiento de la fiducia, dado que subsiste la posibilidad de nombramiento de otros «dos parientes más cercanos» que, con la viuda fiduciaria, puedan dar cumplimiento a la fiducia en la forma y términos dispuestos por el otorgante del encargo.

1 1997, III (núm. 2º)

A. APH 4 de mayo de 1998

Tras denegación de inscripción de escritura de institución de heredero otorgada solamente por la viuda, siendo la fiducia colectiva y llamados a la misma junto con la viuda dos parientes de su difunto marido, negativa confirmada en el recurso gubernativo por luto del Presidente del TSJA (19 noviembre 1997, RDCA, III, 1997, nº 2, marginal 1), no procede siquiera admitir a trámite la solicitud de ni formar expediente de jurisdicción voluntaria tendente a reconocer validez a la dicha escritura.

8 1999, V (núm. 2º)

A. APH 25 de noviembre de 1998

El silencio de los parientes requerido para intervenir en la fiducia colectiva puede equipararse, en aras a la buena fe y a la seguridad jurídica, a una declaración de voluntad propiamente dicha cuando existe obligación de hablar. Pero en el caso de autos, ni la buena fe ni la seguridad jurídica (la viuda ha actuado de forma interesada y de mala fe) justifican que debamos interpretar su silencio como renuncia a su condición de fiduciarios, máxime teniendo en cuenta la especial naturaleza de la fiducia colectiva. Cuando los parientes han recibido una comunicación judicial, han acudido al Juzgado y han expresado su deseo de cumplir su mandato.

24 1999, V (núm. 2º)

• *SUBSISTENCIA*

A. Pres. TSJA 19 de noviembre de 1997

La fiducia es un encargo personalísimo —no delegable— y voluntario (arts. 116 y 20.4 Comp.), por lo que el cónyuge viudo, mientras viva y no haya incurrido en alguna causa de inhabilitación es insustituible, calidad que, a mi juicio, también puede predicarse de los fiduciarios designados «nominatum» (arg. art. 115.1 Comp.), en cambio, cuando el otorgante designa a los «dos parientes más cercanos» parece que, en principio, no elimina ni se opone a que éstos puedan ser sustituidos por otros «más cercanos», cuando aquéllos por muerte o incapacitación.

tación o por renuncia expresa o tácita no estén en disposición de cumplir la fiducia ordenada.

1 1997, III (núm. 2º)

A. Pres. TSJA 19 de noviembre de 1997

Por costumbre admitida por la doctrina y los Tribunales (Ss. ATZ 18-5-1953 y 7-12-1967), hoy sancionada en la Ley (arts. 116 y 0.4 Comp.), determinados cargos fiduciarios son renunciables y sustituibles; de suerte que la renuncia sucesiva de los más próximos parientes no transforma la fiducia colectiva, en ningún caso, en fiducia individual o personal del cónyuge, sino que, en tal supuesto, habría de entenderse analógicamente que existe «disidencia» o empate por inasistencia de los parientes convocados, y habría que ir a la solución prevista en el art. 117-2º y 3º, en relación con los arts. 20.4 y 21.2, a falta de disposición expresa del fiduciante o de costumbre.

1 1997, III (núm. 2º)

S. APH 20 de abril de 1998

En capítulos otorgados en 1932 se previó que para el caso de fallecer uno de los cónyuges capitulantes con sucesión y sin disposición de sus bienes, dispondrían entre los hijos el sobreviviente y un pariente del premuerto; si ambos fallecían sin disponer, lo harían dos parientes, uno de cada contrayente. El sobreviviente (disuelto el matrimonio por fallecimiento en 1949) testó en 1979 a favor de una de las hijas (demandante) y donó en 1993 fincas privativas de su difunto marido a su hijo. Estas donaciones se declaran nulas. Fallecida la viuda (1995), entienden el Juzgado y la Audiencia que procede ejecutar la fiducia, en cuanto a la herencia del marido, por parte de un pariente de éste, de acuerdo con el art. 116 Comp.

7 1999, V (núm. 2º)

FORMA

• EJERCICIO PROVISIONAL

S. JP II Huesca nº 3, 14 de marzo de 1996

La fiduciaria eligió para cumplir el encargo la escritura pública, y lo cumplió a través de

un acto *mortis causa* denominado contrato sucesorio. En escritura posterior, con intervención de las mismas personas, se hace constar que en la primera escritura no se indicó que el ejercicio de la fiducia lo fue con «carácter provisional». Nada impide ejercitar la facultad fiduciaria en forma provisional: realizada la fiducia, «como forma», mediante contrato sucesorio, esto puede ser modificado si a dicha modificación concurren todos los que lo hicieron en el contrato y siempre que dicha modificación no excede de los límites de la facultad fiduciaria.

62 1998, IV (núms. 1º y 2º)

• NULIDAD

S. JP II Huesca nº 3, 14 de marzo de 1996

La sentencia desestima la excepción de prescripción de la acción de restitución de bienes inmuebles por el transcurso de los 15 años del art. 1964 Cc. porque el actor la única acción que ejercita es la de nulidad prevista en el art. 6.3 Cc., en relación con el art. 111 de la Compilación (antes art. 29 Apéndice).

62 1998, IV (núms. 1º y 2º)

HERENCIA PENDIENTE DE ASIGNACIÓN

S. TSJA 29 de septiembre de 1992

La hipotética nulidad de la designación de heredero por los fiduciarios no abre la sucesión intestada sino que origina la continuación de la situación de pendencia hasta que los fiduciarios cumplan el encargo en la forma adecuada. En el término «hijos», una vez fallecidos, cabe incluir a los «nietos».

8 1995, I (núm. 1º)

S. TSJA 21 de mayo de 1993

El testamento en el que se establece la fiducia sucesoria, aunque no se haya hecho uso de la facultad fiduciaria, sirve para acreditar la con-

dición de herederos en sentido amplio y, por ello, la legitimación procesal, de los llamados con expectativa de suceder. Cualquiera de ellos puede comparecer en juicio en asuntos que afecten a la comunidad de «llamados».

11 1995, I (núm. 1º)

• **LISTISCONSORCIO**

S. TS 18 de marzo de 2003

Como se desprende del art. 113 Comp., fiduciaria y fideicomisarios o cónyuge supérstite e hijos forman parte de la comunidad hereditaria, por lo que la afección común y solidaria deviene ineludible, siendo entonces el litisconsorcio postulado superfluo.

8 2003-2004 (IX-X)

IRREVOCABILIDAD DEL PACTO DE FIDUCIA

A. Pres. TSJA 19 de noviembre de 1997

La declaración de voluntad del causante manifestada en el pacto de fiducia dispuesto en las capitulaciones matrimoniales ordenando la sucesión de la casa, parece evidente que, en todo caso, salvo imposibilidad de cumplimiento sobrevinida (art. 3 Comp.), habrá de respetarse y acatarse en tanto en cuanto que ha devenido irrevocable (arts. 99.1 y 103.1 Comp.). El cónyuge viudo, fiduciario, debe ser el primero en acatar y en esforzarse por cumplir y que se cumpla el pacto sucesorio, mientras viva y pueda hacerlo, promoviendo la acción de los otros dos fiduciarios o su sustitución, si hubiere lugar.

1 1997, III (núm. 2º)

MODALIDAD DE EJECUCIÓN

S. AP Barcelona 23 de marzo de 1994

Al apreciar fraude de ley en el cumplimiento parcial de la fiducia, hay que entender limita-

do el derecho dominical del designado heredero por el fiduciario (como en el caso del donatario), frente al inquilino agraviado, para privarle del derecho de denegación de prórroga con base en la causa 1ª del art. 62 LAU, sin que sea indispensable impugnar formalmente el cumplimiento de la fiducia, por lo que bastará aducir como defensa en el proceso de desalojo la infracción del orden escalonado de preferencia impuesto al causante.

2 1997, III (núm. 2º)

S. AP Barcelona 23 de marzo de 1994

La sentencia aprecia fraude de ley en el cumplimiento parcial de la fiducia por el viudo usufructuario que, a la par, renuncia al usufructo sobre el bien adjudicado, pues se hace para permitir así, por tratarse de una vivienda, el ejercicio de la acción de desahucio por necesidad (art. 62.1º LAU) contra el inquilino, y ello, pese a que la herencia es titular de tres locales más en el mismo inmueble, arrendados con posterioridad y con distinto tipo de contrato al del actor y con locatarios con menores cargas familiares.

2 1997, III (núm. 2º)

S. JPI Zaragoza nº 10, 15 de noviembre de 2000

La fiduciaria ejercitó su encargo tras el fallecimiento de uno de los hijos que formó parte de la comunidad conyugal continuada, éste falleció sin haber sido instituido heredero y, por lo tanto, ningún derecho hereditario transmitió a sus hijos (los actores). La ejecución de la fiducia se llevó a cabo por la viuda dentro de los límites pactados en el testamento mancomunado, otorgando sendas escrituras públicas para cumplir el encargo de conformidad con el art. 111 Comp. Por lo demás, y a los efectos de evitar la preterición, la fiduciaria en una de las escrituras nombra a los actores y, por lo demás, se respeta el límite de la legítima colectiva.

62 2001-2002 (VII-VIII)

NATURALEZA Y FINALIDAD*S. AP Barcelona 23 de marzo de 1994*

La fiducia aragonesa es una figura peculiar, sin posibilidades de equipararse al fideicomiso del Código civil o a cualquier otro, máxime si tenemos en cuenta el origen consuetudinario de la institución; se parece más al fideicomiso romano que a la sustitución fideicomisaria del Cc., pues en ésta el fiduciario es heredero y disfruta, como tal, de la herencia, mientras que en aquél el fiduciario aparece como un simple mandatario o ejecutor testamentario.

2 1997, III (núm. 2º)

S. AP Barcelona 23 de marzo de 1994

La fiducia aragonesa tiene entre sus finalidades posibilitar que el nombramiento de heredero recaiga en la persona más idónea para llevar la casa y fortalecer la posición del cónyuge supérstite frente a los hijos.

2 1997, III (núm. 2º)

S. JPII Huesca nº 3, 14 de marzo de 1996

La institución fiduciaria tiene como base fundamental la confianza que el causante deposita en unas u otras personas para intervenir en su sucesión, pero la fiducia aragonesa va más allá y con ella se puede incluso ordenar la sucesión del causante por el fiduciario por su propia y autónoma voluntad, sólo limitada, en ocasiones, por las propias instrucciones del causante. La fiducia tiene la naturaleza de ser un acto jurídico *mortis causa* del causante, ya se formalice en testamento o en cualquiera de las formas que la ley admite, exigiendo para su validez la concurrencia de los requisitos que las normas imperativas establecen para ellos. Generalmente la finalidad de la fiducia es facilitar la perpetuación del patrimonio familiar permitiendo designar heredero único al descendiente que mejores cualidades demuestre.

62 1998, IV (núms. 1º y 2º)

A. Pres. TSJA 19 de noviembre de 1997

La fiducia sucesoria desde sus orígenes se asienta en la confianza y viene a representar una forma de poder «mortis causa» otorgado al fiduciario o fiduciarios para que aquél o éstos cumplan fielmente la voluntad sucesoria del fiduciante; manifestación de voluntad dirigida a la conservación del patrimonio de la Casa y a la más acertada elección del heredero único, continuador de la misma; manifestación que, aunque en ella no se exprese, encierra en sí misma un principio profundamente arraigado en el Derecho aragonés, cual es el del repudio de la sucesión forzosa que significaría la desmembración y fraccionamiento de la Casa.

1 1997, III (núm. 2º)

S. APH 20 de abril de 1998

La naturaleza jurídica de la fiducia no impide que, en base al principio *standum est chartae*, los otorgantes vinculen su propia voluntad a la ordenación de la sucesión del otro cónyuge otorgante, a modo de pacto sucesorio recíproco; pero no ocurre así en el caso juzgado

7 1999, V (núm. 2º)

S. JPI Zaragoza nº 10, 15 de noviembre de 2000

La institución de la fiducia sucesoria se enumera dentro de lo que suele denominarse sucesión por delegación. Su fundamento se encuentra en la confianza personal que el testador emitente tiene en aquel a quien elige fiduciario, siendo su finalidad la de eximir al testador de la obligación de determinar con exhaustividad cómo debe ser deferida la herencia o repartido su caudal, pues se autoriza, con mayor o menor libertad, a dejar en manos de su cónyuge o de un tercero tales facultades.

62 2001-2002 (VII-VIII)

• **PLAZO***S. TSJA 26 de enero de 2005*

No cabe entender que la fijación del plazo de 25 años que el comitente concede al fiducia-

rio para ejecutar la fiducia se haya establecido en fraude de ley. La fijación del plazo y su libre establecimiento por parte del comitente encuentra cobertura legal en el art. 129 Lsuc. Por lo demás, en el caso de autos el amplio lapso de tiempo para ejecutar la fiducia es plenamente coherente con la designación por parte del comitente del grupo de descendientes entre los que designar heredero, incluyendo a descendientes suyos aún no concebidos al tiempo de su fallecimiento.

2 2005-2006 (XI-XII)

• DERECHO TRANSITORIO

S. APH 16 de junio de 2008

Como dijimos en la Sentencia de 25 abril 2006, la disposición transitoria novena de la Lsuc., específica de la fiducia, no excluye aplicación de la tercera, de ámbito general, como tampoco excluye la entrada en juego de la transitoria segunda, en la que incluso se hace mención expresa a las fiducias sucesorias concedidas o pactadas bajo la legislación anterior. Parece que si la transitoria novena nada dice de la aplicación de los plazos del art. 129 Lsuc. a las fiducias pendientes de ejecución a su entrada en vigor, es porque la vigencia del mismo ya resultaba de la transitoria tercera. El plazo de caducidad de tres años del art. 129 debe contarse desde la entrada en vigor de la Lsuc., por lo que finaliza el 23 de abril de 2002, no pudiendo aplicarse plazo alguno de la legislación anterior pues tal cosa sólo sucede cuando los de la legislación anterior habrían de cerrarse antes que los de la nueva Ley.

19 RDCA-2010-XVI

S. APH 20 de octubre de 2008

Reiteración de lo dicho en las Ss. APH de 25-4-2006 y 16-6-2008 sobre la interpretación de las disposiciones transitorias 3ª y 9ª Lec. en relación con el plazo de tres años para la ejecución de la fiducia del art. 129 Lsuc. El legislador aragonés de 1999, pese a ser en todo momento consciente del tradicional rechazo existente a la sucesión intestada, prefirió poner un límite temporal a la ejecución de las fiducias pendientes a la entrada en vigor de la nueva Ley de sucesiones, que finaliza el 23 de abril de 2002. En

el momento de extinción de la fiducia por caducidad del plazo de ejecución tiene lugar la delación de la herencia, conforme las reglas de la sucesión legal (art. 133-1 Lsuc.).

26 RDCA-2010-XVI

SISTEMA DE FUENTES

A. Pres. TSJA 19 de noviembre de 1997

De acuerdo con el art. 1.1 Comp. el sistema de fuentes aplicables a la fiducia es el siguiente: las disposiciones de la Compilación como normas de Derecho positivo que vinculan al intérprete; integradas, en su caso, por la costumbre (arts. 2 y 107 Comp.); por los principios informadores de la fiducia y, por último, los principios generales inspiradores del ordenamiento jurídico aragonés. Sistema de fuentes que se halla enmarcado dentro del predominante principio normativo del «*standum est chartae*» (art. 3 Comp.), sin otras limitaciones que las que sanciona la norma que consagra ese tradicional principio (arg. arts. 25.1, 89, 99 y 110 y ss. Comp.)

1 1997, III (núm. 2º)

SITUACIÓN DE PENDENCIA

• OBLIGACIONES Y CARGAS

S. TSJA 10 de marzo de 2006

Para que sea aplicable el art. 136 Lsuc. es necesario que nos encontremos ante una deuda exigible con cargo al patrimonio hereditario.

10 2007, XIII

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 pri-

mera 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

DESHEREDACIÓN

S. APT 28 de diciembre de 1998

Los arts. 848 y ss. Cc. son aplicables supletoriamente conforme remite el art. 1.2 Comp. Los efectos que se recogen en los núms. 1º y 2º del art. 122 Comp. se refieren, de forma expresa, no a la desheredación injusta sino a la preterición. Los efectos de la desheredación ilegal del único descendiente existente no deben ser otros que los de anular la institución de heredero (art. 851 Cc.) «en cuanto perjudique al desheredado»; perjuicio que, siendo el único descendiente existente, debe alcanzar a la cuota de legítima colectiva (art. 119 Comp.); porción coincidente con la recogida en el art. 122 Comp.

29 1999, V (núm. 2º)

• DE LOS HIJOS

S. APT 2 de julio de 1997

La Compilación, en materia de sucesión testada, sólo regula determinadas formas típicas de testar, pero no la institución de la desheredación, por lo cual, y según el art. 1.2 Comp., debemos acudir a la regulación del Cc.: arts. 848 y ss. Y en concreto, respecto de los hijos es aplicable al caso el art. 853.2º.

25 1998, IV (núms. 1º y 2º)

• DEL CÓNYUGE SEPARADO LEGALMENTE

S. APT 2 de julio de 1997

Dado que los arts. 72 y ss. Comp. no regulan la materia que ahora nos ocupa, por aplicación de lo dispuesto en el art. 1.2 Comp. resultan aplicables los arts. 834 y ss. Cc. Al estar separada la actora del causante por motivos imputables a éste, se pone de manifiesto la culpabilidad del marido, y en consecuencia se ha de reconocer el derecho al usufructo de viudedad de la recurrente y, por ello, su legitimación procesal para promover la presente «litis». Si bien, acreditada su legitimación, procede su desheredación en virtud del art. 855.1 Cc.

25 1998, IV (núms. 1º y 2º)

• EFECTOS DE LA EXCLUSIÓN ABSOLUTA

S. JPI Zaragoza nº 2, 19 de febrero de 2007

Los efectos jurídicos de la desheredación pretendida que no cumpla los requisitos del 194 son los mismos de la exclusión absoluta. En el caso la exclusión absoluta no afecta a todos los legitimarios porque sólo han sido desheredados sin causa legal los hijos, pero uno de ellos tiene dos descendientes: no se abre la sucesión legal (art. 198-3) sino que opera la sustitución legal del art. 19: los de ascendiente del hijo excluido de forma absoluta son ahora legitimarios de grado preferente (24-2 y 198-1). En la legítima del causante han de respetarse los derechos de los nietos, que pueden ejercitar la acción por lesión cuantitativa (179-2)

55 RDCA 2009, XV

• SIN CAUSA LEGAL

S. JPI Zaragoza nº 17, 9 de febrero de 2006

Las causas que expresa el testador en el testamento, aun siendo ciertas, no son bastantes ni suficientes, o lo que es igual, «legales», para conducir a la desheredación pretendida del hijo único. En consecuencia, se declara la nuli-

dad de la cláusula de desheredación, el derecho a la legítima del demandante sobre la mitad de la herencia de su padre y la consecuente, y en esa proporción, de la institución de heredera de la demandada.

50 RDCA-2008-XIV

S. JPI Zaragoza n° 2, 19 de febrero de 2007

El testador deshereda a sus dos hijos (pero no a los hijos que tiene uno de ellos) porque se han desentendido de él desde hace muchos años no habiéndole proporcionado afecto ni asistencia en los últimos años en que se ha encontrado solo y gravemente enfermo, porque entiende que están incursos en las causas del art. 195 b) y c) Lsuc. La prueba de ser cierta la causa corresponde a los herederos, si el desheredado la niega (194-2 Lsuc.). El padre no ha precisado alimentos ex art. 142 Cc.; la causa de maltrato de obra o injuria grave mal ha podido producirse al no tener una relación personal continuada. La falta de afecto recíproco no permite concluir que los hijos estaban incursos en ninguna de las dos causas legales de desheredación invocadas.

55 RDCA 2009, XV

S. TSJA 22 de septiembre de 2011

La posición de los desheredados sin causa legal es la misma que la de los excluidos absolutamente por el disponente, es decir, que quedan privados del derecho a suceder abintestato y el de ejercitar la acción de lesión que pudiera corresponderles, en los que serán sustituidos por sus stirpes de descendientes si los tuvieran. En este caso, y siendo que solo uno de los hijos desheredados sin justa causa por parte del causante es el que tiene descendencia, será a ellos en cuanto que legitimarios de grado preferente por sustitución legal a los que les corresponderá la acción de defensa de la legítima, pudiendo reclamar la rescisión de liberalidades inoficiosa para que quede incólume la legítima como señala el art. 171 Lsuc.

17 RDCA 2011, XVII

IMPUTACIÓN A LA LEGÍTIMA

S. JPI Teruel n° 1, 14 de junio de 1995

Si bien el art. 120.1 Comp. exige que los descendientes sin mediación de persona capaz de heredar, y que no hayan sido favorecidos en vida del causante o en su sucesión, han de ser nombrados en el testamento que los excluya, el propio art. 126 Comp., aclarando el precepto anterior, señala que no se ha de considerar preterido al legitimario que a costa del causante haya recibido carrera profesional o artística o recibiera de él liberalidades no usuales; último supuesto que concurre en el caso enjuiciado.

56 1997, III (núm. 1°)

LEGÍTIMA COLECTIVA

S. JPI Zaragoza n° 2, 14 de septiembre de 1996

En Aragón la legítima, además de formal, es colectiva (art. 119 Comp.), y esta característica hay que tenerla presente a la hora de valorar el alcance formal. Si el testador no tiene ningún límite material para disponer a favor de sólo uno de los legitimarios —basta que resulte que no se olvidó de alguno de ellos—, la preterición intencional sólo tendrá relevancia cuando tenga una afectación generalizada a todos los legitimarios, esto es de manera colectiva, pero no cuando tenga un alcance limitado al afectar a sólo alguno de los legitimarios, dado precisamente ese carácter colectivo de la legítima.

71 1998, IV (núms. 1° y 2°)

S. JPI Zaragoza n° 17, 15 de julio de 2003

Pretende la actora cobrar de la hija del causante, y paciente de su clínica, la parte de deuda que todavía subsiste tras el fallecimiento de aquél. Pues bien, el silogismo entre hijo y heredero que haya de asumir las cargas y deudas de la herencia, no entra en juego de forma automática, ya que como prevé el art. 7 Lsuc. es necesaria la aceptación para que se produzca esa suerte de

subrogación en las deudas del causante. A lo anterior, hay que agregar que si el causante es aragonés, no puede afirmarse el carácter forzoso de heredera de la demandada, ya que en la legislación aragonesa la legítima tiene naturaleza colectiva de modo que uno solo de los descendientes, y no necesariamente hijo, puede haber sido llamado a la herencia (art. 171 Lsuc.) con exclusión de los otros con su sola mención.

52 2005-2006 (XI-XII)

A. APZ 10 de octubre de 2005

Conforme a lo prevenido en el art. 171 Lsuc., la legítima en Aragón es colectiva, de tal forma que puede ser distribuida libremente por el causante entre sus descendientes de cualquier grado, atribución que conforme al art. 172 Lsuc. puede ser hecha por cualquier título lucrativo, sin que ciertamente proceda la colación de los bienes donados por ministerio de la ley (art. 47 Lsuc.).

51 2007, XIII

• INEFICIOSIDAD DE DONACIONES

S. JPI Zaragoza nº 2, 25 de noviembre de 1995

No procede declarar ineficaz la donación que la causante hizo en vida a la demandada, pues aunque nos mantengamos en el ámbito de las legítimas, y el art. 140 Comp. no reduce al mismo su aplicación, la contradicción que puede resultar entre el respeto a las normas de ineficacia y el carácter voluntario de la colación, debe resolverse en favor de este último, en tanto en cuanto la legítima material tiene un carácter colectivo (art. 119 Comp.). La donación en modo alguno es ineficaz en los términos del art 636 Cc., pues el causante no dio y la demandada no recibió más de lo que podían dar o recibir por testamento.

63 1997, III (núm. 1º)

• NO DISCRIMINACIÓN POR MATRIMONIO

S. APZ 21 de enero de 1999

El principio de no discriminación por razón de matrimonio, que será perfectamente

aplicable a las normas legales y a las decisiones de las administraciones públicas, no puede imponerse a los deseos de los testadores, máxime cuando estos en Aragón tienen derecho a disponer de sus bienes entre sus hijos y descendientes, con la amplia libertad que concede el art. 119 Comp.

34 1999, V (núm. 2º)

LESIÓN DE LA LEGÍTIMA

S. APZ (Secc. 5ª) 14 de noviembre de 2003

No puede prosperar la acción de lesión de la legítima que pretende la actora, puesto que siendo en Aragón la legítima colectiva basta con que recaiga en los descendientes (en todos o en alguno de ellos) la cuantía de la legítima que marca la ley. Por ello, no se alcanza a comprender con qué fundamento legal se quiere pretender la reducción de liberalidades hechas a favor de uno de los legitimarios, que además en virtud del art. 47 Lsuc., no son, por ministerio de la ley, colacionables, y sí sólo por voluntad del causante ordenada en el título de la propia liberalidad o en el pacto sucesorio o testamento», lo que no se produce en este caso.

36 2005-2006 (XI-XII)

S. JPI Zaragoza nº 17, 12 de febrero de 2004

Se estima la pretensión ejercitada por cuatro de los cinco hermanos herederos legales de Tomás, su padre, por haber resultado ineficaz la donación que éste hizo a un extraño, en la parte que lesiona la legítima de los demandantes, y que se cifra en la suma de 38.465,74 euros (el piso objeto de la donación tiene un valor actualizado de 96.097,03 euros y el caudal relicto asciende a 19.165,54 euros). Se condena al donatario a que pague a cada uno de los demandantes la cantidad de 7.693,15 euros, es decir, un total de 30.772,60 euros, más el interés legal desde la fecha de interposición judicial.

98 2005-2006 (XI-XII)

S. TSJA 22 de septiembre de 2011

El artículo 179.2 prevé una forma de distribución entre los legitimarios de grado preferente de lo obtenido por reducción de liberalidades, cuando concurren varios de ellos, conforme a su cuota en la sucesión legal, pero en el presente caso los únicos legitimarios reclamantes son los demandantes y a ellos corresponde el importe íntegro de la legítima, sin que haya contradicción con lo dispuesto en el artículo 171.1, como afirma el recurrente, sino cumplimiento del mismo que exige que la mitad del caudal recaiga en los legitimarios, lo que se hará por las reglas de distribución de los artículos 179 y siguientes cuando reclamen varios.

17 RDCA 2011, XVII

• **DONACIÓN MODAL***S. APZ 8 de junio de 2009*

La sentencia expone la naturaleza de la donación modal, diferencia el modo de la contraprestación y el modo de la condición. Su sometimiento a las reglas de los contratos onerosos (art. 622 Cc.) no sirve para justificar su exclusión del cómputo de la legítima: se computa el exceso del valor de lo donado con relación al valor de la carga. La histórica confusión entre colación, cálculo de las legítimas e inoficiosidad propiciada por la redacción del art. 818 Cc. no se da en el art. 174 Lsuc. También hay que distinguir entre cálculo e imputación de la legítima (arts. 174, 175 y 176). Los legitimarios tienen derecho a ejercitar todas las acciones en defensa de sus legítimas, demostrando que el negocio oneroso se hizo para defraudarlas, o que en realidad ocultaba una liberalidad que ha de ser llevada al acervo hereditario (art. 6.4 Cc.).

47 RDCA 2011, XVII

• **PROHIBICIÓN DE GRAVÁMENES***S. JPI Zaragoza nº 3, 8 de abril de 2008*

La limitación de la facultad de disposición de los bienes heredados impuesta en el testamento al heredero legítimo hasta que

cumpla la edad de treinta años, restringe las facultades que sobre los bienes transmitidos tenía el causante por lo que constituye un gravamen a la legítima (art. 183 Lsuc.). No obrando justa causa para el gravamen, que conste en el título sucesorio o en documento público (art. 186.3º), el gravamen ha de tenerse por no puesto (art. 184 Lsuc.).

En consecuencia con lo anterior, los incisos del testamento que hacen referencia a la administración de los bienes de la herencia, en la medida que excedan de las reglas generales sobre la capacidad de los menores de 18 años, deben tenerse por ineficaces.

55 RDCA 2011, XVII

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 legítimo. 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 4 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

• **RENUNCIA A LA ACCIÓN: FORMA***S. TSJA 30 de enero de 2008*

En nuestro Derecho actual rige el principio de libertad de forma, si bien hay negocios formales y solemnes, entre ellos podemos citar la repudiación de la herencia y la renuncia a la legítima, pero no está sometida a forma la acción de protección de la intangibilidad cualitativa de la legítima, por lo que esta a falta de una exigencia de forma especial queda sometida al régimen gene-

ral. Admitido lo anterior habrá que comprobar si existen actos propios de los que quepa deducir de forma inequívoca que renunció de forma tácita al ejercicio de la acción. Los actos habrán de ser inequívocos y concluyentes: deben tener una significación jurídica que nos lleve a admitir la existencia de dicha renuncia. Ello no obra en el presente caso, aun cuando el recurrido aceptó la herencia ofreciendo el legado, cuando comprueba la lesión procede al ejercicio de la acción, por ello no cabe concluir que al aceptar la herencia renunciara al legado.

16 RDCA 2008, XIV

• *USUFRUCTO VIDUAL*

S. APZ 7 de marzo de 1994

La renuncia al derecho expectante de viudedad no implica la renuncia al derecho de viudedad foral; límites al usufructo viudal concurriendo el cónyuge viudo con descendencia del premuerto. Nulidad parcial de una cláusula testamentaria por lesionar la legítima.

30 1996, II (núm. 1º)

S. APZ 16 de septiembre de 1996

Se declara la nulidad de cláusula testamentaria en que el testador «lega a su esposa el usufructo universal de su herencia, con cargo al tercio de libre disposición», tratándose de bínubo con descendencia conocida con anterioridad. El art. 73 Comp. tiene carácter imperativo y persigue asegurar a los descendientes anteriores a las segundas nupcias la plena propiedad de la mitad del caudal relicto, interpretación más acorde con el art. 125 Comp., que no permite gravámenes sobre la legítima a favor del cónyuge.

27 1997, III (núm. 2º)

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 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 finalizara para él cuando cumpla diecinueve».

56 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• *LEGITIMARIO MENOR DE CATORCE AÑOS*

S. TSJA 32/2014, 3 de octubre de 2014

De la literalidad del art. 493 CDFA no cabe deducir que el plazo para el menor de catorce años comience a contar cuando alcance tal edad, ya que la norma no prohíbe que la acción se ejercite antes, sino que, en beneficio del menor, permite que, además de poder accionarse hasta que tenga 14 años (por medio del representante legal), también pueda hacerse

después, para lo que establece que, aun iniciado el cómputo del plazo de prescripción de cinco años antes de que tuvieran los 14 años, no fine en tal caso hasta que cumplan los 19.

28 RDCA-XX-2014

PRETERICIÓN

S. TSJA 30 de septiembre de 1993

La preterición en el Derecho histórico: obligación de dejar algo a cada uno de los hijos («quantum eis placuerit»). La Compilación sólo exige que sean nombrados o mencionados en el testamento que los excluya: dicha mención «formal» ha de realizarse necesariamente en la parte «dispositiva» del testamento para evitar la preterición, salvo que se prefiera una asignación simbólica o hayan recibido ya liberalidades imputables en la legítima.

12 1995, I (núm. 1º)

S. APH 13 de febrero de 1995

El causante reguló legítimamente su sucesión a través de los pactos contenidos en capítulos matrimoniales (en ellos nombraba a su cónyuge como fiduciaria, a los efectos de que ordenase la sucesión de ambos capitulantes, pero sólo entre los descendientes comunes a ambos) que fueron otorgados en fecha posterior al nacimiento de un hijo extramatrimonial y reconocido por éste, de manera que a tenor de la norma a la que quedaba sujeta la fiducia —ordenar la sucesión sólo entre los descendientes comunes— el causante conscientemente dejó fuera de su sucesión al actor, que realmente resultó preterido de acuerdo con lo dispuesto en el art. 123 Comp.

8 1997, III (núm. 1º)

S. JPII Teruel nº 1, 14 de junio de 1995

Si bien el art. 120.1 Comp. exige que los descendientes sin mediación de persona capaz de heredar, y que no hayan sido favorecidos en vida del causante o en su sucesión, han de ser nombrados en el testamento que los excluya, el propio art. 126 Comp., aclarando el precepto

anterior, señala que no se ha de considerar preterido al legitimario que a costa del causante haya recibido carrera profesional o artística o recibiera de él liberalidades no usuales; último supuesto que concurre en el caso enjuiciado.

56 1995, I (núm. 1º)

S. JPI Zaragoza nº 2, 14 de septiembre de 1996

La preterición supone un olvido o exclusión de un pariente del causante en línea recta y con derecho a legítima. La preterición intencional sólo tendrá relevancia cuando tenga una afectación generalizada a todos los legitimarios, esto es de manera colectiva, pero no cuando tenga un alcance limitado al afectar a sólo alguno de los legitimarios, dado precisamente ese carácter colectivo de la legítima, bastando que se constate, mediante su nombramiento o mera mención, que no se olvidó de alguno de ellos, esto es respetando el carácter puramente formal de la legítima.

71 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APT 21 de marzo de 1997

No puede compartir esta Sala la tesis de la invalidez de la exclusión del recurrente de la sucesión de sus padres en base a que la mención al mismo no se hace en la parte dispositiva del testamento: 1º porque como se desprende del art. 667 Cc. el testamento es un acto indivisible ejecutado con unidad de acto y destinado todo él a la disposición de los bienes para después de la muerte y 2º porque tal requisito no es requerido por el art. 120 Comp.

19 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. TSJA 11 de noviembre de 1998

Referencias al derecho histórico ya contenidas en la S. 30 septiembre 1993. Los Anteproyectos de Compilación exigían con toda precisión que el legitimario que descende del causante debe ser nombrado en el testamento, al menos con expresión que dé a entender que el testador ha tenido en cuenta su existencia al asignar las legítimas, es decir, en el momento de distribuir sus bienes. La Compilación, en cambio, no precisa suficientemente cómo debe

hacerse dicha mención. Referencia a la práctica notarial y judicial. Entiende el TSJA que «hay que nombrar al legitimario para decir que se le deja algo o que no se le deja nada.» La exclusión tiene un alcance patrimonial.

2 1999, V (núm. 1º)

S. TSJA 11 de noviembre de 1998

Voto particular: En el testamento no podemos distinguir dos partes, comparecencia y disposición o parte dispositiva, como elementos separados y estancos, sino que debe ser examinado en su conjunto para apreciar tanto su validez como la voluntad del otorgante. La exclusión del legitimario mencionado tanto puede ser expresa como derivada del hecho de no hacer disposición alguna a su favor. No existe costumbre que obligue a dejar algo. No es contrario al principio de equidad excluir a algunos descendientes del reparto de la legítima material.

2 1999, V (núm. 1º)

S. TSJA 11 de noviembre de 1998

La Compilación ubica la preterición en el capítulo de la «protección de la legítima» con la finalidad de salvaguardar el derecho adquirido de los legitimarios a recibir una parte del caudal de sus padres, que les corresponde en cuanto tales, por disposición de la Ley. Referencias al derecho histórico ya contenidas en la S. 30 septiembre 1993. El caudal que menciona el art. 123 Comp. no es el caudal relicto, sino que comprende los dos tercios del caudal computable que integran la legítima.

2 1999, V (núm. 1º)

S. APZ 21 de enero de 1999

Los testadores quisieron declarar herederos a quienes en el momento del otorgamiento eran hijos matrimoniales del actor, hijo único de aquéllos. El hecho de que la actora, con posterioridad al testamento, consiga ser también hija matrimonial del hijo de los causantes (art. 119 Cc.), no afecta a la declaración de última voluntad, ni obliga a los testadores a hacer un nuevo testamento, pues ya habían manifestado su voluntad.

34 1999, V (núm. 2º)

S. JPI Zaragoza nº 10, 15 de noviembre de 2000

La fiduciaria ejercitó su encargo tras el fallecimiento de uno de los hijos que formó parte de la comunidad conyugal continuada, éste falleció sin haber sido instituido heredero y, por lo tanto, ningún derecho hereditario transmitió a sus hijos (los actores). La ejecución de la fiducia se llevó a cabo por la viuda dentro de los límites pactados en el testamento mancomunado, otorgando sendas escrituras públicas para cumplir el encargo de conformidad con el art. 111 Comp. Por lo demás, y a los efectos de evitar la preterición, la fiduciaria en una de las escrituras nombra a los actores y, por lo demás, se respeta el límite de la legítima colectiva.

62 2001-2002 (VII-VIII)

• **INEXISTENCIA**

S. JPI Daroca 15 de marzo de 1995

Del art. 120 Comp., que comienza diciendo que «aquellos descendientes, sin mediación de persona capaz para heredar», se desprende que no pueden ejercitar la acción de preterición, aunque no hayan sido mencionados en el testamento en que la abuela excluyó la madre, los nietos hijos de un hijo supérstite que sea capaz para heredar, conclusión a la que asimismo conduce el art. 814.3 del Cc., aplicable supletoriamente según el art. 1.2 Comp.

48 1997, III (núm. 1º)

• **INTENCIONAL**

S. JPI Zaragoza nº 17, 13 de julio de 2004

El preterido intencionalmente carece de acción para entablar pretensión alguna contra los legitimarios instituidos herederos. La preterición intencional no tiene consecuencia legal alguna, lo que es totalmente coherente con el sistema de legítima colectiva aragonés: el legitimario preterido intencionalmente, excluido, por tanto, tácitamente, de la legítima, no ha de recibir nada. En la medida en que la omisión intencional no produce efecto alguno ya no

tiene ningún sentido distinguir legítima formal y material: La Lsuc. ha eliminado la llamada «legítima formal». La nueva regulación legal es una manifestación de la reafirmación de la libertad civil aragonesa. El preterido intencionalmente, como los demás legitimarios de grado preferente, tan solo puede reclamar de los extraños la parte que le corresponda cuando haya lesión cuantitativa de la legítima.

106 2005-2006 (XI-XII)

S. JPI Zaragoza n° 14, 8 de septiembre de 2008

La actora, hija extramatrimonial del causante y cuya filiación quedó determinada con posterioridad a su fallecimiento, se considera preterida no intencional al no haber sido favorecida por el causante ni durante su vida ni en su sucesión testamentaria. Afirma que no es mención suficiente, a efectos de evitar la preterición, la cláusula testamentaria en la que «lega la cantidad de seis euros en pago de sus derechos legitimarios a cualquier persona que con derecho, alegase tal condición y la probase». El Juzgador sostiene que para valorar la cláusula hay que atender al contexto de la situación y se ha demostrado que el causante sí conocía la existencia de esta hija desde hace más de 40 años, pero no la quería reconocer; por ello es evidente que la cláusula estaba pensada para la actora; no habiendo preterición en este caso. Es más, si hubiera preterición en este caso, sería intencional (el causante conocía su existencia) y se aplicaría el art. 192 Lsuc.

59 RDCA 2010, XVI

• MENCIÓN SUFICIENTE

S. JPI Zaragoza n° 2, 14 de septiembre de 1996

Para evitar la preterición, la Compilación exige mención, pero no disposición. Exigir para que se entienda cumplimentada la legítima formal mención en la parte dispositiva del testamento, aparte de estructurar el testamento en partes que no necesariamente se han de dar, es transformar el carácter formal de la legítima, dotándole de un contenido material. En la parte dispositiva sólo tendrá sentido la cita de

los legitimarios para hacer una disposición y no una mera mención: disposición negativa, pero verdadera disposición y no mera mención. Y es claro que el legislador no ha querido exigir para evitar la preterición una disposición negativa, bastando una mera mención para entender que no hubo olvido de ninguno de los legitimarios mencionados.

71 1998, IV (núms. 1° y 2°)

S. JPI Zaragoza n° 14, 8 de septiembre de 2008

La actora, hija extramatrimonial del causante y cuya filiación quedó determinada con posterioridad a su fallecimiento, se considera preterida no intencional al no haber sido favorecida por el causante ni durante su vida ni en su sucesión testamentaria. Afirma que no es mención suficiente, a efectos de evitar la preterición, la cláusula testamentaria en la que «lega la cantidad de seis euros en pago de sus derechos legitimarios a cualquier persona que con derecho, alegase tal condición y la probase». El Juzgador sostiene que para valorar la cláusula hay que atender al contexto de la situación y se ha demostrado que el causante sí conocía la existencia de esta hija desde hace más de 40 años, pero no la quería reconocer; por ello es evidente que la cláusula estaba pensada para la actora; no habiendo preterición en este caso. Es más, si hubiera preterición en este caso, sería intencional (el causante conocía su existencia) y se aplicaría el art. 192 Lsuc.

59 RDCA 2010, XVI

• NO INTENCIONAL

S. JPI Zaragoza n° 17, 23 de mayo de 2003

El art. 122 Comp. aragonesa no resulta aplicable al caso. La DT 1ª Lsuc. establece que la sucesiones por causa de muerte se regirán por la ley vigente en el momento de apertura de la sucesión. Y tal ley, en 1952, era el Apéndice de 1925. En este texto legal, la misión de herederos forzosos se regulaba en el art. 32: «la preterición... no anulará la última voluntad del ascendiente sino cuando comprenda a todos los herederos forzosos y, en este caso, entre ellos se

dividirán las dos terceras partes del caudal líquido, como el causante hubiera fallecido abintestato». En razón de ello, y habiendo sido omitidas no intencionalmente del testamento del causante, otorgado en 1907, antes de tener hijos y de haber contraído matrimonio, esta es la solución que procede, y no la sucesión legal en la herencia entera como pretende la actora. Ésta previsión, vigente el Apéndice, sólo tenía lugar cuando entre los cónyuges existía casamiento al más viviente, pacto que no existe en este caso.

51 2005-2006 (XI-XII)

• PLAZO

S. APH 27 de febrero de 1995

En relación al plazo de prescripción extintiva para que los legitimarios preteridos puedan pedir lo que les corresponda en la herencia, la doctrina no se muestra pacífica, señalando un sector de la misma que la acción de preterición es rescisoria, y otro que el plazo de la misma es el establecido en el art. 1.964 Cc. En cualquier caso, y dado el tiempo que ha transcurrido desde el fallecimiento de la causante —1968— ha pasado con creces el plazo de prescripción de la acción.

11 1997, III (núm. 1º)

• SENTIDO FUNCIONAL

S. JPI Zaragoza nº 2, 14 de septiembre de 1996

Si en el Derecho aragonés, dado el carácter colectivo de la legítima, cabe disponer sólo a favor de uno de los legitimarios, cabe la mera mención de los demás con un alcance puramente formal, sin disposición, ni meramente simbólica o incluso puramente negativa, so pena de convertir la legítima formal, que tiene un sentido funcional, en una legítima ritual, pues la mención no tiene que realizarse necesariamente con la finalidad de instituir o desheredar.

71 1998, IV (núms. 1º y 2º)

TÍTULO DE ATRIBUCIÓN

• IMPUGNACIÓN

S. TS 14 de noviembre de 2008

El recurrente pretende impugnar la asignación de legítima que su madre hizo en favor de su otra hija, hermana del recurrente, en escritura pública. La Sala afirma que el recurrente carece de legitimación para impugnar la escritura de asignación legitimaria por falta de consentimiento, pues no fue parte en la misma, sólo lo fueron su madre Dña. Marta y su hija Carina, ni ha demostrado aquél el más mínimo interés legítimo en que se declarase la nulidad.

1 RDCA 2010, XVI

76: SUCESIÓN LEGAL

BIENES TRONCALES

S. TSJA 31/2012, 5 de octubre de 2012

Si por haber adquirido la titularidad total del bien cuatro de los cinco hijos de D. Carlos y Dª Pilar (7/12 proceden de su padre y 5/12 de su madre, si bien un 1/6 fue adquirido por el padre por herencia y 5/6 comprados para el consorcio conyugal y luego divididos por mitad entre la viuda y los herederos del padre), el bien puede entenderse o no de renovada troncalidad, es cuestión que podrán interesar, en su caso, a cualquiera de los cinco hijos, pues ellos son los que mantienen parentesco con todos los ascendientes que han sido titulares del bien.

44 RDCA-2012-XVIII

• 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

BIENES TRONCALES DE ABOLORIO

• *CONCEPTO*

S. APZ 20 de marzo de 2007

En el art. 212 Lsuc. debe interpretarse el concepto «generación» en sentido natural, como conjunto de parientes pertenecientes a un determinado grado de parentesco respecto al titular de los bienes, y, por tanto, debe entenderse la generación en sentido vertical nunca horizontal (Merino respecto del 133 Comp. y STSJA 26 abril 2002). No puede deducirse que es pariente de la generación de los abuelos del causante o más alejada, cualquiera en sentido vulgar, como una prima hermana de la abuela paterna de los causantes, que nunca pertenecería a esas generaciones en el plano de la verticalidad aludido.

43 RDCA 2009, XV

S. TSJA 1 de octubre de 2007

Son bienes troncales de abolorio los que han permanecido en la casa o familia del causante durante dos generaciones. El número de transmisiones intermedias carece de relevancia (lo dice el art. 212), por lo que pueden pasar directamente de la generación de los abuelos a nietos, pero la duda versa sobre el requisito de permanencia en la casa o familia. Para averiguar esa pertenencia se ha de atender al térmi-

no «casa» que reduce el amplio de familia. Por lo tanto, hay que establecer si los bienes proceden de la casa y si los transmitentes han pertenecido también a ella. En el caso ni la transmitente ni su hermano formaron parte de la casa, ni las fincas pertenecieron nunca a un ascendiente o hermano de un ascendiente de dicha casa, por ello no concurren los requisitos mencionados y se debe desestimar el recurso.

13 RDCA 2008, XIV

DECLARACIÓN DE HEREDEROS

S. AP Barcelona 20 de abril de 1995

La declaración de herederos habitualmente no conlleva especial litigiosidad, por lo que encuentra su cauce más adecuado en las normas procesales de la jurisdicción voluntaria. Pero nada impide, contra lo que dice el Juzgado, que tal declaración pueda efectuarse a través de un proceso declarativo cuando tal cuestión está sometida a controversia o cuando, como aquí ocurre, se efectúan determinadas pretensiones materiales de una y otra parte, cuya legitimación presupone la declaración que se solicita. En consecuencia procede declarar herederos legales de la difunta esposa del demandante a sus padres ahora apelantes.

38 1997, III (núm. 1º)

S. JP II Huesca nº 2, 28 de marzo de 1996

La condición de heredero por disposición de la ley no deviene de la relación parental de una persona con otra, sino del reconocimiento y atribución por el Estado de los efectos de la sucesión, a esa relación, para lo que se precisa un acto de reconocimiento, que nada tiene que ver con la aceptación de la herencia, que es un hecho posterior al fenómeno de la delación de la herencia. Sin embargo, el título de herederos abintestato puede ser reconocido en este juicio si los demandantes acreditan su condición de herederos por ausencia de disposición voluntaria y por la relación de parentesco que sostienen.

64 1998, IV (núms. 1º y 2º)

• **BIENES TRONCALES Y NO TRONCALES**

A. APH 17 de noviembre de 1997

El llamamiento a que se refiere el art. 108.3 Comp. puede ser legal o voluntario, y dentro del primero no sólo abintestato en sentido estricto, sino también troncal.

17 1998, IV (núms. 1º y 2º)

A. APH 25 de febrero de 1998

Revocando el auto del juzgado, se declara herederos abintestato de los bienes troncales de la causante a sus dos hermanos, y a su esposo en cuanto al usufructo. Para lo primero no es preciso justificar en este procedimiento la procedencia de los bienes existentes o el carácter troncal de los mismos. En cuanto al usufructo, parece que la denegación en primera instancia se debió a que los bienes, procedentes de herencia del padre de la causante, estaban ya usufructuados por la madre de la misma.

6 1999, V (núm. 2º)

A. APH 18 de julio de 1998

El Auto de declaración de herederos claramente indica que puede haber bienes troncales procedentes de la rama paterna y cuya sucesión ha de ser la prevista en los arts. 132 y 133 Comp.; dicha resolución se dictó sin perjuicio de los derechos sucesorios que correspondan a los herederos de los bienes troncales y troncales de abolorio del causante.

14 1999, V (núm. 2º)

A. APH 21 de abril de 1999

La declaración de herederos abintestato no es el procedimiento para precisar o determinar los bienes que componen la herencia o carácter o naturaleza de los mismos. Pero el auto impugnado no decide expresamente que haya bienes troncales ni determina cuáles pueden ser, sino, en definitiva, que determinados parientes son herederos de esa clase de bienes, si los hubiere. Esta declaración sí que puede efectuarse en el juicio de abintestato. En cualquier caso, el problema podría debatirse nuevamente en el procedimiento declarativo ordinario.

13 2000, VI (núm. 2º)

A. JPII Huesca nº 1, 5 de mayo de 1999

Al causante, que falleció en estado de soltero y sin hijos, le sobrevivió su madre, por lo que no es posible contemplar en este expediente la sucesión causada a favor de ésta, en cuanto que la misma es heredera legal de todos aquellos bienes que no tuvieran carácter troncal, debiendo incoarse el correspondiente expediente notarial, ante la falta de competencia de este Juzgado para su tramitación. Por ello, las presentes actuaciones quedan circunscritas a declarar herederos a los parientes colaterales más próximo del causante (sus hermanos) única y exclusivamente en los bienes troncales.

65 2001-2002 (VII-VIII)

A. JPII Monzón nº 2, 10 de abril de 2006

Acreditado que el causante falleció el día 2 de julio de 2005 sin otorgar testamento ni pacto, procede considerar abierta su sucesión legal, y habiéndose acreditado que falleció sin dejar descendientes ni ascendientes, ni cónyuge viudo, y que su último domicilio radicó en Aragón, por ello, en aplicación de la ley de sucesiones y siendo sus más próximos parientes en el momento de la apertura de la sucesión sus sobrinos, procede dictar Auto de Declaración de Herederos a su favor, y todo ello respecto de los bienes troncales, de la línea paterna y materna, y de los no troncales del causante.

52 RDCA-2008-XIV

S. APT 29 de enero de 2008

El Auto del JPI de 1997 declara herederas de la causante, que no tiene descendientes ni ascendientes pero sí marido, a su dos hermanas, sin especificar si dicha declaración lo era únicamente en los bienes troncales, o en todos los bienes. La falta de especificación no impide la delación legal de los bienes no troncales a favor del marido conforme a los arts. 135 Comp. y 1944 Cc. En acta notarial de 2004 se declara al marido heredero legal de los bienes no troncales de su esposa. No obstante, las hermanas reclaman en juicio ordinario la totalidad de los bienes de la herencia: sin éxito alguno.

31 RDCA-2010-XVI

A. JPI Huesca n° 2, 20 de abril de 2009

El finado falleció soltero, sin haber otorgado testamento o pacto, sus padres ya habían fallecido y al morir tiene cuatro hermanos de doble vínculo y tres sobrinos hijos de una hermana de doble vínculo premuerta. Se declara herederos universales del finado, por derecho propio, respecto de todos sus bienes y derechos, troncales y no troncales, de ambas líneas, paterna y materna, a sus cuatro hermanos de doble vínculo, todos ellos por quintas partes iguales e indivisas; también se declara herederos universales del finado, por derecho de sustitución legal de la hermana premuerta, a los tres sobrinos, todos ellos por quinceavas partes iguales e indivisas.

62 RDCA 2011, XVII

A. JPI Huesca n° 2, 8 de enero de 2010

Se declara heredera universal abintestato del finado, fallecido soltero, sin haber otorgado testamento, e hijo de padres ya fallecidos, a su hermana de doble vínculo, en la totalidad de los bienes y derechos del difunto, tanto troncales como no troncales, al no haberse demostrado en el procedimiento que existan otras personas con mejor derecho a la herencia del finado.

91 RDCA-2012-XVIII

• **CONTRADICCIÓN ENTRE LOS INTERESADOS**

A. JPII Monzón 8 de enero de 1998

Existiendo contradicción entre los interesados en la herencia de la causante no es este expediente de jurisdicción voluntaria (de prevención de abintestato) el trámite oportuno para dilucidar el derecho que tienen los interesados sobre los bienes relictos cualquiera que sea su naturaleza troncal o troncal de abolorio, lo cual tendría que decidirse en la vía declarativa correspondiente.

4 2000, VI (núm. 1°)

S. JPII Teruel n° 2, 30 de junio de 2006

El expediente de jurisdicción voluntaria instado por los interesados para la declaración de herederos legales del causante se declaró

contencioso por existir oposición, requiriendo a las partes a formular demanda de juicio verbal en reclamación de sus derechos hereditarios. Presentadas sendas demandas, los autos fueron objeto de acumulación (autos 165/2005). La parte demandada pide que en la declaración de herederos conste la cuota hereditaria que les corresponde a cada uno de ellos. Los interesados son 2 primos hermanos por línea paterna y 4 también primos hermanos por la línea materna. A los seis se les declara herederos legales, pero sin entrar a determinar la cuota hereditaria de cada uno, que es cosa a concretar en un procedimiento posterior.

59 RDCA-2008-XIV

A. APH 28 de marzo de 2008

De los arts. 980 y 981 Lec. 1981 no se infiere que, habiendo oposición de algún interesado, deba denegarse la declaración de herederos como ha hecho el juez de instancia, sino todo lo contrario, la decisión definitiva de la solicitud inicial haciendo el juez la declaración de herederos abintestato si la estimase procedente, o denegándola con reserva de su derecho a los que la hayan pretendido para el juicio ordinario (art. 981). La declaración no tiene, por tanto, efectos de cosa juzgada; el art. 1817 Lec. 1981 no resulta de aplicación al juicio de abintestato; para la descripción de la finalidad y esencia de la declaración de herederos legales se remite al Auto APH de 20-III-1997. En aplicación del art. 465-2 Lec. vigente, el tribunal de segunda instancia, tras revocar la resolución apelada que acordó denegar la declaración y archivar el procedimiento por existir contradicción entre los interesados, debe resolver sobre la cuestión.

17 RDCA-2010-XVI

• **INEXISTENCIA DE PARIENTES TRONCALES**

A. APH 29 de marzo de 2007

El objeto y finalidad de la declaración de herederos es designar quiénes son los herederos de una persona fallecida sin disposición de última voluntad, lo que exige determinar que una persona ha fallecido intestada, que mantenía una relación de parentesco con el solicitante o solicitantes y que éste o éstos, solos o en

unión de otros, son los únicos herederos de aquél, sin que, por tanto, el expediente pueda tener por objeto la declaración de que el finado no tenía parientes de una determinada clase. El interesado en que se declare que los bienes troncales de la fallecida deben ser heredados por el cónyuge de ésta a falta de parientes troncales, deberá instar la correspondiente acta notarial de notoriedad (arts. 979 Lec. 1881 y 209 bis Rn.)

25 RDCA 2009, XV

• NULIDAD

S. APH 14 de abril de 2010

La sucesión legal sólo se abre en defecto de sucesión ordenada por testamento o pacto, por lo que no puede considerarse válida la declaración de herederos abintestato que tuvo lugar en el año 2005, ya que la herencia de la causante estaba deferida desde 1971, fecha en la que otorgó el pacto de presente. Por lo tanto, se estima el recurso de apelación y se procede a declarar nula la escritura de declaración de herederos, la escritura de manifestación y aceptación de herencia así como se declara también la nulidad y cancelación de las inscripciones realizadas sobre la finca en base a las anteriores escrituras.

63 RDCA-2012-XVIII

LEY APLICABLE

A. JPI Zaragoza n° 13, 6 de noviembre de 2013

La ley aplicable es la española, pues aunque el art 9.8 del Código Civil remite a la ley nacional del causante al momento de su fallecimiento, el art 10 del Decreto Ley n° 4657 de 4 de septiembre de 1942 (Ley de Introducción a las Normas de Derecho Brasileño) establece que la sucesión por muerte obedece a la ley del país donde estaba domiciliado el difunto. Dado que la causante no tenía la nacionalidad española no se le puede aplicar el derecho foral aragonés pues no tenía la vecindad civil, que exige la previa nacionalidad. Así, nótese que una vez adquirida la nacionalidad, el art. 15 del Cc. dispo-

ne que el extranjero ha de optar por alguna de las vecindades civiles con las que tenga cierta conexión; luego primero se ha de obtener la nacionalidad española para luego optar a la vecindad civil para la aplicación de la legislación foral correspondiente (sic). En el presente supuesto, en atención a la norma remisoria brasileña se ha de aplicar pues la legislación común (sic).

60 RDCA-XX-2014

ORDEN DE LA SUCESIÓN LEGAL

A. JPII Huesca n° 2, 25 de noviembre de 1996

En defecto de sucesión ordenada por pacto o testamento, se abre la sucesión legítima conforme a lo dispuesto en la Compilación (art. 127), correspondiendo en primer lugar la sucesión a la línea recta descendente (arts. 128 Comp. y 931 a 934 Cc.), a falta de hijos y descendientes del finado le heredarán sus ascendientes (arts. 135 Comp. y 935 a 942 Cc.); y a falta de personas comprendidas en una u otra línea, heredarán el cónyuge y los parientes colaterales por el orden establecido en los arts. 944 a 955 Cc., correspondiendo por último la herencia a la Comunidad Autónoma de Aragón, en defecto de parientes (art. 136 Comp.).

78 1998, IV (núms. 1° y 2°)

A. JPII Huesca n° 2, 7 de septiembre de 1999

Aun cuando la normativa contenida al efecto en la Comp. de 1967 es de contenido similar a la de 1985 y no presenta variación alguna en cuanto a la preferencia entre descendientes y ascendientes sí es diferente en el orden de suceder del viudo respecto a los colaterales, pues habiendo fallecido el causante antes de 1981 eran preferentes los colaterales al viudo.

68 2001-2002 (VII-VIII)

S. JPI Zaragoza n° 17, 30 de noviembre de 2006

En 2002 fallece la causante y deja como parientes más próximos dos hermanos; había

otorgado testamento mancomunado con su esposo en 1982 y éste había fallecido en 1988. Los hermanos repudiaron la herencia. Los hijos de uno de ellos, únicos parientes hasta el cuarto grado de la causante, pretendieron que se les declarara herederos legales en expediente de jurisdicción voluntaria, que finalizó con auto que denegó la solicitud. En juicio ordinario piden ahora lo mismo. Se personaron los hermanos del esposo, que pidieron ser declarados herederos de su difunto hermano en la mitad de un piso consorcial, petición que no se estimó por no ser el objeto del proceso. De conformidad con el 205.1.3º en combinación con el 202, en caso de renuncia suceden por derecho propio los parientes del grado siguiente, sin perjuicio de los eventuales derechos de los herederos del esposo premuerto ex art. 216.2 Lsuc.

67 RDCA-2008-XIV

A. APH 16 de junio de 2008

El causante fallece en 1996, sin hijos ni descendientes y sin haber otorgado pacto o testamento, en estado de casado; a su vez, su mujer fallece en 1997, sin descendencia y sin haber otorgado pacto o testamento, siendo declarada judicialmente su heredera legal la Comunidad Autónoma de Aragón. La sucesión del causante se rige por la Comp. y, conforme al art. 135 Comp. y 944 Cc., a falta de ascendientes y descendientes, la heredera era su esposa que le sobrevivió. La declaración de que la esposa es la heredera del causante ha de hacerse mediante acta de notoriedad tramitada conforme a la legislación notarial (art. 979 Lec. 1881) y no judicialmente; tampoco puede pretender la Comunidad Autónoma ser declarada heredera del causante.

20 RDCA-2010-XVI

PACTO AL MÁS VIVIENTE

• **APLICACIÓN DEL ART. 216-2 LSUC.**

S. TSJA 22 de junio de 2009

El art. 216-2 Lsuc. sólo se aplica cuando el cónyuge premuerto ha fallecido vigente la Lsuc., lo contrario sería darle carácter retroactivo a la norma, e imponer a una sucesión abierta

antes (1993) un segundo llamamiento establecido por una ley posterior: DT 1ª suc y DT 12ª Comp.

12 RDCA 2009, XV

• **SUSTITUCIÓN LEGAL PREVENTIVA DE RESIDUO**

A. JPI Zaragoza nº 13, 7 de febrero de 1997

El Auto declara herederos de la causante por cuartas e iguales partes a sus sobrinos carnales; pero advierte que su derecho hereditario no se extiende a los bienes que formen parte del caudal relicto y que procedan de la herencia recibida por la causante de su premuerto esposo en virtud de pacto al más viviente. Respecto de estos bienes mantienen su derecho hereditario quienes eran llamados a la herencia intestada del esposo cuando él falleció.

11 1999, V (núm. 1º)

A. JPI Zaragoza nº 14, 16 de diciembre de 1997

La causante y su difunto esposo otorgaron testamento mancomunado, por lo que al haber fallecido con anterioridad el marido de la causante heredó ésta sus bienes (art. 108.3), pero al haber fallecido ella, a su vez, sin haber dispuesto de los mismos, pasarán los que resten a las personas llamadas en tal momento a la sucesión del cónyuge primeramente fallecido. Así, y por aplicación del art. 948 Cc., procede declarar herederos de dichos bienes a la hermana del cónyuge primeramente fallecido por derecho propio, y a un sobrino de aquél por derecho de representación.

29 1999, V (núm. 1º)

A. JPI Zaragoza nº 14, 14 de febrero de 2000

El actor solicita también que la declaración de herederos se haga en favor de sus tres hermanos incluyendo los derechos dimanantes en favor del causante de su condición de heredero de su esposa premuerta, en virtud del testamento mancomunado que ambos otorgaron. Tal pe-

tición no puede admitirse por imperativo de lo dispuesto en el art. 104. Lsuc., que viene a reproducir el derogado art. 108.3 comp., pues fallecido el testador supérstite sin haber dispuesto de los bienes del primeramente fallecido, deben heredarlos los parientes de éste que señala la ley, y sólo a falta de los mismos, tales bienes quedan integrados en la herencia del sobreviviente.

51 2001-2002 (VII-VIII)

PROCEDENCIA

S. APH 13 de febrero de 1995

En Aragón la sucesión puede deferirse por testamento, por pacto y por la ley. En vista de ello, no puede admitirse lo mantenido por la parte demandante al alegar que le corresponde la quinta parte de los bienes de su padre, pues ello supondría que éste ha muerto intestado, lo que resulta incierto pues reguló su sucesión por capítulos matrimoniales, sin que sea de aplicación lo dispuesto en el art. 127 Comp.

8 1997, III (núm. 1º)

A. APZ 16 de abril de 1997

Según el art. 127 Comp., en defecto de sucesión ordenada por testamento o pacto se abre la sucesión legítima.

40 1998, IV (núms. 1º y 2º)

A. JPI Zaragoza nº 14, 16 de diciembre de 1997

Según dispone el art. 127 Comp., en defecto de sucesión ordenada en testamento o pacto se abre la sucesión legítima conforme a lo dispuesto en esta Compilación, estableciendo asimismo el art. 135 (según Ley 4/95 de 29 de marzo) que la sucesión en los bienes que no tengan la condición de troncales se deferirán con arreglo a lo dispuesto en los arts. 935 a 955 Cc.

29 1999, V (núm. 1º)

S. JPII Monzón 19 de diciembre de 1998

Procede declarar la nulidad parcial del testamento dada la falta de capacidad del testador

para disponer sobre los bienes adquiridos por herencia de sus padres. Por ello, y quedando sin cobertura testamentaria parte de los bienes del causante, procede respecto de estos abrir la sucesión intestada que, en este caso, debe entenderse deferida en favor de los demandantes (hermanos del causante) en cuanto parientes de más próximo grado (art. 128 Comp. y 946 Cc.)

24 2000, VI (núm. 1º)

A. APT 23 de mayo de 2002

El art. 440 Cc. (aplicable ex art. 1.2 Comp.) viene a reconocer al heredero, que llegue a adir la herencia, la posesión de los bienes hereditarios sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante; por lo que reiterando el carácter declarativo de esta resolución hemos de estimar que don Y ha sido heredero de su hermana doña X, y así procede declararlo al amparo de lo que disponen los arts. 201, 202, 216, 217 de la Lsuc., al haber fallecido doña X, sin descendientes ni ascendientes ni cónyuge y siendo don X su único hermano de doble vínculo.

55 2003-2004 (IX-X)

A. APZ 21 de abril de 2010

En la institución recíproca de herederos llevada a cabo en testamento mancomunado tiene como peculiaridad que fallecido el supérstite y heredero universal del cónyuge premuerto sin haber dispuesto de los bienes heredados de éste (art. 80-3 Lsuc.) sean llamados a la sucesión del cónyuge primeramente fallecido los parientes llamados en tal momento, a la sucesión legal de éste. Por lo que se establece la posibilidad de un segundo llamamiento, tras la muerte del cónyuge sobreviviente, a una sucesión ya abierta anteriormente y es necesario concretar quién ha de ser llamado a la sucesión por segunda vez, lo que se puede efectuar mediante declaración de herederos abintestato.

75 RDCA-2012-XVIII

• INSTITUCIÓN DE LEGATARIO UNIVERSAL

A. APH 29 de octubre de 2008

En el testamento otorgado en 1986, en Francia y ante Notario de dicha nacionalidad, la

causante instituye legataria universal en la totalidad de sus bienes muebles e inmuebles que posea tanto en Francia como en España a una sobrina. El Juzgado interpreta que la testadora estaba instituyendo en realidad heredera universal, por lo que no procede abrir la sucesión legal. Añade la Audiencia que aunque se interprete que solo existe un legado, como es claro que comprende todos los bienes de la testadora a los efectos del art. 912-2 Cc., aplicable en Aragón en 1991 cuando fallece la causante, tampoco procede la apertura de la sucesión abintestato.

30 RDCA-2010-XVI

REPUDIACIÓN

A. APZ 16 de junio de 1999

La renuncia a la herencia está correctamente realizada a tenor del art. 1008 Cc., que no requiere que el instrumento público se realice por un determinado notario, no siendo aplicable art. 980 Lec. Por lo tanto, habiendo repudiado la herencia el hermano del causante, siendo sólo, heredan por derecho propio los del grado siguiente.

34 2000, VI (núm. 2º)

SUCESIÓN A FAVOR DE HERMANOS Y SOBRINOS

A. APZ (Secc. 2ª) 17 de febrero de 2003

Conforme al art. 135 Comp., y los arts. 954 y 955 Cc., concurriendo colaterales de tercero y cuarto grado (tía y ocho primos hermanos) procede la declaración abintestato del causante por novenas e iguales partes indivisas.

29 2005-2006 (XI-XII)

• A FAVOR DE HERMANOS

A. APZ 27 de junio de 1997

Acreditado que al tiempo del fallecimiento el causante tenía dos hermanos, deben ser declarados herederos abintestato con preferencia

sobre la DGA, de conformidad con los artículos 946 y 947 del Cc. y demás concordantes de la Compilación aragonesa.

47 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APZ 11 de febrero de 1998

Fallecido intestado el causante, le heredan sus hermanas, las actoras, y en aplicación de los arts. 128 Comp., 659 y 661 Cc., es claro que la demandada (sobrina del causante) no tenía derecho a disponer de los bienes del difunto tal y como lo realizó.

36 1999, V (núm. 2º)

• A FAVOR DE HIJOS Y NIETOS DE HERMANOS

A. JPI Zaragoza nº 13, 18 de noviembre de 1996

El auto declara herederos abintestato de los bienes no troncales, en defecto de descendientes, ascendientes, cónyuge y hermanos, los diez sobrinos de la causante («por representación de sus respectivos ascendientes») en una décima parte cada uno. De acuerdo con la remisión del art. 135 Comp., el auto aplica el Cc., quedando por tanto excluida la sustitución prevista en el artículo 141 Comp., por resultar incompatible la previsión de sustitución de tal norma con la representación a que se refiere el Cc., y quedando así excluida la posibilidad de representación de sobrinos nietos en la herencia de su padre junto a los hermanos de éste, por ser de 5º grado (sic).

77 1998, IV (núms. 1º y 2º)

A. APZ 16 de abril de 1997

El art. 135 Comp. señala, para la sucesión no troncal, que se deferirá ésta con arreglo al Cc., y en su redacción Ley 4/95 de 29 de marzo expresa que se deferirá conforme a los arts. 935 a 955 Cc., por lo tanto, si concurren a la sucesión sólo sobrinos heredarán por partes iguales.

40 1998, IV (núms. 1º y 2º)

A. APZ (Secc. 4ª) 21 de abril de 2003

Fuera del supuesto de concurrencia de hermanos de doble vínculo y de vínculo sencillo, que expresamente contempla el art. 218.Lsuc., todos los hijos de hermanos cuando concurren solos, heredan a partes iguales, aun cuando sean hijos de hermanos de doble vínculo y de vínculo sencillo.

31 2005-2006 (XI-XII)*A. APH 18 de enero de 2007*

En caso de premoriencia de todos los hermanos de la causante y premoriencia de alguno o alguno de sus sobrinos dejando descendencia (sobrinos nietos de la causante), la expresión «si concurren solo hijos o solo nietos de hermanos» para deferir la herencia por cabezas no significa que esta solución deba ser rechazada cuando concurren hijos de hermanos supervivientes con («y») nietos de hermanos en sustitución de los sobrinos carnales premuertos del causante. La misma solución se ha de dar en el caso de sucesión troncal, ex art. 211-1 Lsuc., y todo ello, sin perjuicio de que habiendo medio hermanos se respete la distribución del art. 218-1 Lsuc.

18 RDCA 2009, XV*S. APZ 2 de marzo de 2010*

En el caso que nos ocupa, la causante tuvo, de sus cinco hermanos premuertos, trece sobrinos, nueve que viven en la actualidad y cuatro que han fallecido, dejando cada uno de ellos hijos (sobrinos nietos de la causante). Por lo tanto siendo trece los sobrinos (hijos de hermanos), en trece partes debe dividirse la herencia, ya que estos sustitutos dividen por cabezas y los sobrinos nietos dividen por estirpes, repartiéndose entre ellos la treceava parte del sobrino fallecido, como así lo dispone el art. 217-4 Lsuc. (art. 532 CDEA)

72 RDCA-2012-XVIII• **REQUISITOS***A. APT 23 de mayo de 2002*

La exigencia principal para suceder como heredero abintestato es sobrevivir al causante.

Así resulta de la interpretación conjunta de los arts. 6, 10 y 14 Lsuc. en relación con los arts. 7, 19 y ss., 27 y ss. y en particular con los arts. 33, 34 y 35, ya que no consta que se haya producido la repudiación de la herencia en ninguna de las formas que señalan los arts. 36 y 38 y ha quedado acreditado que transcurrió más de un año desde el fallecimiento de la causante y que nadie solicitó del juez sobre la base del art. 33, el señalamiento del plazo para que el hermano de ésta dijera si aceptaba o repudiaba, lo que conlleva la presunción, al menos tácita, de que aceptó, toda vez que la repudiación de haberla hecho constaría en escritura pública o mediante escrito ante el Juez.

55 2003-2004 (IX-X)**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**SUCESIÓN A FAVOR DE MEDIO HERMANOS Y SOBRINOS***A. JP II Boltaña 22 de enero de 2003*

El causante, del que se solicita la declaración legal de herederos, falleció habiendo otorgado testamento mancomunado. En él, el causante y su cónyuge se instituyeron recíprocamente herederos. Fallecida su esposa sin haber otorgado testamento ni dispuesto de los bienes adqui-

ridos de su cónyuge premuerto, se abre la sucesión legítima conforme a lo dispuesto en la ley (art. 201). No determinado el carácter troncal o no troncal de los bienes, la declaración de herederos se referirá a los bienes no troncales (arts. 203 y 202.2° Lsuc), resultado de aplicación el art. 218 Lsuc. De manera que habiendo fallecido el cónyuge supérstite del causante sin haber otorgado testamento ni dispuesto de los bienes transmitidos por su cónyuge, deben heredar los tres hermanos del causante, debiendo recibir una de las hermanas doble cuota que los otros, por ser aquélla de doble vínculo y éstos medio hermanos.

40 2005-2006 (XI-XII)

• *A FAVOR DE HERMANOS*

A. JPII Boltaña 22 de enero de 2003

El causante, del que se solicita la declaración legal de herederos, falleció habiendo otorgado testamento mancomunado. En él, el causante y su cónyuge se constituían recíprocamente herederos. Fallecida su esposa sin haber otorgado testamento ni dispuesto de los bienes adquiridos de su cónyuge premuerto, se abre la sucesión legítima conforme a lo dispuesto en la ley (art. 201). No determinado el carácter troncal o no troncal de los bienes, la declaración de herederos se referirá a los bienes no troncales (arts. 203 y 202.2° Lsuc), resultado de aplicación el art. 218 Lsuc. De manera que habiendo fallecido el cónyuge supérstite del causante sin haber otorgado testamento ni dispuesto de los bienes transmitidos por su cónyuge, deben heredar los tres hermanos del causante, debiendo recibir una de las hermanas doble cuota que los otros, por ser aquélla de doble vínculo y éstos medio hermanos.

40 2005-2006 (XI-XII)

• *A FAVOR DE HIJOS DE HERMANOS*

A. APZ (Secc. 4ª) 21 de abril de 2003

Fuera del supuesto de concurrencia de hermanos de doble vínculo y de vínculo sencillo, que expresamente contempla el art. 218 Lsuc., todos los hijos de hermanos cuando concurren solos, heredan a partes iguales, aun cuando

sean hijos de hermanos de doble vínculo y de vínculo sencillo.

31 2005-2006 (XI-XII)

• *A FAVOR DE HIJOS Y NIETOS DE HERMANOS*

A. APH 18 de enero de 2007

En caso de premoriencia de todos los hermanos de la causante y premoriencia de alguno o algunos de sus sobrinos dejando descendencia (sobrinos nietos de la causante), la expresión «si concurren solo hijos o solo nietos de hermanos para deferir la herencia por cabezas no significa que esta solución deba ser rechazada cuando concurren hijos de hermanos supervivientes con («y») nietos de hermanos en sustitución de los sobrinos carnales premuertos del causante. La misma solución se ha de dar en el caso de sucesión troncal, ex art. 211-1 Lsuc., y todo ello, sin perjuicio de que habiendo medio hermanos se respete la distribución del art. 218-1 Lsuc.

18 RDCA 2009, XV

SUCESIÓN A FAVOR DEL CÓNYUGE VIUDO

S. TSJA 28 de marzo de 2003

El llamamiento al cónyuge sobreviviente no tiene lugar por encontrarse, al fallecimiento del causante, separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente (art. 216.1 Lsuc.). La norma recoge lo establecido en el art. 945 Cc. Se trata de excluir de la norma las separaciones de hecho impuestas unilateralmente, así como las propicias al equívoco y a las dudas. La autorización que los cónyuges se han hecho en escritura pública para fijar libremente su respectivo domicilio donde lo consideren oportuno es un pacto de separación de hecho de mutuo acuerdo y en documento fehaciente.

13 2001-2002 (VII-VIII)

S. TSJA 25 de junio de 2007

No procede el llamamiento al cónyuge viudo en la sucesión legal del su cónyuge pre-

muerto cuando estos estén separados de hecho por acuerdo que conste fehacientemente. Los cónyuges en cuestión mantienen domicilios separados desde hace más de veinticinco años.

Los requisitos para la aplicación del 216.1 Lsuc. son dos: i) separación de mutuo acuerdo, con ello se quieren excluir separaciones de hecho impuestas unilateralmente, ii) que conste fehacientemente, este requisito no requiere una constancia documental, basta con que en el juicio haya pruebas que la acrediten sin lugar a dudas.

9 RDCA 2008, XIV

• *APLICACIÓN DEL ART. 216-2 LSUC.*

A. APZ 25 de enero de 2005

Abierta la sucesión tras la entrada en vigor de la Ley de sucesiones, se aplica el art. 216-2 Lsuc. aunque el cónyuge premuerto hubiera fallecido antes de la vigencia de dicha Ley y no fuese de vecindad civil aragonesa.

32 2007, XIII

S. APT 9 de enero de 2009

Partiendo de que el supuesto regulado en el art. 216.2 Lsuc. es el de una sucesión legal condicionada, la ley aplicable a la sucesión es la vigente en el momento del fallecimiento del causante de la sucesión (cónyuge premuerto) por aplicación del art. 5.1 Lsuc., pues ha de aplicarse la del momento de apertura de la sucesión y el fallecimiento de la causante se produjo antes de la entrada en vigor de la Lsuc., cuya aplicabilidad no puede predicarse al amparo de la DT 1ª Lsuc. En definitiva sostenemos con la doctrina más cualificada que la aplicación del art. 216.2 Lsuc. requiere que todos los requisitos en él previstos han de concurrir necesariamente bajo la vigencia de la Lsuc.

32 RDCA 2011, XVII

S. APT 20 de febrero de 2009

Para la aplicación del art. 216.2 Lsuc. se requiere que todos los requisitos en él previstos hayan concurrido bajo la vigencia de la ley de sucesiones. Además está excluido de la aplica-

ción del precepto el supuesto en el que el cónyuge sobreviviente dispone por cualquier título de los bienes comprendidos en su haber hereditario procedentes de su cónyuge.

34 RDCA 2011, XVII

S. TSJA 22 de junio de 2009

El art. 216-2 Lsuc. sólo se aplica cuando el cónyuge premuerto ha fallecido vigente la Lsuc., lo contrario sería darle carácter retroactivo a la norma, e imponer a una sucesión abierta antes (1993) un segundo llamamiento establecido por una ley posterior: DT 1ª Lsuc y DT 12ª Comp.

12 RDCA 2009, XV

SUCESIÓN A FAVOR DEL ESTADO

A. APZ 12 de mayo de 1999

La sucesión de una persona se rige por la ley que estuviera en vigor al tiempo de su fallecimiento, y al tiempo de ocurrir la muerte de Dña. Teresa Sanmiguel en 1989, aquélla estaba constituida por la disposición que contenía el art. 135 Comp., que declaraba que en los bienes que no tuvieran la condición de troncales heredaría el Estado.

32 2000, VI (núm. 2º)

SUCESIÓN TRONCAL

S. JP II Huesca nº 2, 19 de abril de 1996

Se discute si el bien adquirido en plena propiedad del IRYDA, pero con base en el previo derecho de explotación de los padres del adquirente, tiene o no la condición de troncal. Como quiera que la originaria y primera adquisición del bien en propiedad se produce a favor del actual titular por la transmisión que le hace el IRYDA, difícilmente puede entenderse como troncal el bien, toda vez que nunca ha estado el mismo en el patrimonio de los ascendientes, salvo como concesión administrativa, y por lo tanto sujeto al título de la concesión, transmi-

tiendo sólo la madre un derecho de adquisición preferente, que luego consolida el hijo adjudicatario al cumplir los requisitos exigidos y pagar el precio convenido con dinero común.

66 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APH 28 de junio de 1996

Los hermanos del causante heredan los bienes troncales con preferencia al cónyuge viudo. La reforma del Código civil que antepone al viudo respecto de los hermanos de causante se aplica en Aragón, pero no respecto de los bienes troncales.

8 1997, III (núm. 2º)

S. APT 30 de abril de 1999

A tenor de los arts. 132 y 133 de la Comp., el carácter troncal de un bien viene determinado, no por pertenecer privativamente al causante, sino por haber sido adquiridos por aquel de sus padres, ascendientes o colaterales, o por haber permanecido en la casa o en la familia durante dos o más generaciones. Condiciones que no acredita el actor.

21 2000, VI (núm. 2º)

S. JP II Huesca nº 2, 31 de julio de 1999

Los bienes relacionados en la demanda tienen el carácter de bienes troncales, ya que el causante los adquirió a título oneroso y han permanecido en la familia durante dos o más generaciones. En dichos bienes están llamados a suceder, a falta de otros parientes con mejor derecho, los colaterales que descienden del ascendiente común propietario de los mismos.

66 2001-2002 (VII-VIII)

A. JP II Boltaña 8 de agosto de 2003

En cuanto a la delación respecto de los bienes troncales, en aplicación de lo dispuesto en el art. 211 Lsuc., y a falta de descendientes, ascendientes o hermanos, resulta aplicable lo establecido en la regla 3ª del mencionado precepto, y por ello siendo deferidos los bienes troncales a los más próximos colaterales del causante hasta el cuarto grado, o hasta el sexto

si se trata de bienes troncales de abolorio, entre los que desciendan de un ascendiente común propietario de los bienes, y siendo todos ellos parientes del mismo grado del causante, también resulta procedente (al igual que en el caso de los bienes no troncales) declarar herederos por partes iguales de los bienes troncales a los mencionados primos hermanos por la línea paterna del causante.

45 2005-2006 (XI-XII)

S. JP II Alcañiz nº 1, 4 de noviembre de 2003

Habiéndose demostrado que el inmueble objeto de la litis nunca perteneció a la línea paterna, procede anular la escritura de compraventa por la que se afirmaba que dicho bien, perteneciente al abuelo era heredado por su hijo y éste se lo vendía al suyo (causante). Queda demostrado que dicho bien era del abuelo materno del causante, bien que, al fallecimiento de aquél, fue heredado por la madre del causante, y fallecida ésta sin testar, por su hijo y causante de esta herencia. Por ello, y dado el carácter de bien troncal de abolorio de la línea materna, y al haber permanecido en la familia del causante durante dos generaciones anteriores a la suya corresponde por herencia de este último a los herederos de los bienes troncales de la línea materna, que son los primos hermanos del causante, estimando por ello íntegramente la demanda.

47 2005-2006 (XI-XII)

S. TSJA 8 de noviembre de 2006

La sucesión troncal sólo es de aplicación a la sucesión legal (arts. 201, 202, 211 y 212 Lsuc., y en este caso estamos ante una sucesión voluntaria (testamentaria).

2 RDCA 2008, XIV

• A FAVOR DE COLATERALES

A. APH 21 de abril de 1999

Del art. 132.3º Comp., en relación con el inciso final del 133, se desprende que la herencia en bienes troncales simples —a diferencia

de lo que ocurre con los bienes troncales de abolorio: art. 133— no se defiere más allá del cuarto grado de parentesco. En los dos órdenes sucesorios del 132.3º rige el límite del cuarto grado, pero en el primero respecto al causante y en el segundo respecto de la persona de quien el causante hubo los bienes a título gratuito.

13 2000, VI (núm. 2º)

A. *APH 18 de diciembre de 2007*

En los llamamientos del art. 132-3º Comp. (aplicables también en los bienes troncales de abolorio, pero sin limitación de grado ex art. 133 Comp.), el colateral más próximo en grado excluye al más remoto, y en el caso los parientes de cuarto grado excluyen a los de quinto. La proximidad ha de interpretarse en sentido literal, lo que quiere decir que no es de aplicación la sustitución legal prevista en el art. 141 Comp.: la sustitución legal opera sólo en el llamamiento del 132-1º Comp.; la proximidad de grado exigida en el 132-3º excluye la sustitución legal; el art. 141 Comp., en cuanto norma común, sólo es aplicable en defecto de norma específica que regule la sustitución legal o expresamente la excluya, que es lo que sucede en este caso.

38 RDCA 2009, XV

• *A FAVOR DE HERMANOS*

A. *JPII Huesca nº 2, 5 de diciembre de 1996*

La causante falleció sin haber otorgado testamento, en estado de casada, y le sobrevivieron la madre y el hermano. El Auto declara a éste como único y universal heredero de la causante, respecto a todos los bienes de naturaleza troncal, con reserva del usufructo viudal a favor del esposo.

79 1998, IV (núms. 1º y 2º)

• *A FAVOR DE HIJOS Y NIETOS DE HERMANOS*

A. *JPI Zaragoza nº 13, 18 de noviembre de 1996*

Relacionando el art. 132.1º con el 141 Comp., y habiendo premuerto a la causante

todos sus hermanos, procede declarar herederos de los bienes troncales, por derecho propio, a los diez sobrinos de la causante y, en sustitución de su padre premuerto, a los tres sobrinos nietos de la misma, de tal manera que cada sobrino heredará un onceavo de la herencia y los sobrinos nietos sustituyen a su padre en la herencia de otra onceava parte.

77 1998, IV (núms. 1º y 2º)

A. *APZ 16 de abril de 1997*

En los bienes sujetos a reserva troncal se aplica el art. 132. 1 Comp., con arreglo al cual, habiendo sólo hijos o nietos de hermanos, la herencia se deferirá por cabezas.

40 1998, IV (núms. 1º y 2º)

A. *APH 18 de enero de 2007*

En caso de premoriencia de todos los hermanos de la causante y premoriencia de alguno o alguno de sus sobrinos dejando descendencia (sobrinos nietos de la causante), la expresión «si concurren solo hijos o solo nietos de hermanos para deferir la herencia por cabezas no significa que esta solución deba ser rechazada cuando concurren hijos de hermanos supervivientes con («y») nietos de hermanos en sustitución de los sobrinos carnales premuertos del causante. La misma solución se ha de dar en el caso de sucesión troncal, ex art. 211-1 Lsuc., y todo ello, sin perjuicio de que habiendo medio hermanos se respete la distribución del art. 218-1 Lsuc.

18 RDCA 2009, XV

• *SUSTITUCIÓN LEGAL*

S. *APZ 29 de mayo de 1996*

Concurre a la herencia con sobrinos de la causante un sobrino-nieto (que heredaría de acuerdo con el art. 132 Comp., pero no según el 925 Cc.) que no ha sido demandado. Algunos bienes son troncales. Falta de litisconsorcio pasivo necesario. Nulidad de actuaciones.

23 1997,III (núm. 2º)

A. JPII Tarazona 29 de septiembre de 1997

La causante falleció sin hijos en 1968, fecha en que vivía su padre (no su madre) y dos hermanos. Pide declaración de herederos al parecer, sobre bienes troncales —un hermano, previa renuncia de los hijos del otro hermano, ahora ya fallecido, que excluyen la sustitución legal de acuerdo con el art. 141 Comp. (en su redacción de 1985).

22 1999, V (núm. 1º)

8: DERECHO DE BIENES

81: DERECHO DE BIENES EN GENERAL

S. JPII La Almunia 15 de abril de 1995

La Compilación del Derecho civil de Aragón dedica el Libro III al Derecho de Bienes integrado hoy por materias de carácter residual frente al amplio contenido que tuviera en los Fueros y Observancias.

50 1997, III (núm. 1º)

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 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.

38 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

PROPIEDAD

• FACULTADES DEMANIALES

S. JPI Zaragoza nº 13, 17 de febrero de 1995

Las limitaciones legales al uso y disposición de la propiedad son excepciones al vigente principio general de facultad del dueño para emplear la cosa que le pertenece en la forma que le resulte más conveniente. Por ello, dejando a salvo las limitaciones legales o pactadas en favor de terceros, deben ser respetadas las facultades demaniales siempre que no impliquen abuso o sólo intención de dañar con su ejercicio.

45 1997, III (núm. 1º)

• LÍMITES A LA FACULTAD DE CONSTRUIR

S. JPI Zaragoza nº 13, 17 de febrero de 1995

Las limitaciones principales al derecho del propietario de edificar en suelo propio son, en lo que al ámbito civil se refiere, las derivadas, a falta de pacto, de las servidumbres o del respeto a las relaciones de vecindad que tanto la legislación común como la foral aragonesa reconocen en determinados supuestos. Siendo irrelevante para el propietario que ha construido más alto que su vecino que las normas urbanísticas obli-

guen ahora a éste a elevar la chimenea si quiere seguir disfrutando de la calefacción.

45 1997, III (núm. 1º)

• **PRESUNCIÓN DE LIBERTAD**

S. JPII Calamocha nº 1, 28 de junio de 2004

La acción negatoria de servidumbre que el art. 348 otorga al propietario encuentra su fundamento en la presunción de encontrarse al derecho siempre libre de cargas, por lo que siendo el derecho real de servidumbre una limitación al de propiedad, nunca se presumirá su existencia, salvo que se acredite su título y modo de adquisición, correspondiendo la carga de probar tales hechos a quien los alega. Por el contrario, la otra parte, cumple con acreditar su título y la existencia de la intromisión.

90 2005-2006 (XI-XII)

S. APH 31 de julio de 2008

Quien entabla la acción negatoria de servidumbre sólo está obligado a probar el dominio de la finca cuya libertad pretende, dado que está amparada en el principio de libertad de los fundos, de modo que la carga de la prueba queda trasladada a la parte demandada, la cual, si pretende que la servidumbre continúe, ha de demostrar cumplidamente su existencia.

22 RDCA-2010-XVI

• **USUCAPIÓN**

S. APH 28 de febrero de 2002

La franja de terreno /camino/ sobre el que se discute la propiedad, ha venido siendo utilizada desde hace más de 30 años por los vecinos del pueblo como un camino de uso público, y ello implica la adquisición por usucapión del dominio público, conforme al art. 1959 Cc. y como ahora establece el art. 33.2-c de la Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Aragón, de 29 de junio de 2000.

47 2003-2004 (IX-X)

82: RELACIONES DE VECINDAD

CONCEPTO

S. APZ (Secc. 4ª) 13 de septiembre de 2013

No se discute la realidad de la poda, sino sus condicionantes jurídicos. No debemos olvidar que estamos en el seno de las denominadas «relaciones de vecindad» que contienen unos presupuestos claros. Constituyen aquel conjunto de normas que regulan los derechos de exclusión y los deberes de tolerancia que se imponen a los propietarios de los fundos —incluso a los usuarios de los mismos— para el mantenimiento de una sana convivencia. Por eso el Art. 538 del vigente Código de Derecho Foral de Aragón se remite a un concepto indeterminado como es el «uso razonable» de la finca según su naturaleza, destino, entorno, todo ello bajo el paraguas de los principios de la buena fe y de los sanos «usos del lugar».

54 RDCA-XX-2014

INMISIÓN DE RAÍCES Y RAMAS

S. APZ 2 de abril de 1997

La poda de los árboles no exige imperiosamente la existencia de una servidumbre, sino que más bien nos encontramos ante relaciones de vecindad como se desprende del art. 143.2 Comp. y 592 Cc.

38 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APH 16 de marzo de 1999

No es aplicable en Aragón el art. 591 Cc. El art. 143 Compilación regula las facultades de los dueños de los predios colindantes cuando se produce una inmisión de raíces y ramas, y sólo se remite al art. 592 Cc. Además, hemos de tener en cuenta los precedentes históricos, el reconocimiento de la costumbre y, en fin, los principios del Derecho aragonés sobre esta materia, todos ellos relacionados con el llamado *ius usus innocui*, los cuales sólo limitan el derecho de propiedad por razones de equidad, buena fe y solidaridad humana. No hay, pues,

defecto o laguna legal a integrar con el Derecho supletorio, sino que, en ejercicio normal de un derecho sin necesidad de servidumbre), se permite plantar árboles en la propia finca sin respetar distancias con el fundo vecino.

11 2000, VI (núm. 2º)

S. TSJA 7 de noviembre de 2001

El art. 143 Comp. tiene su origen en el fuero «De confinalibus arboribus». No resulta de aplicación directa al supuesto de ocupación parcial del vuelo de las fincas vecinas por las aspas de los aerogeneradores; tampoco cabe una aplicación analógica por falta de la necesaria identidad de razón con la inmisión del vuelo ajeno ocasionado por las ramas de árboles frutales (con mayor detalle en el voto particular).

5 2001-2002 (VII-VIII)

S. APZ 8 de abril de 2002

El art. 143 Comp., al remitirse a las facultades que tiene todo propietario conforme a lo dispuesto en el art. 592 Cc., establece la necesidad de que concurra justa causa, lo que se aprecia en este caso, por lo que el ayuntamiento ha de podar las ramas de los árboles que vuelan sobre la finca de la actora.

64 2003-2004 (IX-X)

S. JP II Jaca nº 1, 1 de junio de 2004

La actuación de los codemandados que cortaron varias ramas no sólo en cuanto el árbol del vecino se extendía sobre terrenos de su Comunidad de propietarios, sino más allá del límite de la finca, invadiendo para ello la finca del vecino demandante, no está amparada por el art. 143 Comp. en relación con 592 Cc., sino que es una acción culpable que causó unos daños en el árbol y unos daños morales en el demandante que deben ser resarcidos en aplicación del art. 1902 Cc.

86 2005-2006 (XI-XII)

S. TSJA 6 de julio de 2005

El art. 143 Comp., invoca en su epígrafe la inmisión de ramas y raíces, recogiendo el senti-

do histórico del Derecho aragonés (Fuero de *confinalibus arboribus* de 1247), que responde a una razón de mantenimiento de ordenadas relaciones de vecindad, estableciendo el reparto de frutos sin perjuicio del derecho de cortar raíces y ramas, conforme al art. 592 Cc. y mediando justa causa. Así, la norma no se refiere a árboles de sombra o especies frondosas, que no producen fruto, en sentido económico. Y no cabe aplicar dicha regulación por analogía, pues no existe similitud de razón; ni es idéntico el perjuicio que se puede irrogar con una plantación adjunta de una u otra clase de árboles, ni es resoluble el conflicto mediante el reparto de frutos que no se producen en el caso de árboles frondosos. Por ello, no estando regulada esta cuestión en la Comp. procede la aplicación del art. 591 Cc. como Derecho supletorio.

10 2005-2006 (XI-XII)

• *REQUISITOS*

S. APZ (Secc. 4ª) 13 de septiembre de 2013

Los elementos que se han analizado a lo largo del juicio y que constituyen la esencia del derecho de corte o poda de ramas excedidas del fundo vecino, son: la previa reclamación al dueño de los árboles, la justa causa y la conservación del árbol podado. Respecto al primer elemento, la prueba ha revelado que esta materia estaba siendo tratada por ambos vecinos por lo menos desde el año 2003. En cuanto a la «justa causa». Se trata de elementos propiedad del vecino que traspasan los límites de la misma, acceden (en este caso, vuelan) sobre el suelo ajeno y a través de ese vuelo, dificultan la insolación de la piscina del vecino, la manchan con los detritus propios de un plátano de sombra, afectan a la limpieza del agua y al funcionamiento de los motores de los mecanismos de depuración y existía el riesgo de caída de unas ramas. Por fin, si la poda se hizo en las condiciones adecuadas es la parte reclamante quien ha de probar tales perjuicios, pues como reitera la jurisprudencia, el incumplimiento o mal cumplimiento de las obligaciones, no supone necesariamente la obligación de indemnizar, y no lo ha hecho.

54 RDCA-XX-2014

IUS USUS INNOCUI*S. APH 13 de mayo de 1998*

La tubería bajante de aguas pluviales ciertamente sobrevuela la propiedad del actor, sin embargo, dentro de las relaciones de vecindad debe estimarse su existencia como una manifestación del «ius usus innocui» que ningún perjuicio causa al actor pues antes de llegar al suelo de su propiedad se introduce en la pared para desaguar en las tuberías generales.

10 1999, V (núm. 2º)

S. APZ 24 de septiembre de 1998

La invocación por el recurrente del «ius usus innocui» es insuficiente para justificar la excepción o dispensa de la medidas de protección prevenidas en el art. 144.2 Comp., que confirman el régimen normal de luces y vistas.

45 1999, V (núm. 2º)

S. TSJA 14 de julio de 2008

En general, se entiende que si la inmisión no rebasa los límites de lo tolerable, el vecino debe soportarla. Ahora bien, esto debe entenderse referido a la actividad que se desarrolla en el fundo propio, incidiendo o prosiguiendo en el contiguo. Pero aquí no nos encontramos ante un problema de inmisiones. La expulsión de aire procedente del aparato de climatización y el vapor de la secadora se dirigen de manera directa al fundo del vecino. Es decir, mientras que las inmisiones suponen una intromisión indirecta en la finca del vecino, las intromisiones o injerencias directas son constitutivas de servidumbres.

3 RDCA 2009, XV

PLANTACIONES• *APLICACIÓN DEL ART. 591 CC.**S. JPI Zaragoza nº 12, 24 de mayo de 2007*

Los demandantes solicitan el derribo o arranque de los cipreses que a modo de seto

tienen plantados los vecinos a una distancia inferior a los dos metros del art. 591 Cc. Se considera acreditado que la plantación de los cipreses infringe el art. 591 Cc., aplicable como Derecho supletorio en defecto de norma aragonesa (art. 1-2 Comp., STSJA 6 julio 2006)

61 RDCA 2009, XV

83: LUCES Y VISTAS**DERECHO HISTÓRICO***S. APH 14 de octubre de 1998*

Bajo el régimen de los fueros, la toma de luces y la proyección de vistas sobre fundo ajeno estaban reguladas también como relación de vecindad. Por ello, y dado que la existencia de huecos sin voladizos sobre el predio contiguo no constituía tampoco signo aparente de servidumbre, el carácter negativo de este tipo de servidumbre de luces y vistas exigía, al igual que ahora, el llamado acto obstativo del dueño del presunto fundo dominante dirigido al del sirviente para que no obstruya las luces y las vistas, como reconoció la STS 30 octubre 1983 (y otras), momento a partir del cual comienza el plazo de prescripción, y no antes. El Apéndice recogía expresamente este criterio en el párrafo tercero de su art. 14.

20 1999, V (núm. 2º)

S. APH 31 de marzo de 2001

El demandado ostenta un derecho nacido o adquirido con arreglo a la legislación derogada, por lo que no tiene la obligación de proteger las ventanas con reja y red (salvo en el caso de la ventana de reciente construcción), puesto que bajo el régimen de los fueros no era obligatoria protección alguna en huecos abiertos en pared común divisoria. La única excepción a ello era la costumbre del lugar, pero la misma hubiera correspondido probarla a la actora. En el presente caso, además, no consta que en Yebra de Basa rija la costumbre de cerrar con reja y red las ventanas y demás huecos de edificios que colinden con finca ajena.

13 2003-2004 (IX-X)

S. TSJA 4 de febrero de 2004

El derecho consuetudinario aragonés permite la posibilidad de disfrutar de la posesión ajena mientras eso se haga sin daño de aquel de quien es la posesión, y permite que en la pared común se puedan abrir huecos para luces y vistas, lo que no impide que el dueño de la casa pudiera cegar aquéllas edificando por encima de esas ventanas, siempre que la casa vecina pueda tener luz por sí misma o de otra parte. De lo contrario está obligado a dejar a dicha casa la luz necesaria a arbitrio del Juez mediante esa misma ventana o mediante otra, no sea que —por falta de luz— la casa se haga inútil para el dueño, lo que implica la tolerancia existente en esta materia en el derecho histórico con respecto a la pared común.

3 2003-2004 (IX-X)*S. TSJA 31 de marzo de 2004*

El derecho consuetudinario aragonés permite la posibilidad de disfrutar de la posesión ajena mientras eso se haga sin daño de aquel de quien es la posesión, y permite que en la pared común se puedan abrir huecos para luces y vistas, lo que no impide que el dueño de la casa pudiera cegar aquéllas edificando por encima de esas ventanas, siempre que la casa vecina pueda tener luz por sí misma o de otra parte. De lo contrario está obligado a dejar a dicha casa la luz necesaria a arbitrio del Juez mediante esa misma ventana o mediante otra, no sea que —por falta de luz— la casa se haga inútil para el dueño, lo que implica la tolerancia existente en esta materia en el derecho histórico con respecto a la pared común.

4 2003-2004 (IX-X)*S. APH 31 de julio de 2008*

Según nuestras sentencias de 14 octubre 1998 y 26 enero 2006, las luces y vistas en las Observancias estaba reguladas también como relación de vecindad. Carácter negativo de este tipo de servidumbres, salvo si hay presencia de un acto obstativo. Criterio recogido expresamente en el párrafo tercero del art. 14 del Apéndice. En la posesión inmemorial también es necesario el acto obstativo.

21 RDCA-2010-XVI**FACULTAD DE ABRIR HUECOS****• NO EN PARED PROPIA DEL VECINO***S. APT 7 de abril de 2008*

El régimen de las relaciones de vecindad contemplado en el art. 144 Comp. sólo está previsto para aquellos casos en que la apertura de huecos tiene lugar en pared propia a cualquier distancia de predio ajeno o en pared medianera, pero no en pared privativa del fundo vecino.

33 RDCA-2010-XVI**LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO***S. APZ 10 de enero de 2005*

Solicitada en la demanda la demolición de parte del balcón o voladizo de una vivienda, la acción afecta al propietario pero también puede afectar a la comunidad de vecinos porque se trata del forjado del balcón que constituye como prolongación de la propia fachada un elemento común del inmueble, por lo que no puede imponerse a la comunidad, sin o irla, la obligación de soportar la demolición de parte de un elemento común (forjado-balcón) surgiendo en el litigio la figura del litisconsorcio necesario pasivo.

30 2007, XIII**RÉGIMEN NORMAL***S. APZ 24 de septiembre de 1998*

El Derecho civil de Aragón instaura un principio de libertad absoluta en la apertura de huecos para luces y vistas. Sólo dentro de distancias del art. 582 Cc. se imponen determinadas limitaciones. Ahora bien, este derecho no limita la posibilidad que tiene el propietario del fundo vecino de construir o edificar tapándolas.

45 1999, V (núm. 2º)*S. APH 22 de diciembre de 1999*

De conformidad con el régimen normal de luces y vistas (art. 144 Comp.), que el deman-

dante colocase en su edificio «piezas vidrieras» no es indicio de que el lugar hacia el que abren sea camino, pues constituye un acto unilateral que no califica ni condiciona naturaleza jurídica del terreno circundante.

19 2000, VI (núm. 2º)

S. APT 19 de septiembre de 2007

Debe ponerse en relación el liberal régimen aragonés de luces y vistas con el derecho constitucional a la intimidad; acto meramente tolerado y potestativo que no engendra derecho alguno en quien lo realiza, ni obligación en quien lo soporta; posibilidad de cerrar los huecos mediante construcción propiamente dicha que no entrañe abuso de derecho ni ejercicio antisocial del mismo.

40 RDCA 2009, XV

• **ABUSO DE DERECHO**

S. JPI Zaragoza nº 14, 19 de octubre de 2004

La sentencia recuerda la reiterada jurisprudencia sobre la facultad de abrir huecos para luces y vistas del art. 144 Comp. (Ss. APT8-10-1996, APZ 11-7-1992), así como sobre el derecho del vecino a edificar o construir reconocido en el art. 144.3 Comp., que sólo ampara el levantar verdaderas edificaciones o construcciones que tengan una utilidad real, y no ampara el levantamiento de tabiques, o simples paredes, que sin ninguna utilidad para el que los levanta sólo persigan la finalidad, abusiva y contraria al art. 7.2 Cc., de privar de luces y vistas a quien abrió huecos en pared propia o medianera (S. APZ 8-7-1996). Así ha sucedido en el caso de autos: la finalidad perseguida por el levantamiento de la pared (servir de apoyo a las vigas) podía haberse logrado sin necesidad de privar por completo al vecino de luces y de ventilación.

109 2005-2006 (XI-XII)

S. APT 22 de febrero de 2008

Los supuestos en los que se ha apreciado la existencia de abuso de derecho han sido aquellos en los que la construcción carecía de inte-

rés para el dueño del predio, salvo el de tapar las ventanas del colindante (STS 20-2-1992). Ha quedado probada en autos la utilidad de la obra realizada por el demandado para unificar la planimetría del patio de luces de su propiedad, sin que sea exigible al demandado realizar una obra más compleja para salvar el hueco de que disponía el actor porque no tiene ninguna obligación de respetar el hueco (SAPZ 5-4-2004).

32 RDCA-2010-XVI

S. APT 16 de octubre de 2008

Con cita y transcripción parcial de las SS TSJA 31-3-2004, TS 2-10-1964 y TSJA de 23-1-2008, sobre el régimen de las relaciones de vecindad en materia de luces y vistas regulado en el art. 144 Comp., así como de los requisitos necesarios para que el ejercicio del derecho del vecino a edificar o construir en su terreno tapando los huecos abiertos sobre él pueda considerarse abusivo, llega a la conclusión de que la actuación de los demandados levantando los muros de cierre de su patio interior, entre ellos el que ciega las ventanas del inmueble de la actora, está amparada en la norma jurídica civil y no existe abuso de derecho ni ejercicio antisocial del mismo.

35 RDCA-2010-XVI

• **ACTOS MERAMENTE TOLERADOS**

S. JPI La Almunia 5 de octubre de 1994

El disfrute de unas ventanas y vistas sobre el solar vecino, más o menos duradero, constituye un mero y simple hecho posesorio, no protegido por esta vía interdictal porque, como ha declarado el TS, dicho uso y disfrute es de mera tolerancia, y por sí solos no crean el derecho de servidumbre, pues a tenor de lo dispuesto en el art. 444 Cc., los actos meramente tolerados no afectan a la posesión, ni incluso a la de mero hecho.

20 1996, II (núm. 2º)

S. APZ 15 de julio de 1996

Sólo son signos aparentes de servidumbre de luces y vistas, a los efectos del art. 541 Cc., los

considerados en el art. 145 Comp. Se aplica el art. 144 Comp. aun respecto de huecos abiertos antes de 1967 (Disp. trans. 9ª Comp.). Se declara la existencia de servidumbre voluntaria de desagüe de acuerdo con el art. 541 Cc.

26 1997,III (núm. 2º)

S. APT 8 de octubre de 1996

En relación a la falta de reja y red en una ventana a la que le es aplicable el régimen normal de luces y vistas, dice la sentencia que debe ponerse en relación el liberal régimen aragonés de luces y vistas con el derecho constitucional a la intimidad, y añade que se trata de un acto meramente tolerado y potestativo que no engendra derecho alguno en quien lo realiza, ni obligación en quien lo soporta, por lo que en cualquier momento puede hacer cesar la situación, todo ello, según dispone el artículo 144.3º de la Compilación Foral.

19 1997, III (núm. 2º)

S. JPII Teruel nº 1, 2 de septiembre de 2004

La facultad de abrir huecos del art. 144 Comp. no es más que un acto tolerado y facultativo, como simple relación de vecindad, que no engendra derecho alguno en quien lo realiza, ni obligación alguna para el que lo soporta, y que resulta acorde con la amplia permisividad que a los dueños colindantes confiere el Derecho aragonés al regular las relaciones de vecindad, dado el marcado carácter social que tiene la propiedad en este Ordenamiento.

92 2005-2006 (XI-XII)

S. APZ 19 de noviembre de 2004

Las relaciones de vecindad, de buena vecindad, reguladas en el art. 144 Comp. arraigan en la «tolerancia» mutua hacia los derechos del vecino que tiene su base o fundamento en el principio del «ius usus innocui». Por ello, para no desnaturalizar la institución, tanto al derecho del vecino a construir tapando los huecos (requisito subjetivo), hay que reconocerle que, además, desde un punto de vista objetivo, esos

huecos no habrán de suponer por sí mismos un perjuicio objetivo apreciable para el vecino que los «tolera», pues la Ley obliga a «tolerarlos» precisamente porque considera que de ellos no dimana ningún daño objetivo: en eso consiste el «ius usus innocui».

80 2005-2006 (XI-XII)

S. APT 22 de febrero de 2008

La apertura de huecos para luces y vistas es un acto meramente tolerado y potestativo que no engendra derecho alguno en quien lo realiza, ni obligación en quien lo soporta, por lo que en cualquier momento puede hacer cesar la situación (art. 144-3 Comp.), pero es preciso que se haga una construcción propiamente dicha y que esa construcción conlleve la necesidad de cerrar los huecos y ventanas abiertos (Ss. TS 2-10-1964, ATZ 1-6-1979, APZ 11-7-1992)

32 RDCA-2010-XVI

• **APERTURA DE PUERTA**

S. APH 29 de junio de 1998

No existiendo servidumbre de paso, debe suprimirse la puerta abierta en la valla del lindero para que desaparezca el signo aparente de servidumbre, pues no es hueco abierto para luces o para vistas, sino una puerta cuya finalidad no es otra que la de pasar, destino que nada tiene que ver con el hecho de tomar luces o con el de poseer, gozar y disfrutar de vistas.

13 1999, V (núm. 2º)

S. APH 4 de junio de 2004

Una vez extinguida la servidumbre de paso, el mantenimiento de la puerta por donde se ejercía no merece la consideración de hueco para luces y vistas porque su finalidad es pasar, permitiendo la entrada y salida de un lugar a otro, destino que nada tiene que ver con el hecho de tomar luces o con el de poseer, gozar y disfrutar de vistas, que es lo autorizado por la Compilación.

59 2005-2006 (XI-XII)

• **AUSENCIA DE VOLADIZOS**

S. APZ 18 de octubre de 1994

Falta de voladizos: excluye la existencia de signo aparente de servidumbre. La mera apertura de huecos sobre predio contiguo, así como la construcción sobre él cerrándolos, son relaciones de vecindad legalmente permitidas.

41 1996, II (núm. 1º)

S. APH 12 de enero de 1995

La ventana, al carecer de voladizos o de otros signos aparentes de servidumbre, sería un hueco meramente tolerado en aras a las buenas relaciones de vecindad. Además, el voladizo de la terraza no puede considerarse como signo de servidumbre de la ventana, porque para que se diese este signo, los voladizos o balcones deberían afectar directamente a los huecos abiertos.

7 1997, III (núm. 1º)

S. JPII La Almunia 15 de abril de 1995

Las marquesinas o viseras de madera colocadas en la parte superior de las ventanas a modo de elementos de protección de agua de lluvia y, sobre todo, de la luz solar y, por tanto, del calor, y los antepechos de la ventana o vierteaguas, no pueden considerarse elementos constructivos volados que permitan sostener la existencia de signos aparentes de servidumbre.

50 1997, III (núm. 1º)

S. JPII Daroca 3 de octubre de 1995

Según el art. 145 Comp., la existencia de voladizos en pared propia o medianera que caiga sobre fundo ajeno son signos aparentes de servidumbre de luces y vistas. En el caso de autos, existe un tejadillo que sirve de cubierta al edificio, pero no puede considerarse que el mismo constituya un signo aparente de servidumbre.

59 1997, III (núm. 1º)

S. APT 9 de enero de 1996

No constituye voladizo, a los efectos del art. 145 Com., la existencia de una reja que cubriendo una ventana sobresale sobre el fundo colin-

dante. «Los voladizos, jurídicamente, suponen una especie de 'plus' con relación al menos hueco, un ejercicio más intenso del derecho de servidumbre y, en fin, una posibilidad que otorgar mayor amplitud y comodidad para el uso de las vistas sobre el predio ajeno; y, por tanto, una mayor incomodidad para el dueño de éste».

A17 1997, III (núm. 2º)

S. APH 25 de enero de 1996

La mera existencia de ventanas, que no tienen voladizos, invadiendo el predio contiguo no supone acto de posesión sobre la finca vecina, pues el actor en su propia finca puede tener o no ventanas, dado que la apertura de éstas, tanto en pared propia como medianera, desde siempre ha sido tolerada por la ley de Aragón, como una facultad derivada del estatuto normal de su propio dominio, en que de su existencia se derive una servidumbre de luces y vistas.

3 1997, III (núm. 2º)

S. APT 8 de mayo de 1996

La parte demandada señala la existencia de una servidumbre de luces y vistas a su favor por considerar que el alero de su tejado, que sobrevuela sobre la propiedad del fundo vecino, es un signo aparente de la existencia de una servidumbre de esta clase. Pero la prueba evidente de que no existe tal servidumbre es el hecho de que las ventanas que hay abiertas en la pared de colindancia carecen de cualquier balcón o voladizo. La ausencia de voladizos evidencia una relación normal de vecindad y no una servidumbre.

18 1997, III (núm. 2º)

S. JPII Calamocha 10 de diciembre de 1997

En Aragón, a tenor del art. 144 Comp., tanto en pared propia y a cualquier distancia del predio ajeno, como en pared medianera pueden abrirse huecos para luces y vistas sin sujeción a dimensiones determinadas; tales huecos pueden ser cerrados por el propietario del fundo vecino edificando, salvo que dichos huecos vayan provistos de voladizo, pues el

mismo constituye un signo aparente de servidumbre, a tenor del art. 145 Comp.

26 1999, V (núm. 1°)

S. JPII Ejea n° 1, 26 de diciembre de 1997

Nos encontramos ante un hueco abierto en pared propia y sin voladizo, lo que en Aragón ha de someterse al régimen de relaciones de vecindad y no a la existencia de una servidumbre, que en todo caso sería negativa.

31 1999, V (núm. 1°)

S. APZ 17 de junio de 1998

Conforme al art. 144 Comp. todo propietario de un inmueble puede abrir huecos sobre el vecino, si carecen de voladizos y están protegidos con reja y red, pudiendo taparlos el colindante construyendo en su propio predio, salvo que su actuación sea movida sólo por mala fe. La existencia de un alféizar en la ventana no implica voladizo y por ello estamos ante meras relaciones de vecindad.

18 1999, V (núm. 2°)

S. APZ 24 de septiembre de 1998

La existencia de la servidumbre que se defiende por la parte demandada no puede prosperar pues no es aceptable el pretender que el tejado o cubierta de un edificio pueda constituir un voladizo a los efectos del art. 145 Comp.

45 1999, V (núm. 2°)

S. JPII Ejea n° 1, 17 de mayo de 2004

Acreditado que la distancia del balcón a la vivienda de la actora es inferior a la fijada por la Ley, que con ello se impide un normal ejercicio del derecho a la intimidad, pues tiene un balcón de la vivienda vecina a escasos metros de su dormitorio, y que no existe servidumbre alguna a favor de ese predio, procede la estimación de la demanda y la adecuación de ese balcón a la distancia de sesenta centímetros de la finca vecina. El establecimiento de balcones o voladizos dentro de las distancias legales sólo

es posible mediante la constitución de una servidumbre.

100 2005-2006 (XI-XII)

S. APH 21 de diciembre de 2004

Los solaretes o vierteaguas vuelan sobre el predio colindante, por lo que el actor tiene derecho a que sean demolidos con fundamento en el dominio que ostenta sobre su finca, conforme al criterio sentado en nuestras sentencias de 21 marzo 2001 y 16 septiembre 2004. Aunque voladizos son los que sirven para apoyarse y proyectar vistas y de esa circunstancia no gozan los salientes referidos, lo cierto es que la presencia permanente de los vierteaguas puede favorecer algún tipo de controversia en cuanto a sus efectos sobre el predio que sobrevuelan.

64 2005-2006 (XI-XII)

S. APT 17 de junio de 2005

Procede estimar en parte el recurso formulado por la parte actora puesto que en las distancias del art. 582 Cc., los huecos abiertos sobre el fundo colindante deberán carecer de balcones y voladizos y estar protegidos por reja y red de alambre. Es evidente que aun cuando el edificio contiguo al fundo del apelante y actor no haya finalizado su estructura, sí se ve cómo hay voladizos a menor distancia de la permitida y cómo los huecos abiertos en esa distancia no están protegidos. Por ello, el apelado debe demoler los voladizos y proteger los huecos, además de reparar los daños causados en la finca del actor.

S. APH 26 de enero de 2006

Sólo son voladizos los que sirven para apoyarse y proyectar las vistas. Y es evidente que de estas circunstancias no gozan ni el solarete, vierteaguas o tejadillo que cubría la terraza abierta en la casa de los demandados principales ni el alero del tejado que sobresalía. Tales elementos arquitectónicos protegen principalmente de la lluvia y nada tienen que ver con las luces ni las vistas que pueden ser recibidas a través de un hueco abierto en pared propia o medianera. Por lo tanto, los salientes en cuestión no constituyen un signo aparente de luces y vistas.

22 RDCA 2008, XIV

• **AZOTEAS Y TERRAZAS**

S. APT 14 de diciembre de 1995

Es ya antigua, y reiterada, la doctrina jurisprudencial que considera las azoteas y barandillas en las terrazas como equivalentes a grandes balcones, y, por tanto, incursas en la prohibición que se contiene en el art. 582 del Cc; sin merma, desde luego, del derecho a construir dichas terrazas, siempre que desde ellas, y haciendo un uso normal de lo construido, no se puedan tener vistas directas sobre el predio del vecino. Doctrina aplicable en Aragón ya que el art. 144.2 Comp. permite solamente los huecos carentes de balcones y otros voladizos que, por otro lado, deberán estar provistos de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre (o bien protección semejante o equivalente).

30 1997, III (núm. 1º)

S. JP II Tarazona 17 de junio de 1997

La terraza, que volará sobre terreno propio aunque sin respetar las distancias que prescribe el art. 582 Cc., deberá estar provista de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre, o protección semejante o equivalente.

18 1999, V (núm. 1º)

S. APH 13 de mayo de 1998

Las terrazas o azoteas que no constituyan voladizo sobre predio ajeno, cuando están a menos de dos metros de la linde de éste, han de proveerse de reja y red con altura suficiente para impedir asomarse, por aplicación del art. 144 Comp.; pero no puede pedirse su demolición, ni que se levante en su derredor un muro de piedra.

10 1999, V (núm. 2º)

S. APZ 1 de junio de 1998

La terraza no vuela sobre el muro de los demandantes, sino que está construida sobre la pared que linda con aquél sin llegar a volarlo. Así, que teniendo en cuenta el art. 145 Comp. no existe signo aparente de servidumbre, estando ante relaciones de vecindad del art. 144 Comp. Las azoteas o terraza no son

«huecos» y por lo tanto no han de estar provistas de reja y red.

41 1999, V (núm. 2º)

S. APT 30 de octubre de 2001

La libertad de abrir huecos a cualquier distancia del predio ajeno o en pared medianera no es absoluta precisamente para proteger al propietario colindante su intimidad y la de su familia, por ello la protección de reja y red que establece la ley y la prohibición de que dicha distancia (la que marca el art. 582 Cc.) los huecos abiertos carezcan de balcones y otros voladizos. La construcción realizada por el demandado comprende una construcción con un terrado o azotea que por su extensión equivale un balcón de grandes dimensiones, por lo que deberá estar protegido y en consecuencia se ordena el cerramiento lateral de dicho balcón.

29 2003-2004 (IX-X)

S. JP II Teruel nº 2, 1 de septiembre de 2003

Las azoteas o terraza no son «huecos» y por lo tanto no puede condenarse al demandado a levantar el tabique o colocar cristal opaco.

46 2005-2006 (XI-XII)

S. APT 15 de septiembre de 2009

El demandado no ha procedido propiamente a la construcción de terraza sobre el fundo ajeno, sino que en ejercicio de su facultad dominical ha hecho practicable una parte del inmueble de su propiedad que antes no lo era (en lo que antes era un tejado ha hecho una terraza; sobre el tejado el vecino tiene abierta una ventana, que no ha sido tapada al construir la terraza). El vecino pide la demolición de la terraza porque vulnera el derecho a la intimidad y compromete su seguridad. Su pretensión no puede prosperar, pues si el demandado podía haber procedido al cierre de la ventana de la actora, no puede imputarse al mismo vulneración de derecho alguno por haber declinado el uso de dicha facultad y haber permitido que la ventana permaneciese abierta.

39 RDCA 2011, XVII

• **CONTRAVENTANAS**

S. JPII Barbastro 15 de julio de 2006

Las ventanas de la casa han dispuesto siempre de contraventanas o postigos. Esto ciertamente es indicativo de un signo aparente de posesión sobre vuelo ajeno. Como dice la AAPHuesca 31-5-2005, se ha consolidado un derecho de vuelo a través de las contraventanas siquiera a los solos efectos de abrir y cerrar las contraventanas, lo cual ha sucedido así por haber transcurrido más de diez años desde su uso permanente, continuado y aparente.

60 RDCA-2008-XIV

• **DERECHO DEL VECINO A EDIFICAR O CONSTRUIR**

S. APH 7 de marzo de 1994

Se declara el derecho del apelante a mantener las obras realizadas en su terraza, mediante las cuales quedan cerradas las ventanas abiertas en el fundo colindante, que recaían sobre la terraza de aquél.

9 1996, II (núm. 1º)

S. JPI Zaragoza nº 14, 8 de abril de 1994

El vecino tiene derecho a edificar sin sujeción a distancia, pero no al mero cierre del hueco mediante un plástico con una mano de escayola; prospera asimismo su acción negatoria de servidumbre, pues no la hay, sino régimen normal, expresión de las relaciones de vecindad.

9 1996, II (núm. 2º)

S. APH 6 de mayo de 1994

Construcción de un muro que cierra parte de una gran ventana y que se superpone por el tejado de la casa de los demandantes ocasionando diversos daños: reparación de los perjuicios con demolición del muro construido en la parte que causa daños, pero no así en cuanto tapa la ventana de los actores.

11 1996, II (núm. 1º)

S. JPII Ejea nº 2, 9 de mayo de 1994

El vecino puede edificar cerrando los huecos abiertos en pared medianera, que tenían reja y red, o sólo red, y carecían de voladizos. No procede indemnización de daños por este concepto, pero sí por los causados en tabla del rafe y tejas al elevar el tabique discutido.

12 1996, II (núm. 2º)

S. JPII Teruel nº 1, 15 de diciembre de 1994

Límites: Derecho sujeto en su ejercicio a las exigencias de la buena fe y a la prohibición del abuso de derecho; por ello, sólo puede ser amparado cuando la construcción, pese a suponer un perjuicio para el colindante, represente un claro beneficio para quien la efectúa, sin que puedan ampararse en el art. 144.3 aquellas construcciones que tan solo tienen por finalidad el obstruir el derecho del colindante a abrir huecos en pared propia o medianera que reconoce el 144.1 Comp.

26 1996, II (núm. 2º)

S. APZ (Secc. 5ª) 27 de diciembre de 1994

Construcción metálica con uralita que cierra los huecos abiertos en pared de la finca colindante: no se exige a la construcción una determinada importancia o alcance. Perjuicio: no se demuestra: las relaciones de vecindad permiten el cerramiento de los huecos abiertos en el fundo colindante.

46 1996, II (núm. 1º)

S. JPII La Almunia 4 de febrero de 1995

La jurisprudencia proclama que el derecho del propietario del fundo vecino no tiene otro requisito que el de que la obra realizada sea precisamente una construcción necesaria y conforme a los intereses que ostenta como propietario y no un acto de mala fe o el deseo de obstruir sin otro fin. Ello es reflejo de la moderna teoría del abuso del derecho (arts. 7 Cc. y 11 LOPJ) que tiene su antecedente en la prohibición de los actos de emulación. Pero, quien

alega que el propietario ha ejecutado un acto sin interés propio y con único deseo de perjudicar a un tercero ha de probar cumplidamente la carencia de tal beneficio o interés en el agente, porque la buena fe se presume.

42 1997, III (núm. 1º)

S. JPII La Almunia 15 de abril de 1995

La inexistencia de elementos constructivos volados y la presencia de restos de red metálica y clavos avala la tesis de que lejos de una auténtica servidumbre estamos ante un ejemplo de relaciones de vecindad —apertura de huecos provistos de red de alambre— al amparo del art. 144 Comp. Por ello, los demandados al construir sobre su fundo han actuado al amparo de lo dispuesto en art. 144.3 Comp.

50 1997, III (núm. 1º)

S. JPII Huesca nº 2, 13 de septiembre de 1995

La facultad concedida legalmente en el art. 144 Comp. no supone la adquisición de derecho alguno que permita actuar contra el propietario del fundo vecino que edifica o construye sin sujeción a distancia alguna. Por lo tanto, esta facultad que se le concede al propietario de pared o titular medianero de apertura de luces no es susceptible de protección frente al propietario que edifica, ni siquiera posesoria, al ser simplemente un acto tolerado.

58 1997, III (núm. 1º)

S. JPII Daroca 3 de octubre de 1995

Las ventanas que con la pared discutida son privadas de luz son meros huecos de tolerancia, que se enmarcan dentro de las relaciones de vecindad conforme al art. 144 Comp., y que permite al propietario del fundo vecino edificar o construir sin sujetarse a distancia alguna.

59 1997, III (núm. 1º)

S. APT 8 de mayo de 1996

Una prueba más de que en el caso de autos no existe una servidumbre de luces y vistas, la constituye el hecho de que el actor construyó

sobre el terreno de su propiedad, que hasta ese momento era un corral, una edificación que tapó las ventanas del vecino, lo que demuestra que no hubiera podido construir de haber existido una servidumbre de luces y vistas, al no dejar la distancia señalada por el Cc.

18 1997, III (núm. 2º)

S. APZ 8 de julio de 1996

El derecho concedido por el art. 144 Comp. sólo ampara el levantar verdaderas edificaciones o construcciones que tengan una real utilidad para él, y no ampara el levantamiento de tabiques, o simples paredes, que sin ninguna utilidad para el que los levante, sólo persigan la finalidad, abusiva y contraria al art. 7º Cc., de privar de luces y vistas a quien abrió huecos en pared propia o medianera.

25 1997, III (núm. 2º)

S. APZ 27 de enero de 1997

Al no gozar las ventanas del actor de una servidumbre de luces y vistas sobre la finca de los demandados, la chimenea que se alza junto a una de esas ventanas está dentro de la permisibilidad del art. 144.

33 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APZ 17 de marzo de 1997

La colocación de reja y red en las ventanas es una situación contraria a la existencia de la servidumbre basada únicamente en relaciones de buena vecindad, que permiten el mantenimiento de huecos abiertos sobre fundo ajeno, hasta tanto el propietario del fundo ajeno no quiera levantar edificación sobre el mismo tapando dichos huecos.

37 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APZ 21 de abril de 1997

El art. 144.3 Comp. autoriza a construir sobre el propio fundo sin sujeción a distancia alguna, pero no a inmiscuirse en pared medianera tapando los huecos que en ella pudieran existir abiertos, más aún cuando esto no reporta al actor utilidad alguna, además de que en la medianería ninguna de las partes puede hacer

las obras que estime oportunas sin contar con el consentimiento de la otra parte como expresa el art. 575 Cc.

41 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APZ 1 de diciembre de 1997

La facultad del propietario del predio colindante de edificar o construir en él sin sujeción a distancia alguna (art. 144.3 Comp.) no faculta a levantar cualquier clase de obra y sí sólo aquella que pueda encuadrarse dentro de estos conceptos de «edificar» o «construir», es decir, aquella que tienda a proporcionar una cierta utilidad a quien la erige, pues, de otro modo, no existiendo ese resultado beneficioso y sólo un fin de perjudicar al vecino, la obra debe reputarse realizada de mala fe, y como tal contraria al principio general del art. 7.2 Cc.

53 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. JPI Zaragoza nº 14, 9 de junio de 1998

La sentencia reconoce el derecho del actor a abrir un hueco en pared propia sobre predio o fundo ajeno (el patio de luces de las comunidades demandadas) y con independencia de la distancia a que se encuentre (en este caso cae «a plomo» sobre dicho predio ajeno), y, por ello, condena a las Comunidades de Propietarios demandadas a que retiren a su costa la chapa de metal colocada sobre el hueco.

11 2000, VI (núm. 1º)

S. JPII Huesca nº 2, 29 de septiembre de 1998

Se rechaza interdicto de obra nueva. El actor alegaba infracción de normas urbanísticas y lesión de derecho de luces y vistas que dice ostentar desde hace más de un siglo: pero los huecos no tienen signo aparente de servidumbre.

18 2000, VI (núm. 1º)

S. APT 31 de diciembre de 1998

En el caso de autos no se aprecia la concurrencia de las circunstancias subjetivas y objetivas que definen el ejercicio abusivo del derecho

que concede el art. 144.3 Comp. pues el levantamiento del muro que ha tapado la ventana del actor se ha hecho para conseguir un efecto estético, para aislamiento del ambiente exterior y forma parte del plan general de rehabilitación de la vivienda para transformar lo que era una antigua casa de labor en una vivienda de esparcimiento y recreo.

30 1999, V (núm. 2º)

S. APH 26 de febrero de 1999

Se niega la existencia de servidumbre por constitución de padre de familia del art. 541 Cc., pero se afirma que es un hueco de tolerancia que los demandados deben soportar como consecuencia de las relaciones de vecindad, no estándoles permitido practicar un cerramiento cuya única función es privar al predio dominante de recibir luces y vistas por ese hueco.

9 2000, VI (núm. 2º)

S. APT 21 de octubre de 2002

En aplicación de los art. 143 y 144 Cc., cualquier colindante tiene derecho a edificar o construir sin respetar distancia alguna siempre que el colindante no sea titular de una servidumbre de luces y vistas. Ahora bien, todo ello sin perjuicio de un ejercicio abusivo por parte del derecho a edificar. Y en el caso de autos, hay un manifiesto abuso de derecho por cuanto desde la obtención de licencia para construir en 1997, nada se ha edificado a excepción de la construcción de un muro que tapa, sin ninguna otra utilidad, las luces del actor.

58 2003-2004 (IX-X)

S. APT 18 de octubre de 2003

El derecho concedido por el art. 144 Comp. sólo ampara el levantar verdaderas edificaciones o construcciones que tengan una real utilidad para él, y no ampara el levantamiento de tabiques, o simples paredes, que sin ninguna utilidad para el que los levante, sólo persigan la finalidad, abusiva y contraria al art. 7º Cc., de privar de luces y vistas a quien abrió huecos en pared propia o medianera.

27 2005-2006 (XI-XII)

S. JP II Ejea n° 1, 16 de febrero de 2004

Las únicas finalidades que cumplía la ventana tapiada eran las de permitir la entrada de luces y servir de medio de ventilación, finalidades lógicas y amparables en las buenas relaciones de vecindad. Por ello, el hecho de que la demandada haya tapiado esa ventana con la finalidad de evitar que el vecino pueda tomar luz y aire, es una conducta que no puede encontrar amparo jurídico. El art. 44.3 Comp. permite construir o edificar sin sujeción a determinadas medidas, siempre que ello responda a una finalidad concreta jurídicamente admisible de la que pueda beneficiarse la parte que lo construye (Ss. APZ 29-03-99 y 10-12-03).

99 2005-2006 (XI-XII)*S. TSJA 31 de marzo de 2004*

La regulación actual del régimen normal de relaciones de vecindad, contenida en el art. 144 Comp., permite el cierre de huecos, en ejercicio del derecho del propietario del fundo vecino a edificar o construir en él sin sujeción a distancia alguna. En el caso de autos el cierre de dicho patio de luces, mediante paredes que se alzan a la misma altura del resto del edificio, se efectúa para delimitar la propiedad, siendo una técnica constructiva correcta desde un punto de vista arquitectónico, según resulta de la prueba pericial obrante en autos. Ante ello no puede valorarse como una construcción tendente exclusivamente a perjudicar, sin beneficio o utilidad propia. Los supuestos en que se ha apreciado la existencia de abuso de derecho han sido aquellos en que la construcción carecía de interés para el dueño del predio, salvo el de tapar las ventanas del colindante.

4 2003-2004 (IX-X)*S. JPI Zaragoza n° 10, 11 de junio de 2004*

Acreditada la inexistencia de servidumbre de luces y vistas, el supuesto se incardina dentro del art. 144 Comp. La facultad para la apertura de huecos sobre el fundo ajeno se constituye como posibilidad basada en la tolerancia del propietario de la finca sobre la que se abren. El límite de la tolerancia lo señala el art. 149.3 Comp. El cierre de los huecos constituirá abuso de derecho cuando se den dos circunstancias,

una subjetiva constituida por la intención de perjudicar faltando una finalidad seria y legítima en la actuación constructiva, y otra objetiva de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho.

103 2005-2006 (XI-XII)*S. APT 14 de julio de 2004*

No habiendo servidumbre de luces y vistas, el derecho del vecino a edificar o construir sin sujeción a distancia alguna (art. 144.3 Comp.) no puede ser obstaculizado mediante un proceso de tutela sumaria de la posesión del 250.5 de la vigente Lec. (anterior interdicto de obra nueva). En tales condiciones, ni puede hablarse de titularidad o posesión de derecho de luces y vistas susceptible de tutela sumaria, ni la eventual existencia de una servidumbre de vertiente de tejado, conforme a lo previsto en el art. 587 Cc., sería causa suficiente para decretar la paralización de la obra del vecino.

66 2005-2006 (XI-XII)*S. JP II Teruel n° 1, 2 de septiembre de 2004*

El derecho pleno que el art. 144.3 Comp. reconoce al propietario no puede ejercitarse sin sujeción a las reglas de la buena fe, ya que en tal caso, resultaría una situación de abuso no amparable por los Tribunales, sino que debe responder a una necesidad concreta (cita la S. AP Teruel 6-9-2001). Pero la mala fe no cabe presumirse sin más, sino que debe ser probada, hecho que no ha acontecido en la presente causa en la que el demandado está realizando la construcción de una chimenea en su fundo y dicha actuación está dentro del concepto de «construcción» del art. 144.3 Comp.

92 2005-2006 (XI-XII)*S. APZ 19 de noviembre de 2004*

No se aprecia abuso de derecho en la construcción de un muro de ladrillo en el lateral de la terraza que linda con la pared del vecino en la que había huecos que han quedado cegados. La construcción del muro está amparada por el art. 144.3 Comp., tanto por lícitas razones orna-

mentales, como para la adecuada protección de la intimidad. Desnaturalizaría la razón de ser del régimen de luces y vistas (que no servidumbre) el que las luces y vistas del vecino recayeran directamente sobre el espacio habitable por el vecino en las estaciones climatológicas favorables.

80 2005-2006 (XI-XII)

S. APT 1 de enero de 2005

Alega el apelante que el demandado ha cegado su ventana para luces sin llevar para ello a cabo una obra necesaria. Este supuesto que ahora se resuelve es similar al resuelto por el TSJ de Aragón en su sentencia 31 de marzo de 2004, e igualmente se evidencia que el demandado no ha obrado con abuso de su derecho esto es, cegando los huecos para luces del apelante sin que para ello el aquí apelado recibiera ningún beneficio, único caso en el que se considera la existencia de abuso de derecho de manera que habría que condenar a la nueva apertura del hueco cerrado.

13 2007, XIII

S. JPII Barbastro 18 de septiembre de 2006

El propietario que tapa las vistas del vecino no hace sino plasmar en la práctica meras facultades dominicales que como dueño le incumben, manifestaciones del régimen ordinario del dominio, y por consiguiente imprescriptibles. Como en el ejercicio de cualquier derecho subjetivo, el vecino debe ejercitarlo de modo normal o social y en provecho propio, porque quien usa de su derecho a nadie puede perjudicar. El demandante sólo tendrá acción cuando el uso del derecho sea abusivo en el sentido del art. 7 Cc., lo que aplicado al caso significa que la construcción carezca de interés para el dueño del predio. Pero en ningún modo está obligado a buscar la solución constructiva menos perjudicial para el propietario colindante.

61 RDCA-2008-XIV

S. APH 13 de febrero de 2007

No existe en el caso de autos la pretendida servidumbre de luces y vistas sobre la finca del

demandado reconviniente por cuanto no alega acto obstativo alguno y el vuelo del alféizar existente en la ventanas no es suficiente para poder hablar de voladizo a los efectos de los arts. 147 y 145 Comp. aragonesa, puesto que no permiten asomarse como sería propio del voladizo. Además, es intrascendente que el demandante reconvenido no haya edificado tapando dichos huecos o construyendo a menos de tres metros, pues esa es una facultad imprescriptible que le asiste dentro de las relaciones de vecindad entre los dos predios.

21 RDCA 2009, XV

S. APH 8 de junio de 2007

Relaciones de vecindad derivadas de los huecos abiertos en finca ajena. El propietario del edificio vecino tiene derecho a construir o edificar en él sin sujeción a distancia alguna. No se ha acreditado que la actuación suponga abuso de derecho. Los demandados tienen derecho a salvaguardar su privacidad e intimidad de las miradas e injerencias de sus vecinos, lo que difícilmente es posible si no se cierra el patio de luces por la parte contigua a la casa número 20.

31 RDCA 2009, XV

S. JPII Alcañiz n° 2, 31 de julio de 2007

El art. 144 Comp. regula las relaciones de vecindad y permite al titular del fundo vecino construir o edificar sin sujeción a distancia alguna y, por lo tanto, tapar los huecos abiertos sobre dicha pared, siempre que dichos huecos lo sean de tolerancia, esto es, no exista una servidumbre de luces y vistas, que en el caso de autos no existe. Ahora bien, en base al art. 7-1 Cc., todos los derechos deberán ejercitarse conforme a la reglas de la buena fe, no amparando la ley el abuso de derecho. Por ello, la jurisprudencia señala que el derecho del vecino a edificar o construir tapando los huecos de tolerancia de su vecino debe responder a alguna necesidad o utilidad, no admitiéndose que simplemente construya para cerrar el hueco perjudicando al vecino. No hay abuso en el caso, ya que las obras realizadas tenían como finalidad evitar filtraciones de la lluvia.

65 RDCA 2009, XV

S. APH 14 de enero de 2008

El vecino tiene derecho a construir en su finca, sin más límite que la interdicción del ejercicio abusivo de los derechos y sin que al construir dentro de su dominio pase a realizar acto alguno de posesión sobre la finca cuyas ventanas pasan a quedar inutilizadas. Es decir, si no hay voladizos invadiendo la finca vecina, la mera presencia de las ventanas no supone rebasar en el ejercicio de la posesión los límites del propio predio, salvo que se hubiera realizado un acto obstativo impidiendo al vecino construir.

11 RDCA-2010-XVI*S. TSJA 23 de enero de 2008*

El Derecho aragonés regula un régimen normal de relaciones de vecindad que establece un sistema de tolerancia a los huecos abierto, pero debidamente protegidos, aun advirtiendo que dichos huecos no constituyen signo aparente de servidumbre, ni impide al propietario del fundo sobre el que dan los huecos edificar en su propiedad a cualquier distancia. Ahora bien, por la misma razón, el dueño sobre el que aparecen abiertos dichos huecos, no puede cerrarlos o taparlos sin tener para ello un fin serio, pues en tal caso habría una típica situación de abuso de derecho. En el caso, la actuación de los demandados levantando el muro que cubre la ventana de la casa de la actora está amparado en la norma jurídica civil y se llevó a cabo para la protección del derecho a la intimidad de modo que no ha existido abuso de derecho ni ejercicio antisocial del mismo.

15 RDCA 2008, XIV*S. APZ 6 de abril de 2010*

El derecho a construir una pared en su finca aun cuando con ello se tapen las luces de vecinos está permitido por el art. 144 Comp. (art. 550 CDFA). Ahora bien, esa pared ha de tener una finalidad útil o beneficiosa para el que la construye y no meramente de perjuicio para cercenar las luces del vecino. Se aprecia abuso cuando lo edificado no tiene finalidad útil en sí mismo y obedece al deseo de tapar los huecos del vecino. Y esta aptitud ha quedado probada a través de las sentencias penales que

también se han seguido con ocasión de esta controversia.

74 RDCA-2012-XVIII*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• **DERECHO TRANSITORIO***S. JPI Zaragoza nº 17, 7 de diciembre de 2004*

Conforme a la disposición transitoria novena de la Compilación, cualquiera que hubiera sido la fecha de construcción del hueco, debe ser de aplicación el régimen del art. 144 de la Compilación.

111 2005-2006 (XI-XII)*S. JPII Barbastro 15 de julio de 2006*

Los huecos son muy antiguos, ya que su construcción y presencia data de fechas muy lejanas, en buena medida inmemoriales, y desde luego anteriores al Apéndice foral de 1925. Esta

circunstancia pone de relieve la posible existencia de un derecho consolidado de los titulares del predio colindante de mantener libres y sin protección las ventanas litigiosas. Interpretando la D.T. 9ª de la Comp., en relación con las DD.TT. del Cc., entiende el Juez que hay que aplicar la legislación vigente en el momento de la apertura de los huecos en todos aquellos supuestos en que la legislación actual sea más restrictiva, porque los derechos consolidados por la legislación anterior no pueden resultar lesionados por la nueva. Ninguna obligación se establecía en el derecho histórico relativa a la colocación de protecciones en los huecos abiertos, la normativa reglamentista fue introducida por el Apéndice.

60 RDCA-2008-XIV

S. APZ (Secc. 4ª) 30 de enero de 2008

Aunque las ventanas existiesen con anterioridad a la entrada en vigor del Apéndice, estando sometidas inicialmente a la regulación de la Obs. 6ª «De aqua pluviali arcenda», que no obligaba a la colocación de reja o red, por la aplicación de la DT 9ª de la Compilación la regulación que sobre apertura de huecos en pared propia o medianera se establece en su art. 144 es aplicable a las ya construidas al tiempo de entrar en vigor la citada Compilación, por lo que la obligación de colocar reja y red existe desde la vigencia de dicha Compilación.

39 RDCA-2010-XVI

• FACULTAD DE ABRIR HUECOS

S. JPI Zaragoza nº 14, 8 de abril de 1994

La apertura de huecos para luces y vistas, tanto en pared propia como medianera, sobre fundo ajeno reconocida en el art. 144 Comp. como facultad propia de una simple relación de vecindad, constituye un acto meramente tolerado y potestativo que no engendra derecho alguno en quien lo realiza, ni obligación alguna en quien lo soporta que conserva el pleno derecho a edificar sin sujeción a distancia alguna.

9 1996, II (núm. 2º)

S. APH 30 de mayo de 1994

Relaciones de vecindad: diferencia entre huecos para luces y vistas y puertas destinadas al paso. El recurrente pretende que se declare su derecho a tener abierta una puerta que da al fundo colindante. La Sala declara no haber lugar a su pretensión, pues dicho hueco es una puerta cuyo destino es el paso, y no un hueco para luces. Prospera la acción negatoria de servidumbre de paso interpuesta por el demandante apelado, ordenando la Sala el cierre de dicha puerta.

12 1996, II (núm. 1º)

S. APZ (Secc. 5ª) 6 de noviembre de 1996

Si el actor, conforme al art. 144 Comp., puede, tanto en pared propia como medianera, abrir huecos para luces y vistas sin sujeción a dimensiones determinadas, no desaparece su derecho si coloca en el hueco previamente abierto, incluso si lo hace después de agrandarlo en la medida necesaria, una ventana ya sea de madera, ya de aluminio; lo único que exige el precepto citado es que el hueco carezca de balcones y otros voladizos que caigan sobre el fundo ajeno.

29 1997, III (núm. 2º)

S. APT 13 de junio de 1997

La apertura de huecos para luces, tanto en pared propia como medianera, no es un signo aparente de servidumbre, sino que ello se ha de considerar como un acto meramente tolerado dentro de las relaciones de vecindad: arts. 144 y 145 Comp.

23 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APT 21 de julio de 1997

El art. 144 comp. viene a facultar a todo propietario o cotitular de una pared medianera para abrir huecos a cualquier distancia de un predio ajeno a fin de recibir luz o tener vistas, sin que ello suponga una servidumbre, sino meras relaciones de vecindad.

26 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APZ (Secc. 4ª) 6 de marzo de 2000

La existencia de dos huecos de ventana en la pared de la casa de los demandados construida por éstos como ampliación de su vivienda, pared que linda con la del jardín del actor, no constituye signo externo de servidumbre de luces y vistas, sino ejercicio legítimo por los demandados de las facultades que confiere el régimen de relaciones de vecindad ex art. 144.Comp.

35 2001-2002 (VII-VIII)*S. JPII Boltaña 3 de marzo de 2003*

La apertura de huecos en la fachada de la casa del demandado colindante al huerto del actor no entraña una servidumbre de luces y vistas, ni signo aparente de la misma al carecer de balcones u otros voladizos, y por ello procede acceder a la declaración solicitada (art. 145 Comp.).

41 2005-2006 (XI-XII)*S. APH 14 de enero de 2008*

El actor es muy libre de tener en su propia finca la pared con o sin ventanas, dado que la apertura de éstas, tanto en pared propia como en medianera, desde siempre ha sido tolerada por la Ley en Aragón como una facultad derivada del estatuto normal del propio dominio, de modo que las ventanas, por sí mismas, son únicamente una manifestación de ese dominio y no suponen la realización de acto alguno de posesión sobre la finca hacia la que se mira, ni siquiera una posesión meramente tolerada, pues con las ventanas únicamente se disfruta del propio predio, aunque se pueda mirar hacia la finca del vecino, pero sin que por ello se pueda decir que se posee en modo alguno la finca que se ve o de la que se reciben luces.

11 RDCA-2010-XVI• **FINALIDAD***S. JPI Zaragoza nº 14, 9 de junio de 1998*

La finalidad perseguida por el legislador al establecer este régimen normal de luces y vistas

dentro de las relaciones de vecindad es permitir al propietario de un fundo que disfrute de luces y vistas procedentes del fundo vecino, pero impidiéndole a su vez el acceso a dicho fundo, y de ahí que se exija que los huecos carezcan de balcones y otros voladizos y estén provistos de reja de hierro y de alambre, o protección semejante o equivalente, de tal manera que no pueda asomarse a la propiedad contigua.

11 2000, VI (núm.1º)• **HUECOS PARA AIREACIÓN NATURAL***S. APH 26 de diciembre de 2007*

El régimen normal de luces y vistas en Aragón permite salidas de aireación natural, incluso usando un tubo; pero excede de ese régimen ordinario propio de las relaciones de vecindad la ventilación forzada para la expulsión de gases —como el vapor de agua procedente de una secadora semiindustrial— o para la expulsión del aire del aparato de climatización. Esta ventilación forzada no es inocua desde el punto de vista jurídico, pues supone la apariencia de un gravamen impuesto sobre un predio en beneficio de otro y, por tanto, la posibilidad de adquirir una servidumbre de salida de vapor, gases o aire por usucapión de diez años entre presentes conforme al art. 147 Comp. Se condena a la demandada a no dar salida de aire por el orificio conectado a la secadora ni por la rejilla de aireación del aparato de climatización.

39 RDCA 2009, XV• **INCUMPLIMIENTO***S. JPII Ejea nº 1, 23 de febrero de 2006*

Los huecos que se encuentren a menos de 60 centímetros de la línea divisoria con la finca vecina en vistas oblicuas o de costado, carecerán de balcones y otros voladizos y, además, deberán estar provistos de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre o protección semejante o equivalente. Dentro de esa distancia los voladizos o balcones sólo son posibles mediante la constitución de una servidumbre. En el caso no existe servidumbre pero la distancia del balcón es inferior a la fijada por la ley, y con

ello se impide un normal ejercicio del derecho a la intimidad, procede, por tanto, la estimación de la demanda y la adecuación de ese balcón a las distancias legalmente establecidas.

51 RDCA-2008-XIV

• *INTERDICTO DE OBRA NUEVA*

S. JPI Zaragoza nº 13, 21 de julio de 1993

No procede frente a levantamiento de pared con huecos a más de dos metros del lindero. Tampoco cabe imponer al demandado la obligación de colocar reja de hierro, red de alambre o protección semejante en sus nuevas ventanas.

1 1996, II (núm. 2º)

S. JPI Zaragoza nº 13, 28 de enero de 1994

No procede frente a edificación en fundo vecino alegando disminución en cuanto a vistas.

3 1996, II (núm. 2º)

S. APH 14 de enero de 2008

Como decíamos en nuestras Ss. de 25 de enero de 1996 y de 11 de julio de 2001, no hay en principio inconveniente alguno en que con el proceso de tutela sumaria de la posesión (antiguo interdicto de obra nueva) se proteja una servidumbre de luces y vistas, sin que sea necesario, dada la propia naturaleza del proceso interdictal, que se acredite totalmente la titularidad de un derecho de servidumbre de luces y vistas, pues bastará con constatar la existencia de una razonable controversia sobre la existencia del pretendido derecho de servidumbre para que así proceda en su caso paralizar la obra que viene a tapar las ventanas. Pero la mera existencia de unas ventanas sin voladizos sobre predio ajeno no supone acto alguno de posesión sobre la finca vecina que haya que proteger.

11 RDCA-2010-XVI

S. APH 31 de julio de 2008

Reitera lo dicho en S. 14 enero 2008 sobre el proceso de tutela sumaria de la posesión (an-

terior interdicto de obra nueva) para proteger una aparente servidumbre de luces y vistas, si bien la mera existencia de ventanas sin voladizos sobre fundo ajeno, no supone acto alguno de posesión sobre la finca vecina, salvo que se hubiese realizado un acto obstativo impidiendo al vecino construir. No son signo aparente de servidumbre los voladizos sobre fundo propio, tampoco lo es un voladizo de unos 15 centímetros de fondo, por no tener la anchura suficiente para apoyarse en él y facilitar la proyección de las vistas sacando el torso; no lo es tampoco un vierteaguas ni un tendedero.

21 RDCA-2010-XVI

S. JPII Ejea nº 1, 20 de febrero de 2009

Acción de suspensión de obra nueva del art. 250.1.5º Lec. Requiere que la obra nueva no se encuentre terminada y que suponga o pueda suponer razonablemente un daño o perjuicio inminente para la propiedad, posesión o cualquier otro derecho de quien ejercita la acción. La existencia de ventanas no distancias, sin reja y red, no es signo aparente de servidumbre de luces y vistas, por lo que no hay indicios de que dicha servidumbre pueda existir, no hay ningún derecho que pueda protegerse mediante la suspensión de la obra. La ejecución de la obra no causa a la demandante ningún perjuicio que no tenga el deber de soportar, y el cierre de las ventanas no justifica la suspensión de la obra.

57 RDCA 2011, XVII

• *INTERDICTOS*

S. APH 30 de septiembre de 2009

Si no hay voladizo invadiendo el inmueble colindante, la mera presencia de las ventanas no supone rebasar en el ejercicio de la posesión los límites de la propia finca y esta relación de vecindad no impide al propietario del fundo vecino edificar o construir en él sin sujeción a distancia alguna, sin más límite que la interdicción del ejercicio abusivo de los derechos (art. 144.3 Comp.). Y esta situación de abuso de derecho se ha dado en el supuesto enjuiciado al haberse levantado el muro con la única finali-

dad de perjudicar a los vecinos. Así nos encontramos con una situación de hecho derivada de una relación de vecindad tutelable en este procedimiento sumario, en tanto que no puede ser ejercitado abusivamente el derecho de todo propietario a edificar tapando los huecos de la finca vecina, con la consiguiente facultad de mantener las aberturas reconocidas en el art. 144.1 Comp. No era exigible al actor instar la suspensión de la obra nueva.

29 RDCA 2011, XVII

• *LA VÍA PÚBLICA EN LAS VISTAS OBLICUAS*

S. APZ 2 de febrero de 2004

Los balcones o miradores no respetan la distancia de 60 centímetros sobre el edificio vecino que el art. 144 Comp. por remisión al 582 Cc. establece para las vistas oblicuas o de costado. Pero como los edificios colindantes dan a una vía pública, las vistas no recaen de forma inmediata sobre el fundo ajeno, sino sobre la vía pública, lo que hace inaplicable los límites de distancias del art. 582 Cc., como con claridad dice el art. 584 Cc., y, en consecuencia, no es obligatoria la colocación de elementos físicos que impidan esa vista. Tanto el art. 144 como el 145 Comp. (como el 582 Cc.) se refieren a los huecos para tomar luz del «fundo vecino», no de la vía pública

69 2005-2006 (XI-XII)

• *OTROS VOLADIZOS SEMEJANTES*

S. APZ 6 de julio de 2004

En el término «otros voladizos» del art. 582, al que se remite el art. 144 Comp., hay que inculcar el muro de contención corrido de la finca construida en solar de altura superior a la del vecino y que permite su plena visibilidad. Así lo exige el respeto a la privacidad e intimidad de los vecinos, y así cabe deducirlo de una interpretación del art. 144 Comp. finalista (preservar la intimidad del vecino) y adecuada a la realidad social. Por tanto habrá que colocar en el muro los paramentos suficientes para proteger los derechos de los vecinos.

74 2005-2006 (XI-XII)

• *PARED MEDIANERA*

S. APH 18 de abril de 2008

En Aragón la apertura de ventanas no es signo contrario a la medianería, pues también en pared medianera se pueden abrir ventanas en Aragón conforme al art. 144 Comp.

18 RDCA-2010-XVI

• *PRESCRIPCIÓN*

S. APH 13 de febrero de 2007

Aunque la ausencia de protección de los huecos abiertos (sin voladizo que recaiga sobre fundo ajeno) no genere servidumbre alguna, y el actor pueda edificar en cualquier momento a cualquier distancia, la acción para exigir la colocación de dichas protecciones sí prescribe a los treinta años conforme al art. 1.963 Cc. Lo que sucede es que en este caso no ha prescrito la acción en relación a determinados huecos.

21 RDCA 2009, XV

S. APH 28 de febrero de 2007

La acción para exigir esta protección prescribe a los treinta años: art. 1.963 Cc.

23 RDCA 2009, XV

S. JPII Teruel n° 2, 25 de mayo de 2007

La jurisprudencia ha entendido que la facultad de exigir la colocación de protección en los huecos es imprescriptible al tratarse de un acto meramente tolerado, derivado del incumplimiento del régimen ordinario de la propiedad y de las buenas relaciones de vecindad.

62 RDCA 2009, XV

S. APT 23 de octubre de 2007

El propietario del fundo vecino puede exigir en cualquier tiempo la colocación en los huecos de tolerancia de reja de hierro y red de alambre, en los términos del art. 144-2 Comp., siendo dicha facultad imprescriptible por tratarse de un acto meramente tolerado, derivado del incumplimiento del régimen ordinario de

la propiedad y de las buenas relaciones de vecindad (en este sentido SS. APZ 15/07/1996 y 28/10/2002).

41 RDCA 2009, XV

S. APH 26 de diciembre de 2007

La acción para exigir la colocación de reja y red prescribe a los treinta años, conforme al art. 1963 Cc. (Ss. APH 31/3/2001 y 13/2/2007).

39 RDCA 2009, XV

S. APZ (SEC. 4ª) 30 de enero de 2008

La prescripción extintiva de las acciones reales regulada en el art. 1963 Cc. no es de aplicación a la facultad de exigir la colocación de reja y red que establece el art. 144-2 Comp., acción que es imprescriptible porque, al desarrollarse las relaciones de vecindad en el ámbito de los actos tolerados, su ejercicio anormal eludiendo la colocación de protecciones en los huecos abiertos no puede dar lugar a prescripción adquisitiva o extintiva de ninguna clase, conclusión ésta que parece más conforme con el art. 1942 Cc. (S. APZ Secc. 5ª 2-12-1992).

39 RDCA-2010-XVI

S. APH 18 de abril de 2008

En nuestras sentencias de 31-III-2001, 13-II-2007 y 26-XII-2007 dijimos que la acción para exigir la colocación de dichas protecciones prescribe efectivamente a los treinta años, conforme al art. 1963 Cc., pero tal excepción debe ser opuesta en tiempo oportuno, ya que no puede apreciarse de oficio, aparte de que en el caso en absoluto se ha probado que las ventanas antiguas lleven más de treinta años sin proteger.

18 RDCA-2010-XVI

S. TSJA 30 de noviembre de 2009

El presente recurso tiene como objeto determinar si la acción para colocar reja y red derivada de la disposición contenida en el art. 144-2 Comp. prescribe o no por el transcurso de 30 años. La Sala afirma que la prescripción supone la extinción de un derecho y correlativamente, la liberación de una obligación. Para

que la misma tenga lugar se requiere i) que el titular del derecho no lo ejercite durante cierto tiempo y ii) que dicha inactividad del titular se mantenga frente a una perturbación o lesión de su interés. En lo que atañe a la colocación de reja y red no se dan tales supuestos, ya que la no colocación de tales protecciones no es en ningún caso un signo aparente de servidumbre, pase el tiempo que pase; por ello, al no haber lesión al interés del propietario colindante, éste nada debe defender, por lo que no se dan los requisitos de la prescripción: en consecuencia la acción es imprescriptible.

3 RDCA 2010, XVI

• *PROTECCIÓN SEMEJANTE O EQUIVALENTE*

S. APZ 6 de julio de 2004

El material traslúcido ha de ser sólido y resistente y, aunque permita el paso de luz, no ha de facilitar la visión de formas nítidas sino, en todo caso, de luces y sombras. La pantalla de «cañizo» colocada sobre el muro de contención, es material traslúcido e impide la visión de la finca de los vecinos, pero no es un material sólido ni resistente (como tampoco lo es un seto vegetal). La demandada deberá colocar una pantalla de protección bien de obra, bien de cualquier otro material que la técnica posibilite y que impida las vistas desde el muro de contención, con la adecuada elevación en todos los puntos y que posea la suficiente resistencia y solidez para que ni los accidentes atmosféricos ni el comportamiento ordinario de los titulares de los chalets permitan la vista del de los actores. Con el calificativo «ordinario» se excluyen los comportamientos anómalos, como la escalada de esa pantalla o su fractura con un elemento contundente, por ejemplo.

74 2005-2006 (XI-XII)

• *REJA Y RED*

S. JPI Zaragoza nº 13, 9 de marzo de 1994

De la regulación de los arts. 145 y 144 deduce la sentencia que la falta de reja y red tampoco es signo aparente de servidumbre de-

lucos y vistas a los efectos de su adquisición por destino del dueño (art. 541 Cc.). Cuando existiendo tales protecciones sea aplicable el art. 541 Cc., quedará excluida la facultad del art. 144.3 Comp., pasándose de un situación propia de las relaciones de vecindad a la presencia de una servidumbre.

7 1996, II (núm. 2º)

S. APZ 20 de abril de 1994

Apertura de huecos para recibir luces y vistas desde el otro fundo: meras relaciones de vecindad. La falta de reja y red en los mismos no es un signo aparente de servidumbre que permita su adquisición por prescripción de la misma. Prescripción: no prescribe la facultad del dueño del predio colindante para exigir la protección de aquellos huecos. Servidumbre de vertiente de tejado.

31 1996, II (núm. 1º)

S. APH 12 de enero de 1995

La falta de reja y red, a la que se refiere el art. 144.2 Comp., no es un signo aparente de servidumbre, según reza el art. 145 de la compilación.

7 1997, III (núm. 1º)

S. APH 8 de marzo de 1995

Cuando los huecos abiertos tanto en pared propia como medianera se encuentren a menos distancia de la establecida en el art. 582 Cc. —como sucede en el caso de autos— deberán protegerse con reja de hierro y red de alambre o protección semejante. Si quien abre dichos huecos no los protege, podrá el dueño del predio vecino obligarle a que se lleve a cabo tal protección.

12 1997, III (núm. 1º)

S. APH 17 de mayo de 1995

La posibilidad de abrir huecos sobre fundo ajeno es un derecho que pueden utilizar los vecinos, añadiéndose que, dentro de las distancias marcadas en el art. 582 Cc., dichos huecos carezcan de balcones u otros voladizos; si bien a petición del dueño del predio ajeno puede exi-

girse que los huecos simples vayan provistos de reja de hierro remetida en pared y de red de alambre, exigencia que puede formularse en cualquier momento, puesto que la existencia de tales huecos no supone ningún signo de servidumbre.

15 1997, III (núm. 1º)

S. APT 8 de mayo de 1996

Las ventanas de la parte demandada, abiertas en la pared de colindancia, carecen de balcones o voladizos y, sin embargo, están provistas de reja remetida en pared y red de alambre, signo evidente, de acuerdo con art. 144, de que la existencia de las ventanas obedecen al régimen normal de luces y vistas contemplado en la Compilación, y no a la existencia de una servidumbre de esta clase.

18 1997, III (núm. 2º)

S. APT 8 de octubre de 1996

Es claro que a pesar de que hayan transcurrido casi veinte años desde la apertura de la ventana en cuestión y que no se haya probado el inicio de edificación alguna por parte de los actores, ni siquiera la intención de hacerla, debe estar provista de reja de hierro metida en pared y red de alambre, debiendo confirmarse la sentencia recurrida en todas sus partes.

19 1997, III (núm. 2º)

S. JP II Jaca nº 2, 12 de noviembre de 1996

La falta de reja y red en las ventanas no significa que el vecino que las ha abierto haya ganado algún derecho de servidumbre: ningún derecho gana por ese sólo hecho. Ahora bien, desde el mismo momento en que los huecos son abiertos irregularmente comienza el cómputo del plazo de prescripción extintiva de 30 años del art. 1963 Cc., aplicable a la acción para pedir la colocación de estos elementos de protección. Pero, aunque pasen 30 años y el dueño del fundo al que dan los huecos pierda el derecho a exigir la protección del art. 144, no por ello goza el vecino derecho de servidumbre y, por tanto, sigue sin poder evitar que el dueño del fundo vecino decida edificar tapando los

huecos. La acción real para exigir la protección de reja y red es un derecho anejo al de propiedad, y su ejercicio no constituye abuso de derecho sino cumplimiento del 144 Comp.

75 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APZ 27 de enero de 1997

El actor viene obligado, como exigen los demandados, a dotar a esas ventanas de reja de hierro y red de alambre, como dispone el precepto citado.

33 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APZ 17 de marzo de 1997

La colocación de reja y red en las ventanas es una situación contraria a la existencia de la servidumbre basada únicamente en relaciones de buena vecindad, que permiten el mantenimiento de huecos abiertos sobre fundo ajeno, hasta tanto el propietario del fundo ajeno no quiera levantar edificación sobre el mismo tapando dicho huecos.

37 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APT 13 de junio de 1997

No puede considerarse como signo aparente de servidumbre la falta de reja y red, y careciendo de ella el hueco abierto en la pared, esta protección puede ser exigida por los demandantes.

23 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APT 21 de julio de 1997

Las ventanas abiertas en las paredes laterales de la nave del demandado están dentro de las distancias a que se refiere el art. 144 Comp. en relación al art. 582 Cc., por lo que la actora tiene derecho a exigir que dichos huecos se provean de reja de hierro y red de alambre.

26 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APH 6 de octubre de 1997

La obligación impuesta por el juzgado «a quo» a los demandados reconvinentes de colocar reja de hierro remetida en pared y red de alambre no supone por parte del juzgador in-

congruencia al calificar a la acción ejercitada por los actores de negatoria de servidumbre, pues el fallo no declara la inexistencia de tal derecho, en los términos indicados, y que se podría cuestionar a partir del llamado acto obstructivo.

15 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APZ 1 de junio de 1998

Se ha de desestimar la pretensión de la actora (y en este punto revocar la sentencia de instancia) de condenar a los demandados a proveer a la azotea de reja de hierro remetida en pared o construir un muro de 2 m. para evitar las vistas sobre el fundo vecino. El art. 144 se refiere a «huecos», previsión que no cabe predicar de una azotea o terraza.

41 1999, V (núm. 2º)

S. JPI Zaragoza nº 14, 9 de junio de 1998

La finalidad de evitar que el propietario del hueco pueda asomarse a la propiedad contigua puede lograrse mediante reja y red o «protección semejante o equivalente», por lo que dados los modernos materiales de construcción, tal finalidad puede lograrse perfectamente a través de cristales traslúcidos que dejan pasar la luz pero no la imagen; sistema que incide mucho menos en la intimidad de los vecinos que el tradicional de reja y red, por lo que carece de sentido obligar al actor a colocar éstos.

11 2000, VI (núm. 1º)

S. APZ 22 de diciembre de 1998

Ejercitada acción negatoria de servidumbre, se estima y ordena colocar red de alambre en hueco para luces y vistas abierto en pared medianera; el hueco tenía reja de hierro y red de alambre hasta que se sustituyó la reja por otra de aluminio.

52 1999, V (núm. 2º)

S. APT 7 de mayo de 2002

En Aragón, pueden abrirse huecos para luces y vistas tanto en pared propia como me-

dianera y a cualquier distancia, siempre que carezcan de voladizo sobre fundo ajeno y estén provistos de reja y red o protección semejante. Pues bien, la existencia de una valla levantada por los demandados lo único que marca es la línea divisoria de las propiedades de los ahora litigantes, pero ni evita la visión sobre la propiedad ajena ni impide, obviamente que los demandantes puedan sacar parte su cuerpo por cualquiera de las ventanas abiertas, que los que se persigue por el legislador al imponer la colocación de reja remitida en la pared en la que se abre el hueco y la red de alambre. Por ello, la valla no puede tener la consideración de «protección semejante» de la que habla la comp.

54 2003-2004 (IX-X)

S. APT 21 de noviembre de 2002

La apertura para huecos de luces y vistas en pared propia sobre fundo ajeno no es un derecho de servidumbre sino un modo de ser de la propiedad en Aragón que se concibe dentro de las relaciones de vecindad, de la buena fe y de la tolerancia que deben presidir las relaciones entre fundos vecinos. Y partiendo de que los huecos que ahora nos ocupan han sido abiertos por los demandados en un muro lateral de una gran terraza, la cual se encuentra abierta permitiendo la entrada de luz y las vistas excluye la evidente necesidad de tener luces por el lugar donde se han abierto los huecos, pudiéndose calificar dicha situación de abuso de la relación de vecindad permitida por el art. 144.

60 2003-2004 (IX-X)

S. JP II Boltaña 3 de marzo de 2003

Se dan los presupuestos necesarios para estimar la pretensión del demandante fundada en la facultad del art. 144.2 Comp., que atribuye al propietario del predio colindante a una edificación en la que se han abierto huecos o ventanas, el derecho de exigir al propietario de dicha edificación la provisión de reja de hierro remetida en pared y red de alambre o protección semejante o equivalente, siempre que dicha pared se encuentre dentro de las distancias marcadas en el art. 582 Cc. (2 metros).

41 2005-2006 (XI-XII)

S. APZ 31 de mayo de 2004

No constituye abuso de derecho solicitar que a los escaparates abiertos en la pared propia de la finca colindante, que recaen directamente sobre la finca de la actora, únicamente cerrados por cristal y fleje metálico, se les dote de reja y red, o protección equivalente o semejante (art. 144 Comp.). No puede considerarse «protección semejante o equivalente» (a la reja de hierro y red de alambre) la colocación en los escaparates de cristales de seguridad con fleje metálico en los bordes.

72 2005-2006 (XI-XII)

S. APZ 6 de julio de 2004

Aunque las rejas no sean de hierro, sino de aluminio, y no se hallen remetidas en la pared, sino atornilladas a ella, y aunque la red no sea tal, sino una mosquitera, son protecciones suficientes para cumplir el fin pretendido por el art. 144 Comp. de evitar que el vecino pueda asomarse a la finca vecina. Así lo exige una interpretación conforme a la realidad social. La facilidad o dificultad para quitar las rejas y la chapa metálica de la terraza no constituye un elemento esencial de las protecciones de los huecos.

74 2005-2006 (XI-XII)

S. APT 1 de septiembre de 2004

Ante la demora en la instalación de la protección en los huecos de una casa de nueva construcción se estima la acción negatoria de servidumbre de luces y vistas y se condena al demandado a colocar los elementos de protección que determina la Compilación (art. 144), así como a colocar en el tejado los elementos necesarios para impedir que el agua de lluvia caiga en la propiedad del demandante. «Si la construcción no se ha interrumpido o no se va a interrumpir, póngase las protecciones a final de la obra. Si se ha interrumpido, como parece, póngase ya».

67 2005-2006 (XI-XII)

S. TSJA 23 de febrero de 2005

Los huecos que pueden abrirse en la pared según refiere el art. 144 Comp. deben estar pro-

vistos de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre, o protección semejante o equivalente. La norma se configura en forma abierta, de modo que hace posible su adaptación a las novedades constructivas que vayan apareciendo, siempre que se obtenga el fin tuitivo para los intereses del titular del fundo vecino, evitando la intromisión en su intimidad, impidiendo el hecho de asomarse al hueco o ventana y que desde éstos puedan arrojar objetos al fundo vecino.

3 2005-2006 (XI-XII)

S. APT 17 de junio de 2005

Procede estimar en parte el recurso formulado por la parte actora puesto que en las distancias del art. 582 Cc., los huecos abiertos sobre el fundo colindante deberán carecer de balcones y voladizos y estar protegidos por reja y red de alambre. Es evidente que aun cuando el edificio contiguo al fundo del apelante y actor no haya finalizado su estructura, si se ve cómo hay voladizos a menor distancia de la permitida y cómo los huecos abiertos en esa distancia no están protegidos. Por ello, el apelado debe demoler los voladizos y proteger lo huecos, además de reparar los daños causados en la finca del actor.

18 2007, XIII

S. APH 17 de octubre de 2005

El exigir que se cumplan en sus propios términos las prescripciones legales (exigir que los huecos abiertos en pared a menor distancia de la prevista en el art. 582 Cc. aun cuando el edificio forme parte de un solar no edificado) no constituye abuso de derecho docto de emulación como pretende el apelante.

27 2007, XIII

S. APT 2 de noviembre de 2005

El art. 144 Comp. resulta aplicable con independencia de que dicha ventana resulte, en el momento actual, no practicable para las personas por estar situada a tres metros del suelo, pues, «ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus», y es evidente que el precepto toma únicamente en consideración la situación

de los huecos o ventanas, sin atender a si los mismos son o no accesibles para las personas, por lo tanto es aplicable la protección de reja y red que el mismo establece.

19 2007, XIII

S. APH 30 de junio de 2006

Al extinguirse la servidumbre de paso para estiércol por su no uso, la puerta que separaba una finca de otra, ahora queda como un hueco abierto en la pared para recibir luces y, por lo tanto, tiene que estar provista de reja y red.

26 RDCA 2008, XIV

S. APH 3 de julio de 2006

La exigencia de reja y red del art. 144 Comp. debe adaptarse a los tiempos y a los nuevos materiales constructivos, siempre que con ellos se consiga la protección perseguida por la norma. Por ello, «Protección semejante» habrá de ser aquella que logre el mismo efecto tuitivo para los intereses del fundo vecino evitando la intromisión de su intimidad e impidiendo el hecho de asomarse al hueco o ventana y que desde estos puedan arrojar objetos al fundo vecino. La colocación de cristales fijos no practicable que presentan las ventanas de los demandados abiertas a menos de 2 metros de la propiedad de los actores, supone una protección semejante o equivalente a la reja y red contemplada en el art. 144 Com. Por ello, no es necesario poner reja a las ventanas litigiosas desde el momento en que dichos huecos están dotados de cristales que impiden asomarse y arrojar objetos sobre el fundo vecino. Por contra, sí procede poner alambre sobre el muro de la terraza.

27 RDCA 2008, XIV

S. JPII Barbastro 15 de julio de 2006

Las ventanas nuevas no pueden gozar de derecho consolidado alguno, como tampoco la terraza superior de nueva edificación, por lo que los demandados deben colocar las protecciones requeridas por el art. 144 Comp. Esta pretensión es imprescriptible, al tratarse de un mero uso de tolerancia no es posible entender

que la facultad del dueño pueda prescribir, porque las relaciones de vecindad no se extinguen por el no uso, y la colocación de las protecciones puede exigirse en cualquier momento por constituir una facultad inherente al dominio, así como también lo está para edificar en cualquier momento, y es sabido que quien puede lo más puede lo menos.

60 RDCA-2008-XIV

S. APH 18 de abril de 2008

Las ventanas abiertas a menos de dos metros de la propiedad del vecino deben ser dotadas de las protecciones que requiere el art. 44 Comp. sin dilación. Los huecos los tiene que tener protegidos desde el momento que los abre. No puede introducir más separación temporal entre la apertura del hueco y la instalación de su protección que el mínimo tiempo imprescindible para ejecutar materialmente las operaciones precisas al efecto de dotar a los huecos de las protecciones legalmente exigidas.

18 RDCA-2010-XVI

S. TSJA 22 de abril de 2008

Los huecos abiertos a los que se refiere el art. 144 Comp. comportan el régimen normal de luces y vistas y, por lo tanto, la falta de protección de los mismos, no es un signo aparente de servidumbre que dé derecho a la usucapión, ya que el vecino puede exigir en cualquier momento que se ponga la protección a que se refiere el precepto al igual que en cualquier momento tendría derecho a construir tapando los huecos.

17 RDCA 2008, XIV

S. TSJA 4 de febrero de 2009

Es un interés jurídico protegible de los demandantes obligar a los demandados a colocar reja y red en los huecos abiertos en la pared colindante con el tejado de los actores, justamente porque se toman luces y vistas de un tejado, aun cuando no afecte actualmente a la intimidad de los vecinos. En cualquier caso y dentro de las distancias del art. 582 Cc. es exigible la colocación de reja y red u otras protecciones, en el caso de autos, la legitimidad de la petición

se fundamenta por parte del Tribunal en evitar que sobre dicho tejado «puedan caer objetos o realizarse otras inmisiones que perturben el buen mantenimiento» de la propiedad de los actores.

7 RDCA 2009, XV

• **RENUNCIA**

S. APT 24 de febrero de 2009

El derecho de abrir huecos reconocido en el art. 144 Comp. es renunciable, en los términos del art. 6.2 Cc.; el régimen normal de luces y vistas no obsta a que los interesados puedan establecer por vía convencional una servidumbre negativa de luces y vistas que afectaría, no solo a los contratantes, sino a los posteriores titulares de los predios dominante y sirviente. Además, si la obligación de proceder al cierre de las ventanas se ha configurado como una obligación de carácter personal, hay que tener en cuenta que los contratos producen efecto entre las partes y sus herederos (1257 Cc.), y la demandada es propietaria por herencia de su padre.

35 RDCA 2011, XVII

• **TOMA DE MEDIDAS**

S. APT 30 de abril de 2009

La terraza construida no respeta las distancias establecidas en el art. 582 Cc., dos metros, al tratarse de vistas rectas, desde la pared en la que se ha ejecutado la terraza hasta la finca del vecino, no «entre los voladizos o terrazas» como dice la sentencia apelada.

37 RDCA 2011, XVII

RELACIONES DE VECINDAD Y SERVIDUMBRES

S. JPPII Barbastro 15 de julio de 2006

En sede de relaciones de vecindad, derivadas de la simple colindancia, las limitaciones

que se puedan establecer integran el estatuto jurídico de la propiedad y derivan simplemente de la aplicación de la norma, sin necesidad de acreditar hecho constitutivo alguno, ya sea expresa y voluntariamente pactado o bien consolidado por un transcurso temporal determinado. En cambio, la servidumbre se configura como una limitación o gravamen anormal y foráneo de naturaleza excepcional y en modo alguno recíproco, como las relaciones de vecindad, sino plenamente jerarquizado. Son pues ámbitos claramente diferenciados.

60 RDCA-2008-XIV

SERVIDUMBRE

• ADQUISICIÓN POR TÍTULO

S. JPII Teruel n° 1, 10 de septiembre de 2004

La servidumbre de luces y vistas, como todas las continuas y aparentes (art. 537 Cc.), puede adquirirse en virtud de título o por prescripción. La palabra «título» hay que entenderla en un sentido amplio, asimilable a «negocio jurídico», que puede ser «intervivos» o «mortis causa», gratuito u oneroso, y sin que requiera forma especial.

93 2005-2006 (XI-XII)

S. JPII Calatayud n° 2, 19 de octubre de 2009

En la escritura de aceptación, división y adjudicación de la herencia de los padres, en la que intervienen los cuatro hijos, se hace constar que «podrá ampliar y levantar su edificio llamado vaquería pero sin obstaculizar la vista y luces de las ventanas de la edificación propiedad de». Con la citada cláusula, con la intervención de todas las partes implicadas y con términos muy claros, se está constituyendo un auténtico derecho de servidumbre de luces y vistas. Aunque el título constitutivo de la servidumbre no estaba inscrito en el Registro de la Propiedad, perjudica al tercero que ha comprado la vaquería en tanto pudo conocer de su existencia si hubiera sido suficientemente diligente.

69 RDCA 2011, XVII

• APLICACIÓN DEL ART. 541 Cc.

S. JPI Zaragoza n° 13, 9 de marzo de 1994

Por remisión expresa del art. 145 Comp. al 541 del Cc. también en Aragón se puede producir la adquisición de servidumbre por la presunción prevista en el Código (adquisición por destino del dueño), siempre y cuando se den los requisitos para ello exigidos en el citado artículo del Cc. Pero para definir qué pueda entenderse por signo aparente de servidumbre de luces y vistas entre dos fincas de un mismo dueño hay que estar al propio Derecho aragonés.

7 1996, II (núm. 2°)

S. APZ 9 de julio de 1994

Servidumbre de luces y vistas por destino del padre de familia: se ha de considerar aplicable a Aragón el art. 541 Cc., si bien integrado en las peculiaridades del Derecho aragonés; son signos aparentes de servidumbre, a los efectos del art. 541 Cc., los que reconoce como tales la Comp. en el art. 148. No ha lugar a este tipo de servidumbre pues al enajenarse un único dominio en dos titularidades distintas no había signo alguno de servidumbre de luces y vistas según lo que por éstos se entiende en la Compilación.

35 1996, II (núm. 1°)

S. APZ 15 de julio de 1996

Sólo son signos aparentes de servidumbre de luces y vistas, a los efectos del art. 541 Cc., los considerados en el art. 145 Comp. Se aplica el art. 144 Comp. aun respecto de huecos abiertos antes de 1967 (Disp. trans. 9ª Comp.). Se declara la existencia de servidumbre voluntaria de desagüe de acuerdo con el art. 541 Cc.

26 1997, III (núm. 2°)

S. APZ 30 de enero de 1997

La falta de reja de hierro y red de alambre en una ventana que recae sobre fundo ajeno no es un signo aparente de servidumbre, pero sí lo es la existencia de un balcón sobre ella. Y esta afirmación sobre signo aparente de la servi-

dumbre no queda desvirtuada por lo dispuesto en el art. 541 Cc.

34 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APZ 30 de junio de 1997

Para que por aplicación del art. 541 Cc. pueda existir una servidumbre de luces y vistas se precisa que el que fue propietario común de las dos fincas hubiera establecido signos aparentes de servidumbre entre ellas, que, según lo dispuesto en los arts. 144 y 145 Comp., lo son los voladizos sobre fundo ajeno y no la presencia de rejas de hierro, redes de alambre o de otro material equivalente. Al no existir en las ventanas litigiosas signos aparentes de la existencia de la servidumbre y sí los contrarios a su existencia, es obvio que el propietario común de las dos fincas nunca constituyó la servidumbre reclamada y que el demandado al levantar la construcción en su propiedad ha actuado dentro de la específica legalidad aragonesa, aunque con ello haya tapado una ventana y dificultado gozar de vistas por la otra.

48 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APZ 17 de junio de 1998

El art. 541 se aplica en Aragón, pero respetando su peculiar derecho en la regulación de los signos aparentes de luces y vistas, o el art. 1.2 de la Compilación sobre fuentes jurídicas en nuestro peculiar ordenamiento.

42 1999, V (núm. 2º)

S. APH 4 de octubre de 2000

Controversia jurídica sobre el significado del inciso final del art. 145 Comp. que deja a salvo lo dispuesto en el art. 541 del Código civil sobre constitución de servidumbres por destino del padre de familia. Sentencias que mantienen una y otra tesis. Entiende la sentencia que el inciso significa que los huecos o ventanas sin proteger, sin ser signos aparentes de servidumbre de luces y vistas a otros efectos jurídicos, sí que lo son para su constitución por destino del padre de familia.

23 2001-2002 (VII-VIII)

S. APT 6 de septiembre de 2001

Cuando un propietario separa dos propiedades provenientes de una sola suya anterior, y entre ellas existen en pared propia o medianera, huecos sin reja ni red de alambre, o con balcones o voladizos, salvo que el propietario haga desaparecer tales huecos, o disponga otra cosa en el título de constitución, la existencia de tales voladizos o la falta de protección de los huecos en la forma prevista en el art. 144 Comp., constituyen título suficiente para constituir servidumbre de luces y vistas con arreglo al art. 541 Cc.

27 2003-2004 (IX-X)

S. APH 5 de marzo de 2002

La doctrina aragonesa parece estar de acuerdo en que el último inciso del art. 145 Comp. referido al art. 541 Cc., significa que los huecos o ventanas sin proteger, sin ser signos aparentes de servidumbre de luces y vistas a otros efectos jurídicos, sí que lo son para su constitución por destino del padre de familia.

48 2003-2004 (IX-X)

S. APT 23 de octubre de 2002

Esta Audiencia provincial tiene declarado, interpretando el párrafo 2º del art. 145 Comp. en relación con el art. 541 Cc. que, si bien, ni la apertura de huecos sobre fundo ajeno, ni la falta de protección de aquellos huecos constituyen signo aparente de servidumbre, cuando un propietario separa dos propiedades provenientes de una sola suya anterior, puede entenderse constituida la servidumbre por destino del padre de familia, siempre que al tiempo de efectuarse la separación existiese algún signo aparente de la misma, salvo que el mismo se hubiera hecho desaparecer o se hubiera efectuado manifestación en contrario en el título constitutivo.

59 2003-2004 (IX-X)

S. APH 30 de octubre de 2002

Cuando un propietario separa dos propiedades provenientes de una sola suya anterior, y entre ellas existen en pared propia o medianera, huecos sin reja ni red de alambre, o con bal-

cones o voladizos, salvo que el propietario haga desaparecer tales huecos, o disponga otra cosa en el título de constitución, la existencia de tales voladizos o la falta de protección de los huecos en la forma prevista en el art. 144 Comp., constituyen título suficiente para constituir servidumbre de luces y vistas con arreglo al art. 541 Cc.

52 2003-2004 (IX-X)

S. TSJA 4 de febrero de 2004

La Comp. cuando se refiere a la adquisición de servidumbre de luces y vistas por destino del padre de familia no hace ninguna remisión al Cc. para la aplicación del art. 541, como así lo hacían los anteproyectos de Comp., tan sólo deja a salvo en Aragón la vigencia del art. 541 Cc., pero hay que entender entonces que respetando su peculiar Derecho en la regulación de los signos aparentes de servidumbre de luces y vistas. Por ello, a los efectos del art. 541 en la remisión que a él hace el art. 145, se ha de entender por signo aparente de servidumbre los que lo sean según el Derecho civil aragonés (hay voto particular en contra). La aplicación del art. 541 Cc. en Aragón no es como Derecho supletorio, sino como remisión estática.

3 2003-2004 (IX-X)

S. APT 15 de febrero de 2005

Ni la apertura de huecos sobre fundo ajeno ni la falta de protección de aquellos huecos constituyen un signo aparente de servidumbre ex art. 145 de la Comp., si bien dicho precepto deja a salvo lo dispuesto en el art. 541 Cc., que según los comentaristas ha sido interpretado en el sentido de que cuando el propietario separa dos propiedades provenientes de una sola suya anterior y entre ellas existen, en pared propia o medianera, huecos sin reja ni red de alambre, o con balcones o voladizos, salvo que el propietario haga desaparecer los huecos o disponga otra cosa en el título de constitución, la existencia de tales voladizos o la falta de protección de los huecos, en la forma prevista en el art. 144, constituye título suficiente para constituir la servidumbre de luces y vistas por destino del padre de familia con arreglo al art. 541 Cc.

16 2007, XIII

S. JPII Teruel nº 2, 23 de marzo de 2007

La expresa llamada del art. 145 Comp. a la aplicación del art. 541 Cc. deja clara la vigencia en Aragón de la constitución de servidumbres en la forma recogida en el último precepto citado. Pero no cabe entender sin más que es signo evidenciador de la existencia de servidumbre de luces y vistas la presencia de un hueco sin protección, porque lo niega el art. 145 Comp. que sólo considera signos aparentes de servidumbre de luces y vistas los voladizos sobre fundo ajeno. Esta es la interpretación jurisprudencial y la más acorde con el sistema de fuentes, según el cual sólo se aplicará el Derecho civil general del Estado en defecto de normas aragonesas.

56 RDCA 2009, XV

S. APZ 8 de octubre de 2009

El criterio de la STSJA de 4/2/2004 es que, si bien el art. 145 Comp. deja a salvo la vigencia en Aragón del art. 541 Cc., hay que entender que respetando nuestro peculiar Derecho en la regulación de los signos aparentes de servidumbres de luces y vistas, que serán los que la Compilación determina en el art. 145 Comp. Por tanto la falta de protección no es signo de servidumbre y el voladizo, para que lo sea, debe guardar una relación funcional con las luces y vistas, lo que no es el caso.

50 RDCA 2011, XVII

• *EXTINCIÓN*

S. JPII Huesca nº 2, 13 de septiembre de 1995

La propia naturaleza de la servidumbre hace necesario su ejercicio, y cuando tal ejercicio no se produce o es imposible su existencia pierde virtualidad. En consecuencia, si existió en su día este derecho de servidumbre, como parecen acreditar los restos del balcón existentes, tal derecho se extinguió por su no uso, y la configuración actual del referido impide que sobre él se pueda ejercitar una actuación posesoria susceptible de protección.

58 1997, III (núm. 1º)

- **INTERDICTO DE OBRA NUEVA**

S. JPII La Almunia 5 de octubre de 1994

No prospera el interdicto de obra nueva ante construcción de muro que cierra huecos de luces y vistas, cuando no se acredita ni siquiera se alega servidumbre de luces y vistas. La facultad de impedir una edificación a menor distancia de la señalada en el art. 585 del Cc. sólo puede basarse en la titularidad del derecho real de servidumbre de luces y vistas y no en la simple situación de hecho representada por el disfrute de unas ventanas y vistas sobre el solar vecino.

20 1996, II (núm. 2º)

S. APZ 10 de diciembre de 2007

Ha quedado acreditada la existencia de un título constitutivo de una servidumbre de luces y vistas a favor de las fincas de las actoras, en tanto predios dominantes. De ahí ha derivado una situación posesoria en virtud de la cual las actoras han disfrutado y usado un derecho de servidumbre de luces y vistas. Dicha situación posesoria se ha visto alterada o perturbada por la construcción u obra nueva que ha comenzado a ejecutar el demandado en el terreno de su propiedad, por lo que se condena al demandado a suspender la obra, al menos en cuanto a la zona de inmediación de tres metros de los edificios de las demandantes.

51 RDCA 2009, XV

- **NATURALEZA**

S. APT 25 de octubre de 1994

Ventanas abiertas en pared propia sobre finca colindante; existencia o no de voladizos; límite discutido común a las dos fincas: imposibilidad de llevar a cabo las distancias señaladas según los arts. 582 y 583 Cc. a los efectos de problemas de reja de hierro y red. Calificación de la servidumbre en positiva o negativa: para ser positiva el voladizo ha de recaer en fundo ajeno; la simple apertura de huecos habrá de estimarse como negativa.

26 1996, II (núm. 1º)

S. JPII Jaca nº 2, 12 de noviembre de 1996

Nada tiene que ver el art. 144, que constituye en realidad una manifestación del «ius usus innocui», con las servidumbres, las cuales en Aragón, al margen de las positivas disfrutadas mediante balcón o voladizo invadiendo el fundo sirviente a que se refiere el art. 145, son siempre negativas. Y como tales requieren, al igual que sucede en Castilla, para que comience su posesión un acto obstativo; y sólo a partir de éste podría iniciarse el cómputo prescriptivo (STS 30-10-83).

75 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APH 14 de octubre de 1998

La servidumbre de luces y vistas no aparente es negativa en Aragón y, por ello, no susceptible de posesión sino desde el acto obstativo. A pesar del incumplimiento de las previsiones del art. 144.2 Comp., es posible que no haya posesión de la servidumbre si el dueño del predio sirviente no edifica —y, por tanto, acepta la apertura— por mera conveniencia o interés propio y no como obligado por un derecho real. Como no existe medio alguno para conocer la verdadera intención de este último, el Derecho ha creado la figura del acto obstativo, a partir del cual la servidumbre no aparente es susceptible de posesión (art. 148).

20 1999, V (núm. 2º)

- **SIGNOS APARENTES**

S. JPI Zaragoza nº 13, 9 de marzo de 1994

La Compilación prevé supuestos específicos de cuándo podrá entenderse existente signo aparente y cuándo no en el art. 145 en relación al 144 de la Comp. De esta regulación deduce la sentencia que la falta de reja y red tampoco es signo aparente a los efectos de su adquisición por destino del dueño (art. 541 Cc.).

7 1996, II (núm. 2º)

S. APZ 17 de octubre de 1994

Servidumbre de luces y vistas: construcción de pared tapando una ventana de grandes dimensiones; son signos aparentes de servidumbre los voladizos sobre fundo ajeno, no los meros huecos abiertos en la pared propia aun desprovistos de reja y red. Servidumbre negativa; Usucapión: *dies a quo*: desde la existencia de un acto obstativo no han transcurrido 10 años para su usucapión.

40 1996, II (núm. 1º)

S. APZ 18 de octubre de 1994

Falta de voladizos: excluye la existencia de signo aparente de servidumbre. La mera apertura de huecos sobre predio contiguo, asícomo la construcción sobre él cerrándolos, son relaciones de vecindad legalmente permitidas.

41 1996, II (núm. 1º)

S. APT 25 de octubre de 1994

Ventanas abiertas en pared propia sobre finca colindante; existencia o no de voladizos; límite discutido común a las dos fincas: imposibilidad de llevar a cabo las distancias señaladas según los arts. 582 y 583 Cc. a los efectos de problemas de reja de hierro y red. Calificación de la servidumbre en positiva o negativa: para ser positiva el voladizo ha de recaer en fundo ajeno; la simple apertura de huecos habrá de estimarse como negativa.

26 1996, II (núm. 1º)

S. APZ (Secc. 2ª) 27 de diciembre de 1994

Servidumbres: Los voladizos que recaen sobre fundo ajeno son un signo aparente de servidumbre. Adquisición: 10 años entre presentes. Los huecos abiertos en pared propia sin estar protegidos con reja y red no constituyen signos aparentes de servidumbre, sino sólo incumplimiento del régimen ordinario de propiedad, que da lugar a exigir la colocación de la adecuada protección.

45 1996, II (núm. 1º)

S. APH 8 de marzo de 1995

El dueño del predio vecino sobre el que se han abierto huecos, sea en pared propia o medianera, a menor distancia de la establecida en el art. 582 Cc. podrá imponer al que los haya abierto la obligación de eliminar los balcones o voladizos de tales huecos, pues en otro caso la existencia de estos detalles constructivos podría representar un signo de servidumbre de luces y vistas, a tenor de lo contenido en el art. 145 Comp.

12 1997, III (núm. 1º)

S. APH 17 de mayo de 1995

La existencia de huecos sobre fundo ajeno, siempre que carezcan de balcones u otros voladizos —dentro de las distancias que marca el art. 582 del Cc.—, no supone ningún signo de servidumbre.

15 1997, III (núm. 1º)

S. JPII Huesca nº 2, 13 de septiembre de 1995

La existencia de balcones o voladizos que recaigan sobre fundo ajeno son un signo aparente de servidumbre de luces y vistas, a tenor de lo preceptuado en el art. 145 Comp. En consecuencia, de existir éste, y de haber sido adquirida la servidumbre por cualquier medio, no podría edificarse sin sujetarse a las distancias expuestas en el art. 583 Cc. Por lo demás, no son signos aparentes de servidumbre la falta de protección reseñada en el art. 144 Comp., ni los voladizos sobre fundo propio.

58 1997, III (núm. 1º)

S. JPII Daroca 3 de octubre de 1995

Según el art. 145 Comp., la existencia de voladizos en pared propia o medianera que caiga sobre fundo ajeno son signos aparentes de servidumbre de luces y vistas. Ahora bien, por voladizo se ha de entender —según S. APZ de 12 de enero de 1993— aquello que no impide las vistas ni asomarse al exterior, por lo tanto, permite al observador asomar el torso sobre el mismo.

59 1997, III (núm. 1º)

S. APT 8 de mayo de 1996

Los voladizos o balcones son signos aparentes de la existencia de esta clase de servidumbres y debe entenderse que estos voladizos los han de tener las ventanas o los huecos abiertos en la pared para facilitar la entrada de la luz y de las vistas, pero no es signo aparente cualquier otro voladizo, como lo es en este caso el alero del tejado, que nada tiene que ver con la función de facilitar luces y vistas a las ventanas.

18 1997, III (núm. 2º)

S. JPHI Jaca nº 2, 12 de noviembre de 1996

El concepto de voladizo ha evolucionado pasando de una concepción amplia recogida en la S. de 11-12-85 («lo que sale o vuela de lo macizo de un muro o edificio») a unas concepciones más ajustadas y técnicas, de forma que no todo saliente puede ser considerado jurídicamente como voladizo a los efectos de los arts. 144 y 145 Comp.: no lo son los vierteaguas, tejadillos, tendaderos, «goteriles», pequeños salientes (Ss. APH 21-1-93, APT 22-7-93 y 25-10-94, APZ 11-7-92 y 12-1-93). El concepto de voladizo debe ceñirse a aquellos salientes que situados en la parte inferior de un hueco destinado para luces y vistas, avancen con el cuerpo sobre el fundo ajeno al objeto de mirar a través del mismo, debiendo ser de unas dimensiones suficientes para cumplir tal fin. La demolición de los voladizos hace desaparecer los signos aparentes.

75 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APZ 27 de enero de 1997

No todo saliente que presenta una ventana o hueco abierto en pared que caiga sobre fundo ajeno debe tener la consideración de signo aparente de servidumbre, sino que para que ello se produzca el saliente ha de tener la consideración equivalente al concepto de balcón o mirador.

33 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APZ 30 de enero de 1997

La falta de reja de hierro y red de alambre en una ventana que recae sobre fundo ajeno no es un signo aparente de servidumbre, pero sí lo es la existencia de un balcón sobre ella. Y esta afirmación sobre signo aparente de la servidumbre no queda desvirtuada por lo dispuesto en el art. 541 Cc.

34 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APT 13 de junio de 1997

La apertura de huecos para luces y vistas, tanto en pared propia como medianera, y aun cuando estos huecos carezcan de protección —reja y red de alambre— no son signos aparentes de servidumbre de los que vienen señalados en el art. 145 Comp.

23 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APZ 24 de septiembre de 1998

No constituye signo aparente de servidumbre de luces y vistas el tejado o cubierta que sobreeleva una finca a los efectos del art. 45 Comp., ni tampoco a los efectos del art. 541.

45 1999, V (núm. 2º)

S. APZ (Secc. 5ª) 19 de junio de 2000

En relación al concepto de voladizo al que se refiere el art. 145, ha sentado la doctrina que no lo constituyen aquellos elementos estructurales del edificio construido en fundo propio que, aunque sobrevuelan la finca ajena, no guardan relación alguna con la recepción de luces o posibiliten las vistas, por lo que en esta Sala en otros fallos negó tal condición a la cubierta del tejado de un edificio que sobrevuela sobre fundo ajeno. Lo mismo debe afirmarse de una puerta, pues la misma no tiene la función de permitir las vistas sobre el fundo vecino. La puerta, en todo caso, no es voladizo, sino mero hueco.

39 2001-2002 (VII-VIII)

S. APH 31 de marzo de 2001

Respecto de la segunda pretensión (demolición del saliente, solarete o vierteaguas), en

contra de lo indicado en la sentencia apelada, el voladizo de unos 15 cm de fondo no puede considerarse signo aparente apto para usucapir una servidumbre de luces y vistas conforme a los arts. 145 y 147 Comp. Para ello haría falta que tuviera una anchura suficiente para apoyarse en él y facilitar la proyección de vistas sacando el torso, lo que no permite el referido alféizar. Ahora bien, como el vierteaguas vuela sobre el predio colindante, la actora tiene derecho a que el mismo sea demolido con fundamento en el dominio que ostenta sobre su finca, el cual también constituye una causa de pedir. Confirmando en este punto, aunque con otro fundamento, la sentencia de instancia.

13 2003-2004 (IX-X)

S. APT 2 de abril de 2001

No lo son los vierteaguas colocados en una ventana, ni la falta de reja o red en la misma.

20 2003-2004 (IX-X)

S. APH 11 de julio de 2001

Si no hay voladizo invadiendo la finca vecina, la mera presencia de ventanas no supone rebasar en el ejercicio de la posesión los límites del propio predio, salvo que se hubiera realizado un acto obstativo impidiendo al vecino construir, momento a partir del cual el dueño de la finca que lo formula no sólo sigue disfrutando de su propia finca sino que, además, comienza a poseer de hecho una servidumbre de luces y vistas, aunque todavía no se tuviera derecho a ella, sin perjuicio de la servidumbre pudiera llegar a adquirirse por usucapición conforme a las leyes aragonesas.

17 2003-2004 (IX-X)

S. APZ 12 de diciembre de 2002

La falta de protección adecuada en los huecos abiertos no puede considerarse un signo aparente de servidumbre y el propietario del fundo en que se abren no puede alegar su ausencia como causa de adquisición de una servidumbre de luces y vistas que pudiera obligar al propietario del inmueble ajeno a edificar a las distancias que señala el art. 585 Cc. La falta de protección exigida no es signo aparente de

servidumbre, sino un incumplimiento del régimen ordinario de la propiedad y de las normas de relaciones de vecindad, lo que supone que sea cual sea el tiempo transcurrido con los huecos abiertos sin reja ni solarete, su existencia no impediría al dueño del predio contiguo la edificación en la forma autorizada en el art. 143 Comp., es decir, sin guardar distancia con los huecos.

69 2003-2004 (IX-X)

S. APH 26 de enero de 2006

Sólo son voladizos los que sirven para apoyarse y proyectar las vistas. Y es evidente que de estas circunstancias no gozan ni el solarete, vierteaguas o tejadillo que cubría la terraza abierta en la casa de los demandados principales ni el alero del tejado que sobresalía. Tales elementos arquitectónicos protegen principalmente de la lluvia y nada tienen que ver con las luces ni las vistas que pueden ser recibidas a través de un hueco abierto en pared propia o medianera. Por lo tanto, los salientes en cuestión no constituyen un signo aparente de luces y vistas.

22 RDCA 2008, XIV

S. APH 29 de diciembre de 2006

Ni los tendedores ni ningún otro elemento constructivo que no esté destinado a la recepción de luces o posibiliten las vistas son signos aparentes de servidumbres.

33 RDCA 2008, XIV

S. TSJA 27 de septiembre de 2007

La doctrina y la jurisprudencia vienen entendiendo que los voladizos deben estar situados en la parte inferior de los huecos destinados a luces y vistas, pero para que se conviertan en signos aparentes capaces de lograr por usucapición el nacimiento de la servidumbre, han de tener la finalidad de avanzar con el cuerpo sobre el fundo ajeno para mirar a través del mismo, lo que evidentemente no ocurre con los tendedores pues su destino no es otro que el de tender la ropa y mal pueden permitir apoyar el cuerpo con la finalidad de recibir luces y posibilitar vistas. Recuérdese que las relaciones de vecindad —con fundamento en el *ius usus inno-*

cui, de honda raigambre aragonesa— tiene como finalidad facilitar las relaciones entre vecinos, que se verían gravemente afectadas si actos meramente tolerados —cual consentir la instalación de un tendedor— fueran capaces de generar derechos de enorme trascendencia en contra de lo que se quiso tolerar.

11 RDCA 2008, XIV

S. APH 26 de diciembre de 2007

El voladizo a que se refiere el art. 145 Comp. a fin de convertir la servidumbre de negativa en positiva y permitir la usucapión, no solo requiere de cierta estabilidad que permita apoyarse en él, sino, además, debe sobresalir suficientemente para facilitar la proyección de las vistas sacando el torso. Un pequeño saliente de unos diez centímetros de ancho no goza de estas circunstancias. Por el mero hecho de la apertura de huecos como relación de vecindad no se constituye servidumbre alguna.

39 RDCA 2009, XV

S. TSJA 14 de julio de 2008

A los efectos prevenidos en el art. 145 Comp. no cabe considerar voladizo a cualquier saliente de la pared, aunque su finalidad sea de mero remate estructural de la ventana o del cierre arquitectónico de una parte del edificio, si no tiene como uso previsto el de que una persona pueda salir al exterior de su propia casa para ganar vistas, frontal y lateral, sobre el predio sirviente. Es decir, no basta con que el saliente de que esté previsto el hueco, permita asomarse al exterior del edificio; hace falta, además, que el saliente sea tal que revele su utilidad o funcionalidad para facilitar las vistas, de modo que configure una apariencia reveladora de su finalidad

3 RDCA 2009, XV

S. APH 31 de julio de 2008

No son signo aparente de servidumbre los voladizos sobre fundo propio, tampoco lo es un voladizo de unos 15 centímetros de fondo, por no tener la anchura suficiente para apoyarse en él y facilitar la proyección de las vistas sacando

el torso; no lo es tampoco un vierteaguas ni un tendadero.

21 RDCA-2010-XVI

S. APH 24 de octubre de 2008

Voladizo en pared propia o medianera, que caiga sobre fundo ajeno (145 Comp.). Se entiende por voladizo «lo que vuela o sale de lo macizo de un muro o edificio» (SAT Zaragoza 11-12-1985 ratifica por STS 20-10-1987), con las dimensiones suficientes para permitir asomarse cómodamente sacando el cuerpo por los huecos abiertos, de manera que el voladizo ha de afectar directamente a los huecos abiertos (Ss. APH 21-1-1993 y 12-1-1995; APZ 19-6-2000), por lo que no es «voladizo» la cubierta o tejado del edificio que sobrevuela el fundo ajeno (Ss. APZ 24-9-1998 y 19-6-2000), un voladizo de unos 15 cm de fondo (SAPH 31-3-2001), un vierteaguas (ATZ 11-12-1985), una puerta (Ss. APH 30-5-1994, 29-6-1998 y 4-6-2004 y APZ 19-6-2000), una contraventana (SAPH 31-5-2005) o un tendadero (Ss. APZ 9-10-2001 y APH 31-5-2005 y 29-12-2006).

27 RDCA-2010-XVI

S. TSJA 4 de febrero de 2009

A los efectos prevenidos en el art. 145 Comp. no cabe considerar voladizo a cualquier saliente de la pared, aunque su finalidad sea de mero remate estructural de la ventana o del cierre arquitectónico de una parte del edificio, si no tiene como uso previsto el de que una persona pueda salir al exterior de su propia casa para ganar vistas, frontal y lateral, sobre el predio sirviente. Es decir, no basta con que el saliente de que esté previsto el hueco, permita asomarse al exterior del edificio; hace falta, además, que el saliente sea tal que revele su utilidad o funcionalidad para facilitar las vistas, de modo que configure una apariencia reveladora de su finalidad

7 RDCA 2009, XV

S. JPH Ejea nº 1, 27 de febrero de 2009

Desde el punto de vista jurídico, no cualquier elemento que sobresale de lo macizo en

una pared o edificio se puede considerar como voladizo y, por lo tanto, no puede considerarse como signo aparente de servidumbre de luces y vistas salientes como las contraventanas, las tejas y el canalón. Es irrelevante el tiempo que estos elementos constructivos lleven colocados, puesto que es claro que no cumplen la finalidad de avanzar con el cuerpo sobre el fundo ajeno al objeto de mirar a través del mismo, que es la finalidad que la jurisprudencia exige a un saliente para que pueda ser signo aparente de luces y vistas (Ss. TSJA 22/4/2008 y 27/9/2007).

58 RDCA 2011, XVII

S. TSJA 23 de septiembre de 2010

Sólo son signos aparentes de servidumbre de luces y vistas los voladizos, en pared propia o medianera que recaigan sobre fundo ajeno; no lo son ni la falta de voladizos, ni desde luego lo es el hecho de que el vecino del fundo vecino cuando construye deje un pequeño patio de luces y no tape las ventanas, este hecho debe enmarcarse en un acto de mera tolerancia.

6 RDCA 2011, XVII

• *USUCAPIÓN*

S. JP II Ejea n° 1, 12 de julio de 1994

Prospera acción negatoria de servidumbre con imposición de demoler voladizos en dos de los huecos y dotar de reja y red a los cuatro debatidos, por no probarse adquisición por usucapión de veinte años entre ausentes (art. 537 Cc.) de una servidumbre de luces y vistas (balcón). Respecto de los huecos sin voladizo, se dice que el plazo habría de contarse desde un «hecho obstativo».

17 1996, II (núm. 2°)

S. APZ 17 de octubre de 1994

Servidumbre de luces y vistas: construcción de pared tapando una ventana de grandes dimensiones; son signos aparentes de servidumbre los voladizos sobre fundo ajeno, no los meros huecos abiertos en la pared propia aun desprovistos de reja y red. Servidumbre negativa; Usucapión: dies a quo: desde la existencia

de un acto obstativo no han transcurrido 10 años para su usucapión.

40 1996, II (núm. 1°)

S. APZ (Secc. 2ª) 27 de diciembre de 1994

Servidumbres: Los voladizos que recaen sobre fundo ajeno son un signo aparente de servidumbre. Adquisición: 10 años entre presentes. Los huecos abiertos en pared propia sin estar protegidos con reja y red no constituyen signos aparentes de servidumbre, sino sólo incumplimiento del régimen ordinario de propiedad, que da lugar a exigir la colocación de la adecuada protección.

45 1996, II (núm. 1°)

S. APH 12 de enero de 1995

Los voladizos o balcones, para ser signo aparente de servidumbre, deben afectar directamente a los huecos abiertos, por lo tanto, únicamente se podrá apreciar respecto del balcón de la segunda planta, que ha venido a sustituir a la antigua terraza que ya estaba dotada, desde 1967, del repetido voladizo, causando el consiguiente efecto adquisitivo por usucapión; pero tal efecto no puede extenderse al balcón de la tercera planta de la nueva construcción.

7 1997, III (núm. 1°)

S. APH 17 de mayo de 1995

En el caso de autos se demuestra que los demandados han construido balconadas que inciden directamente sobre el corral del demandante, sin que se pueda alegar la adquisición de una servidumbre por usucapión ex art. 147 Comp., al no remontarse la época en que se construyeron dichos balcones a más de cinco años, por lo que la parte de estos balcones que recae sobre la finca del demandante deberá ser retirada por los demandados.

15 1997, III (núm. 1°)

S. APH 24 de abril de 1997

El primer requisito que exige el art. 148 Comp. es que la servidumbre sea susceptible de

posesión, y sólo es susceptible de posesión la servidumbre de luces y vistas cuando es aparente. El segundo requisito es la existencia de justo título.

6 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. JP II Caspe 6 de noviembre de 1997

Aun cuando no fuera válido el título constitutivo de dicha servidumbre, la misma se hubiera adquirido por usucapión, ya que nos encontramos ante una servidumbre de carácter continuo y aparente, no pudiendo considerarse que la existencia de dichas ventanas obedezca a relaciones de vecindad a los efectos de los art. 144.2 Comp. y 581.1 Cc.

23 1999, V (núm. 1º)

S. APT 3 de diciembre de 1997

La apertura de ventanas, instalación de salientes para tender y desagües que recaen sobre la propiedad de la actora tienen más de 5 años, elementos todos ellos perfectamente visibles para calificar esta servidumbre de aparente ex art. 532 Cc. y adquirible por usucapión (arts. 437 en relación con los art. 447 y 1940 Cc. y en relación con el art. 1.2 Comp.); y de conformidad con lo previsto en los arts. 145 y 147 Comp. se adquiere por el transcurso de 10 años sin necesidad de justo título ni buena fe.

30 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APH 14 de octubre de 1998

La servidumbre de luces y vistas, cuando no hay voladizos sobre fundo ajeno, es no aparente (arts. 145 y 144.2) por lo que se le aplica el art. 148 en materia de usucapión. La expresión de este artículo «que la servidumbre sea susceptible de posesión» no hace referencia al modo en que se utiliza la luz y las vistas, sino que significa que sólo se posee sin más requisitos la servidumbre de luces y vistas cuando es aparente, pues, al ser a la vez positiva, la adquisición por usucapión no precisa acto obstativo del dueño del hipotético predio dominante. Por el contrario, no hay posesión en la servidumbre no aparente sino desde el acto obstativo, mediante el cual se impide al propietario del fundo sirviente la edificación que puede afectar a las luces y vistas.

20 1999, V (núm. 2º)

S. APT 2 de abril de 2001

La Compilación no dice, a efectos de Usucapión qué se ha de entender por ausentes, de manera que resulta aplicable (art. 1.2 Comp.) de forma supletoria el Cc, y en concreto de la art. 1958 Cc, que afirma que a los efectos de prescripción se considera ausente «al que reside en el extranjero o ultramar».

20 2003-2004 (IX-X)

S. JP II Barbastro 15 de julio de 2006

Servidumbre negativa. La usucapión requiere la existencia de actos positivos, es decir, la presencia de signos aparentes de servidumbre como son los voladizos sobre suelo ajeno. Los voladizos, además de sobresalir volando sobre predio ajeno, deben servir para apoyarse y proyectar vistas sobre el fundo vecino. La correcta concepción de los voladizos habrá de concretarse por sus características externas. A falta de voladizos, para la usucapión de una servidumbre de luces y vistas será necesario un acto obstativo a partir del cual contabilizar el lapso temporal de usucapión. Concepto de acto obstativo.

60 RDCA-2008-XIV

S. APH 14 de enero de 2008

A falta de voladizos sobre predio ajeno, desde la realización de un hecho obstativo impidiendo al vecino construir el dueño de la finca que lo formula comienza a poseer de hecho una servidumbre de luces y vistas, aunque todavía no se tuviera derecho a ella, sin perjuicio de que la servidumbre pudiera llegar a adquirirse por usucapión conforme a las Leyes aragonesas.

11 RDCA-2010-XVI

S. TSJA 22 de abril de 2008

Los huecos abiertos a los que se refiere el art. 144 Comp. comportan el régimen normal de luces y vistas y, por lo tanto, la falta de protección de los mismos, no es un signo aparente de servidumbre que dé derecho a la usucapión, ya que el vecino puede exigir en cualquier mo-

mento que se ponga la protección a que se refiere el precepto al igual que en cualquier momento tendría derecho a construir tapando los huecos.

17 RDCA 2008, XIV

• *VISTAS OBLICUAS*

S. APZ 21 de septiembre de 1998

No hay en el caso servidumbre, por lo que se ordena la demolición de mirador que vuela sobre la proyección de la finca del actor, hasta la distancia de 60 centímetros. En anómalo recurso de nulidad de actuaciones, desestimado, se admite hipotéticamente que en el espacio entre la proyección de la finca actora y los 60 cm pudiera proceder tan solo el cerramiento, no la demolición ordenada.

44 1999, V (núm. 2º)

84: SERVIDUMBRES

ALERA FORAL

• *DEFINICIÓN Y CARACTERES*

S. JPII Calatayud nº 2, 1 de marzo de 1994

Esta institución faculta a los vecinos de un pueblo para introducir sus ganados a pastar en los términos de los inmediatos, aunque solamente en la parte de ellos que confronta con los suyos. Se trata de un derecho de utilización de pastos ya originariamente limitado bajo el apotegma «de sol a sol y de era a era», el cual suponía que partían los ganados de sus eras, tras la salida del sol, debiendo regresar a las mismas antes de la puesta de sol. El terreno sobre el que se sustenta la alera foral es zona comunal, de secano, nunca regadío, normalmente yerma, si bien es posible ejercitar este derecho sobre zona cultivada, eso sí, una vez levantada la cosecha. En dicha zona está prohibido acotar, cerrar, roturar o plantar, a no ser que se establezca la entrada libre de ganados no obstante haber llevado a cabo las anteriores operaciones.

5 1996, II (núm. 2º)

S. APH 12 de diciembre de 1996

Constituye el objeto de la alera foral el derecho que ostentan los vecinos de un pueblo a llevar a pacer su ganado, por regla general, en las tierras yermas comunales del pueblo inmediato, aunque asimismo se admite sobre propiedades particulares, siempre que sean de secano y una vez que se hayan levantado las cosechas. El elemento característico de esta servidumbre es que el derecho de pastoreo se ejercita sobre las tierras limítrofes del término municipal contiguo.

16 1997, III (núm. 2º)

• *NATURALEZA JURÍDICA*

S. JPII Calatayud nº 2, 1 de marzo de 1994

En el fallo se dice que la alera foral existente entre los vecinos de los Ayuntamientos de Malanquilla y Aranda de Moncayo es una servidumbre personal de pastos recíproca, en favor, respectivamente, de los vecinos de uno y otro pueblo, que consiste en el derecho a entrar sus ganados a pastar, sin límite de reses, sin exclusividad, de sol a sol y de era a era, en una zona geográfica del municipio colindante. En el fundamento de derecho primero —con cita de Fairén e Isábal— se dice, en términos generales, que la alera foral es una servidumbre de carácter predial (sic), discontinua, positiva y no aparente, esto último, en la mayoría de los casos.

5 1996, II (núm. 2º)

S. APH 12 de diciembre de 1996

Doctrinalmente ha sido configurada como una servidumbre predial, discontinua, aparente o no y de carácter positivo.

16 1997, III (núm. 2º)

• *ORIGEN Y REGULACIÓN*

S. JPII Calatayud nº 2, 1 de marzo de 1994

Institución netamente aragonesa, con unos orígenes constatables que se remontan al Fuero de Jaca, pasando por la Compilación de Huesca

y por las Observancias de 1437. Hoy se halla recogida en el art. 146 de la Compilación.

5 1996, II (núm. 2º)

S. APH 12 de diciembre de 1996

En Aragón existe como una modalidad de la servidumbre de pastos la alera foral, institución que aparece regulada ya en el Fuero Viejo de Jaca y que a través de las Observancias ha llegado a la actualidad, haciendo mención de ella los arts. 16 y 146 del Apéndice y Compilación foral respectivamente.

16 1997, III (núm. 2º)

• **POSESIÓN INMEMORIAL**

S. JP II Jaca nº 1, 16 de enero de 1996

La sentencia considera acreditada la existencia en Villarreal de La Canal de una «alera foral» fundada en la posesión inmemorial en la siguiente forma: una vez recogida la cosecha y antes de la siembra, los ganados de los vecinos aprovechan los pastos tanto de los montes de utilidad pública, cuyo aprovechamiento se adjudica en pública subasta, pagándose una tasa al Ayuntamiento, como de las fincas de propiedad particular; y quedando excluidas de la alera foral únicamente las fincas cercadas y las que nunca se han corrido por ganados.

55 1998, IV (núms. 1º y 2º)

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 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.

16 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

APLICACIÓN DEL ART. 541 CC.

S. TSJA 16 de diciembre de 2005

Tal y como se falló por el TSJ de Aragón en la Sentencia de 4 de febrero de 2004, es posible la constitución de servidumbres por destino del padre de familia en Aragón (art. 541 Cc.), si bien para la apreciación de los signos aparentes de servidumbre se aplica el régimen jurídico aragonés (arts. 144 y 145 Comp.), y no el régimen jurídico del Código civil, pues este régimen desconoce la tradición jurídica aragonesa.

5 2007, XIII

CASACIÓN FORAL

• **DESESTIMACIÓN DE LOS MOTIVOS**

S. TSJA 26/2016, 16 de noviembre de 2016

El demandante ejercita acción negatoria de servidumbre de paso y el demandado reconviene ejercitando acción confesoria de servidumbre. La sentencia de primera instancia estima íntegramente la demanda reconvencional, mientras que la sentencia de apelación la revoca parcialmente y reduce el número de servidumbres existentes. El recurso de casación versa sobre las servidumbres que la sentencia de Audiencia no ha considerado existentes. El primer motivo de infracción procesal alega infracción del principio de justicia rogada, pero

es desestimado porque la sentencia de apelación no introduce hechos nuevos en el proceso; la indebida, arbitraria y manifiestamente errónea apreciación de los hechos alegada como segundo motivo de infracción procesal es rechazada porque la valoración de la prueba realizada en la sentencia recurrida supera el test de racionalidad; en el recurso de casación, el recurrente pretende introducir nuevos signos externos o aparentes de servidumbre, olvidando que en casación hay que partir de los hechos declarados probados en las sentencias de instancia, puesto que no estamos ante una tercera instancia, por lo que el motivo se rechaza.

24 RDCA-XXIII-2017

CONSTITUCIÓN POR SIGNO APARENTE

S. TSJA 25/2013, 25 de junio de 2013

Se trata de la constitución de la servidumbre por el titular del predio, que posteriormente es dividido, habitualmente denominada constitución por el padre de familia. El balcón corrido existente continuó existiendo después de la segregación de parte de la finca, transmitida a la demandada por su padre, y también tras la adquisición de la herencia por parte de ambos litigantes, una vez fallecido su progenitor, balcón que tiene consideración legal de voladizo. Tampoco el hecho de que, bajo dicho balcón, existieran unas dependencias para albergar animales y otros usos, que fueron derribados por el padre, y que no ocupaban la totalidad del espacio situado bajo el voladizo, impide la función constitutiva de dicho signo, conforme al art. 566 CDFA.

30 RDCA-XIX-2013

• **INEXISTENCIA**

S. TSJA 11/2013, 21 de febrero de 2013

Del resultado de la prueba práctica deducen las sentencias de instancia que no existe signo aparente de servidumbre de paso entre las fincas inicialmente del mismo dueño, y tal conclusión no ha sido combatida por la única vía posible a tal fin, el recurso extraordinario por infracción procesal, por lo que no cabe apreciar que se haya

infringido el art. 541 Cc. pues falta el primero de sus presupuestos, que es la existencia de signo aparente de servidumbre. También faltan los requisitos para su adquisición por usucapión (actos posesorios de paso con el *animus* preciso para la adquisición de la servidumbre), y además no ha transcurrido el plazo de diez años.

12 RDCA-XIX-2013

DE ACUEDUCTO

• **LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO**

S. APT 18 de marzo de 2003

La constitución de una servidumbre legal de acueducto, de los art. 577 y ss. Cc., exige demandar a todos los propietarios afectados por ella, pero no se aplica esta exigencia cuando lo que se pretende, como sucede en este caso, es la declaración de la existencia de una servidumbre ya constituida, en cuyo caso tan sólo es necesario llamar al proceso a aquellos propietarios que niegan o cuestionan la existencia de la misma.

25 2005-2006 (XI-XII)

• **USUCAPIÓN**

S. APT 18 de marzo de 2003

Esta servidumbre puede adquirirse por título, lo que no ha sido demostrado o por usucapión.

Ahora bien, tratándose de una servidumbre discontinua, en cuanto que se utiliza tan solo dos veces al año, tan sólo podrá constituirse conforme al art. 148 Comp. por prescripción inmemorial, habida cuenta de que en el presente caso ni siquiera ha llegado a alegarse la existencia de justo título para la constitución de la misma.

25 2005-2006 (XI-XII)

DE ANDAMIAJE

• **USUCAPIÓN**

S. APT 7 de febrero de 2005

Pretende el actor apelante que se le reconozca la existencia de una servidumbre de an-

damiaje adquirida por usucapión. Como ha indicado el TS en su sentencia de 9 de mayo de 1989, el derecho reconocido en el art. 569 Cc. denominado servidumbre de andamiaje es un derecho legal reconocido en el Código civil que no puede declararse, en contra de lo que pretende el actor, como un derecho de servidumbre continua y permanente, tal y como se deduce de los propios términos empleados en el artículo cuando condiciona a que sea indispensable para realizar las reparaciones, y que sólo entran en juego cuando esas reparaciones sean actuales e inmediatas.

15 2007, XIII

DE ANTENA T.V.

• USUCAPIÓN

S. APT 13 de junio de 1997

La antena que el demandado tiene colocada en su edificación y adosada a la pared de los actores, de manera que sobrevuela sobre el tejado de éstos, es un signo de servidumbre aparente, continua y positiva, susceptible de ser adquirida por usucapión como indican los arts. 147 Comp. y 537 Cc.

23 1998, IV (núms. 1º y 2º)

DE DESAGÜE

• APLICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

S. APT 23 de noviembre de 1995

Al carecer la Compilación de regulación expresa en esta concreta materia, son de aplicación supletoria (art. 1.2 Comp.) el art. 552 servidumbre natural de aguas pluviales) y los arts. 586 a 588 Cc. que, al regular el desagüe de los edificios, imponen al propietario la obligación de recoger las aguas pluviales o residuales de modo que no causen perjuicio a las fincas contiguas y, sólo cuando no sea posible darles salida por su propia casa, puede exigir la constitución de una servidumbre de desagüe previa la indemnización correspondiente.

27 1997, III (núm. 1º)

• EXTINCIÓN

S. JPII Teruel nº 1, 8 de noviembre de 1995

Sentado el nacimiento de la servidumbre, será necesario analizar si efectivamente ésta quedó extinguida por el desuso, de acuerdo con el art. 546.2 Cc. en relación con el art. 147 Comp. Sobre este punto, no queda acreditada en la prueba la extinción de la servidumbre por dicha causa, por consiguiente se ha de mantener por vigente.

61 1997, III (núm. 1º)

• USUCAPIÓN

S. JPII Teruel nº 1, 8 de noviembre de 1995

Al permanecer abierto entre ambos edificios un caño o tubería para recibir las aguas que provenían de la finca propiedad del actor durante más de 10 años es posible adquirir dicha servidumbre por usucapión ex art. 147 Comp.

61 1997, III (núm. 1º)

S. APZ 19 de febrero de 1997

No se ha adquirido servidumbre de desagüe alguna, pues aun teniendo un signo aparente, como es la bajante que los demandados han adosado a la pared de los actores, no ha transcurrido el tiempo necesario para su adquisición.

35 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. JPI Zaragoza nº 13, 8 de mayo de 1997

No hubo adquisición por usucapión, pero, en todo caso, las alegadas servidumbres se extinguieron por contrato en el que se pacta que los desagües de una y otra vivienda serían absolutamente independientes.

3 2000, VI (núm. 1º)

S. APT 3 de diciembre de 1997

La apertura de ventanas, instalación de salientes para tender y desagües que recaen sobre la propiedad de la actora tienen más de 5 años, elementos todos ellos perfectamente visibles para calificar esta servidumbre de aparente ex art. 532 Cc. y adquirible por usucapión (arts. 437 en relación con los art. 447 y 1940 Cc. y en relación con el art. 1.2 Comp.); y de conformidad con lo previsto en los arts. 145 y 147 Comp. se adquiere por el transcurso de 10 años sin necesidad de justo título ni buena fe.

30 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APZ 15 de diciembre de 2004

Se declara adquirida por usucapión servidumbre de desagüe conforme al art. 147 Comp. sin que, por ello, sea de aplicación lo dispuesto en el art. 586 Cc.

83 2005-2006 (XI-XII)

DE EVACUACIÓN DE AGUAS PLUVIALES

S. APZ 21 de noviembre de 2005

Por lo que respecta a los tubos de evacuación de aguas pluviales, no existe prueba para poder hablar de adquisición de servidumbre aparente ex art. 147 Comp. La conducción de aguas pluviales está adosada a medianería perteneciente a la actora, con lo que —en principio— ella no tiene por qué sufrir en su propiedad esa servidumbre, puesto que no se ha probado que no exista otro medio para dicha evacuación, como exigen los arts. 586 y 588 Cc.

54 2007, XIII

DE MEDIANERÍA

S. APT 16 de mayo de 1994

Servidumbre de medianería: improcedencia. Pared situada entre dos fincas colindantes: vertido de escombros por el demandado en te-

rreno existente con apoyo en la pared privativa de la casa propiedad del actor.

22 1996, II (núm. 1º)

S. APH 4 de diciembre de 2000

Aplicación supletoria de los arts. 572, 577 y 579 Cc. La apertura de huecos o ventanas en paredes medianeras está autorizada por el art. 144.1 Comp. y no es signo contrario a la medianería.

28 2001-2002 (VII-VIII)

• DERECHO SUPLETORIO

S. JP II Ejea nº 2, 9 de mayo de 1994

La sentencia aplica el art. 572 del Cc. Respecto del art. 573.1º Cc. dice que carece de aplicación por estar permitida en la Compilación la apertura de huecos en pared medianera.

12 1996, II (núm. 2º)

• NATURALEZA

S. JPI Zaragoza nº 17, 7 de diciembre de 2004

La medianería es una situación de comunidad especial regida por las normas específicas de los arts. 571 y ss. del Cc. e inserta en el Título correspondiente a las servidumbres. Su existencia no tiene por qué llevar aparejada necesariamente una significación de utilización física, bastando con que cumpla la función de separación o delimitación de propiedades. La pared divisoria es una unidad física-jurídica, de dominio común de los litigantes, y en este sentido, no cabe reputar como existentes mitades de la misma ni tampoco referirse a la mitad que corresponde a la finca de la actora. En cuanto a su extinción por no uso (art. 546), hay que entender que es una servidumbre continua y aparente. La renuncia a esta situación de comunidad no da derecho a demoler el muro medianero. En la reconstrucción de viejas paredes medianeras hay que atender a la evolución experimentada por las técnicas de construcción (art. 3.1 Cc.).

111 2005-2006 (XI-XII)

• **PRESUNCIONES**

S. JPII Barbastro 26 de febrero de 1996

La presunción en favor del carácter de pared medianera de las divisorias de edificios (art. 572.1º Cc.) no viene obstaculizada por existencia de ventanas en la parte superior de la pared discutida, pues el art. 144 Comp. autoriza la apertura de las mismas en las paredes medianeras. La parte demandante está obligada a demostrar el carácter de pared privativa.

58 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APZ (Secc. 4ª) 22 de noviembre de 2013

La existencia de huecos o ventanas carece de relevancia por dos razones. Una, porque no existían antes de su saneamiento. El que se hayan construido después con una finalidad de ventilación no influye en la realidad existente en el momento previo a la obra, que es el que determinará si es medianera o no. Y, segundo, porque en Aragón es perfectamente lícito abrir huecos en pared medianera (art. 144 de la antigua compilación de Derecho Civil de Aragón, actuales arts. 545 y 547-2 Código de Derecho Foral de Aragón), lo que está prohibido en el régimen común (art. 580 Cc.).

55 RDCA-XX-2014

• **SIGNOS CONTRARIOS**

S. APZ 21 de mayo de 1997

La presunción contraria a la existencia de medianería recogida en el art. 573. 1 Cc. no tiene en Aragón la misma trascendencia que en el Derecho común, ya que en nuestro ordenamiento foral se permiten los huecos en pared medianera.

43 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APT 27 de julio de 1997

En Aragón, la existencia de huecos o ventanas no es un signo decisivo del carácter que preconiza el art. 573.1, pues el art. 144 permite tales aperturas, por lo que el antedicho signo

contrario del Cc. no es de por sí solo determinante en Aragón del carácter privativo del muro o pared medianera.

27 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. JPII Calamocha 10 de diciembre de 1997

A la presunción de la servidumbre de medianería no se opone la existencia de un hueco abierto en dicha pared del que se beneficia la vivienda del demandante ex art. 573 Cc., pues tal hueco se ha de calificar como un acto tolerado al amparo de los arts. 144 y 145 Comp.

27 1999, V (núm. 1º)

• **USUCAPIÓN**

S. APT 26 de enero de 1994

Acciones declarativas de propiedad y reivindicatoria. Propiedad sobre pared medianera y obras de alzamiento sobre la misma; usurpación de servidumbre aparente: 10 años. Se destima la acción reivindicatoria del actor.

20 1996, II (núm. 1º)

S. JPI Zaragoza nº 14, 10 de octubre de 1994

Se entiende adquirida por usucapión de diez años la servidumbre de medianería sobre una pared particular del vecino, en razón de los soportes de antena de televisión y peldaños de acceso durante dicho tiempo.

22 1996, II (núm. 2º)

S. APT 18 de octubre de 1994

Servidumbre de medianería: se condena a los demandados a retranquear respecto de la pared del actor la puerta metálica abierta, de forma que dicha pared quede libre de puertas y anclajes.

25 1996, II (núm. 1º)

S. JPII Barbastro 27 de febrero de 1996

Los autores coinciden de manera generalizada en establecer que la medianería, con independencia de las denominaciones del Código, se trata no de una servidumbre sino de una li-

mitación al dominio, por lo que los plazos de prescripción serán los del art. 1959 Cc. y no los del art. 147 Comp. que se refiere exclusivamente a supuestos de servidumbre.

59 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APZ 11 de mayo de 1998

No procede estimar la pretensión de la parte demandante que considera el muro como de su exclusiva propiedad. Además, no hay que olvidar que las servidumbres pueden adquirirse por 10 años entre presentes y 20 entre ausentes. El concepto de «entre presentes» significa que no resida en el extranjero (art. 1958 Cc). Además, en este caso la realidad constructiva se acomoda a las previsiones del art. 571 Cc.

40 1999, V (núm. 2º)

S. APZ 1 de junio de 1998

No consta acreditado que la construcción tenga una antigüedad superior a 10 años, plazo para poder adquirir por prescripción tal servidumbre de medianería, según el art. 147 Comp.

41 1999, V (núm. 2º)

S. JPII Ejea nº 1, 27 de febrero de 2009

Los demandados reconvenientes han adquirido por usucapión el derecho a apoyarse en ese muro. El cerramiento de los demandados lleva construido, al menos, desde enero de 1988, más del tiempo previsto en el art. 147 Comp. para la adquisición por usucapión de servidumbres, por lo que los reconvenientes han adquirido por usucapión derecho de medianería sobre el muro referido.

58 RDCA 2011, XVII

DE PASO

S. APH 28 de abril de 2000

Servidumbre aparente y discontinua adquirida por usucapión (art. 147 Comp.), que no se ha extinguido por el no uso pues harían alta conforme al art. 546 Cc. (aplicable supletoriamente) 20 años, lo que no se ha acreditado.

Publicidad de las servidumbres aparentes. Ganada la servidumbre por usucapión, no es de aplicación el art. 564 Cc. previsto para las de constitución forzosa, por lo que es intrascendente que el acceso a su propiedad por un lugar determinado siga siendo necesario.

21 2001-2002 (VII-VIII)

S. JPII Monzón nº 2, 8 de noviembre de 2006

Se descarta que la servidumbre de paso existente sea una servidumbre voluntaria adquirida por usucapión conforme a los arts. 147 y 148 Comp., porque la posesión no es «ad usucapionem» y porque falta la alegada posesión inmemorial; en cambio, se afirma que se trata de una servidumbre de paso forzosa a favor de los fundos enclavados aceptada voluntariamente por los propietarios del fundo sirviente, sin necesidad de acudir a una sentencia constitutiva. La indemnización no es requisito esencial. La necesidad de paso se ha extinguido en la actualidad para todos los propietarios de los fundos dominantes, menos para uno, por lo que la sentencia declara la extinción de la servidumbre de paso respecto de los primeros y la mantiene para el segundo.

65 RDCA-2008-XIV

• ADQUISICIÓN

S. APT 10 de enero de 1994

Servidumbre de paso: a tenor del Cc. la servidumbre de paso, por ser discontinua, sólo puede adquirirse mediante título o negocio jurídico, y ello sin perjuicio de la posibilidad de invocar la prescripción inmemorial anterior a la publicación del Cc.; en el Derecho aragonés, estas reglas no se aplican, pudiendo adquirirse este tipo de servidumbre por prescripción sin necesidad de título ni de buena fe.

19 1996, II (núm. 1º)

S. APT 8 de abril de 1994

Servidumbre de paso: a tenor del Cc. la servidumbre de paso, por ser discontinua, sólo puede adquirirse mediante título o negocio jurídico, y ello sin perjuicio de la posibilidad de

invocar la prescripción inmemorial anterior a la publicación del Cc.; en el Derecho aragonés, estas reglas no se aplican, pudiendo adquirirse este tipo de servidumbre por prescripción sin necesidad de título ni de buena fe.

21 1996, II (núm. 1º)

S. APT 4 de noviembre de 1995

La sentencia parece incurrir en una contradicción interna pues, en relación a una servidumbre de paso que califica como continua (sic) y aparente, dice, por un lado, que sólo podrá adquirirse mediante título (art. 539 Cc.), salvo que se trate de un gravamen de esa índole anterior al propio Código, en cuyo caso sería susceptible de adquisición por prescripción inmemorial (disp. trans. 1ª Cc.); pero, por otro lado, la considera susceptible de usucapión ex art. 147 Comp.

25 1997, III (núm. 1º)

S. APZ 5 de junio de 1996

Se estima la demanda, negatoria de servidumbre de paso. Se habría extinguido por no uso (art. 546-2º Cc.). A mayor abundamiento, siendo servidumbre discontinua sólo mediante título podría haberse adquirido (art. 539 Cc.), «ya que la usucapión de los arts. 147 y 148 Comp. exige diez años de uso, lo que no se produce».

24 1997, III (núm. 2º)

S. APH 15 de mayo de 1997

En Aragón todas las servidumbres aparentes pueden ser adquiridas por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título ni buena fe.

8 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APT 28 de mayo de 1997

La adquisición de una servidumbre de paso por usucapión, aun cuando no requiere ni justo título ni buena fe, exige un determinado tiempo de posesión (10 o 20 años) y además, por aplicación del Código civil, ex art. 1.2 Comp., que esa posesión o disfrute lo sea

en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida, no aprovechando a ella los actos de carácter posesorio ejecutados en virtud de licencia o por mera tolerancia del dueño, como se desprende de los arts. 1.941 y 1.942 Cc.

22 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. JPII Tarazona 6 de junio de 1997

El art. 539 Cc. no resulta aplicable en Aragón dado el contenido de los arts. 147 y 148 Comp.

17 1999, V (núm. 1º)

S. APH 16 de junio de 1997

En Aragón no puede negarse la legitimación del actor cuando pretende haber adquirido una servidumbre de paso por usucapión.

11 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APT 27 de octubre de 1997

La Compilación aragonesa exige para la constitución de servidumbre por usucapión el tiempo de 10 años entre presentes y 20 entre ausentes, sin necesidad de justo título ni buena fe, cuando la servidumbre es aparente (art. 147) y con buena fe y justo título, cuando la servidumbre es no aparente (art. 148).

28 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APZ 17 de julio de 1998

Es preciso apartarse de la Sentencia apelada en el punto relativo a que las servidumbres de paso no pueden adquirirse por prescripción; así es, indudablemente, según el Derecho común, pero no con arreglo a nuestra Compilación, que también permite su creación por el transcurso del tiempo en los arts. 147 y ss.

50 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APH 16 de abril de 2003

Esta servidumbre se constituyó en virtud de título entre el cahusabiente del demandado y no de los demandantes, fijando como ancho de la misma 4 metros, la ampliación del camino hasta los 6 metros se debió a la aportación de

terreno que hicieron los demandantes, en concreto uno de ellos el Sr. CP. Por ello, ni el título constitutivo ni la posesión han afectado a una zona de terreno del predio sirviente superior a cuatro metros.

16 2005-2006 (XI-XII)

S. APZ 15 de septiembre de 2005

No es aplicable al caso el art. 541 Cc. La Sala, aun a pesar de que la cuestión es dudosa, considera, en contra de lo apreciado por sentencia de instancia, que el paso no es meramente tolerado, sino que es un paso «imprescindible», al carecer de otro paso para acceder a la vivienda. Conforme al art. 564 Cc. se trata de un derecho necesario de los dueños de la finca «enclavada». La Audiencia entiende que al menos desde 1993 los demandados gozaron de un paso al que tenían derecho, por lo que bien por título (acuerdo verbal), bien por usucapión (art. 147 Comp.), han constituido sobre el paso litigioso una servidumbre.

49 2007, XIII

S. APT 10 de abril de 2006

Servidumbre aparente de paso adquirida respecto de unas fincas por usucapión (art. 144 Comp.) y respecto de otras por título (art. 537 Cc.). Aplicación supletoria del art. 532.

35 RDCA-2008-XIV

• **APARENTE**

S. APH 18 de marzo de 2009

En Aragón solo las servidumbres aparentes pueden ser adquiridas por usucapión, de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título ni buena fe, a diferencia de las servidumbres no aparentes (art. 147 Comp.); son aparentes las que indica el art. 532 Cc., de aplicación supletoria (art. 1.2 Comp.). La servidumbre de paso puede ser o no ser aparente, según los casos. 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 o carril.

22 RDCA 2011, XVII

S. APT 19 de octubre de 2009

La servidumbre de paso puede o no ser aparente, según los casos, pues puede ejercitarse por un lugar determinado con signo visible o usarse sin signo alguno exterior visible de su uso o ejercicio. En el caso la servidumbre se califica de aparente (arts. 147 Comp. y 532 Cc.). Se acoge la petición de modificación (arts. 565 y 566 Cc.).

40 RDCA 2011, XVII

• **APLICACIÓN DE LOS ARTS. 564 Y SS. CC.**

S. APT 16 de octubre de 1995

Habida cuenta de la regulación que contienen los arts. 143 y 144 sobre relaciones de vecindad y 145 a 148 sobre servidumbres, son de aplicación supletoria, de acuerdo con el art. 1.2 Comp., los arts. 564 y ss. del Cc. sobre la servidumbre de paso.

23 1997, III (núm. 1º)

S. APT 27 de octubre de 1997

Invoca el recurrente el art. 564 Cc., pero no con la finalidad de solicitar su constitución mediante este pleito, sino dándola por ya existente. En este sentido, la servidumbre de paso legal, como discontinua, sólo puede adquirirse en virtud de título, por escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente, por sentencia firme o por destino del padre de familia.

28 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APT 7 de noviembre de 1997

De cualquier manera, y aun habiendo adquirido el actor la servidumbre de paso ex art. 147 Comp., tendría derecho a la misma conforme al art. 564 Cc. Por lo que respecta a la anchura de la servidumbre se acoge el recurso interpuesto por ser de aplicación el art. 566 Cc.

29 1998, IV (núms. 1º y 2º)

- **CONSTITUCIÓN**

S. APT 2 de febrero de 2013

En 1950 una vez donado por el padre a su hija el inmueble contiguo al suyo y edificada por ésta su vivienda unos cinco años después, se abrió una puerta que comunicaba la propiedad de doña R con la de don J, en concreto con la franja de terreno que se venía utilizando de paso por los clientes de don J que acudían a su carpintería y que comenzó a utilizar doña R para acceder a su finca desde la calle. Dicha puerta fue confeccionada y colocada por don J, carpintero de profesión, por lo que puede decirse que hubo un concierto de voluntades entre los propietarios de ambos inmuebles en virtud del cual se constituyó la servidumbre. Pero, aun cuando pudiera considerarse que no existe título adquisitivo de la servidumbre, no hay que olvidar que la senda que ha venido siendo utilizada para acceder a la propiedad de los actores con una puerta abierta expresamente desde este inmueble a dicha senda, es un signo aparente de paso que puede ser adquirido por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título ni de buena fe (art. 568 CDFA).

39 RDCA-XX-2014

- **CONSTITUCIÓN: POR SIGNO APARENTE**

S. APT 5 de marzo de 2013

Hay que partir como premisa de que ambas parcelas pertenecieron en su momento a un mismo propietario, don R, padre del actor y abuelo del demandado, repartiéndola a su fallecimiento entre el actor y la madre del demandado de quien el mismo trae causa. Resulta evidente que, si al tiempo de producirse la división, no se hizo constar la voluntad contraria se constituyó una servidumbre de paso por signo aparente regulada en el art. 566 CDFA que establece que la existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas establecido por el propietario de ambas se considerará suficiente, cuando se enajenare una, para que se entienda constituida la servidumbre, a no ser que, al tiempo de separarse la propiedad de las dos

fincas, se exprese lo contrario en el título de enajenación.

42 RDCA-XX-2014

- **CUESTIONES PROCESALES**

S. TSJA 11 de mayo de 2007

No cabe revisar en casación los hechos probados por la sentencia recurrida cuando ésta estima que la recurrente adquirió por usucapión la servidumbre de paso con una anchura de 70 cm, ya que la notoriedad del uso o la lógica anchura de las mismas no evidencian error palmario, apreciación arbitraria de los hechos, etc. que permita revisar esta cuestión en casación. Alega también el recurrente errores procesales de la Audiencia, pero en casación sólo se atiende a las cuestiones sustantivas dejando las previstas en el art. 469 Lec. para el procedimiento extraordinario por revisión procesal que acaso debía haber utilizado esta parte.

6 RDCA 2008, XIV

- **EXTINCIÓN**

S. APH 10 de julio de 1995

La servidumbre de paso no puede considerarse extinguida aun cuando el predio dominante tenga otras salidas a camino público, pues en el caso no se está tratando de la constitución ex novo de una servidumbre de paso forzoso, no siendo de aplicación al caso al art. 568 Cc. Y por ello, porque a las servidumbres voluntarias no les son de aplicación, en general, los preceptos específicos de las servidumbres legales y, por lo tanto, si la vereda no consta que naciera por imposición legal de los arts. 564 y ss. Cc. no debe entenderse extinguida por el juego del art. 568 Cc.

17 1997, III (núm. 1º)

S. APH 27 de marzo de 1996

El modo de extinguirse la servidumbre contemplado en el art. 568 Cc., finca enclavada que cesa en esa situación por abrirse un camino público o reunirse con otra que no lo tenga, no es

de aplicación a la servidumbre ganada por usucapión, como es la del presente caso.

6 1997, III (núm. 2°)

S. APZ 5 de junio de 1996

Se estima la demanda, negatoria de servidumbre de paso. Se habría extinguido por no uso (art. 546-2° Cc.). A mayor abundamiento, siendo servidumbre discontinua sólo mediante título podría haberse adquirido (art. 539 Cc.), «ya que la usucapión de los arts. 147 y 148 Comp. exige diez años de uso, lo que no se produce».

24 1997, III (núm. 2°)

S. APH 30 de enero de 2003

Según advirtieron algunos testigos, el padre del actor y el hermano y tío de las demandadas pactaron entre sí que el primero podía pasar por la finca de los segundos a cambio de un cerdo, pacto que serviría de justo título para adquirir la servidumbre en el caso de que la misma no fuera aparente. Pero, aun cuando negáramos la existencia del título, se trata de una servidumbre aparente: hay camino, y la misma puede ser adquirida por usucapión de 20 años. Tampoco debe prosperar, lo alegado por las demandadas acerca del no uso de la servidumbre, puesto que todos los años, el actor pasa por la finca de las demandadas con su maquinaria agrícola.

15 2005-2006 (XI-XII)

S. APH 4 de junio de 2004

En pleito anterior se declaró extinguida la servidumbre de paso, sin embargo no se instó la supresión de la puerta a través de la que se ejercía. La existencia de dicha puerta carece de sentido y su mantenimiento por parte de la demandada de justificación y utilidad, pues no tiene cobertura en el régimen de la propiedad según el derecho aragonés. La propietaria de la finca a la que gravaba la servidumbre tapió la puerta, acción que se considera ajustada a derecho.

59 2005-2006 (XI-XII)

• **INAPLICACIÓN DEL ART. 541 Cc.**

S. APZ 15 de septiembre de 2005

No es aplicable al caso debatido el art. 541 Cc., puesto que este precepto exige que el signo aparente de servidumbre lo sea entre dos fincas y establecido por el propietario de ambas. En el caso enjuiciado no se da ninguna de ambas circunstancias, puesto que el propietario inicial no estableció ningún signo aparente de paso, porque —además— no lo precisaba, al ser dueño de una sola parcela.

49 2007, XIII

• **NATURALEZA**

S. APT 20 de julio de 1998

La servidumbre de paso, salvo cuando existe carril, camino u otro signo permanente de su existencia, tiene el carácter de discontinua y no aparente, no bastando para convertirla en aparente la simple existencia de huellas de vehículo reveladoras de un paso que bien puede ser circunstancial, y es por ello que la misma solo puede adquirirse por prescripción en los términos que establece el art. 148 Comp.

25 1999, V (núm. 2°)

S. APH 19 de noviembre de 1998

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. La apariencia, según signos exteriores, se refiere a aquellos datos que, por permanentes, instrumentales e inequívocos, velan objetivamente el uso de la servidumbre y la situación de un predio respecto al otro. Es aparente la servidumbre de paso cuando se ejercita por camino o carril.

23 1999, V (núm. 2°)

S. JPII Alcañiz n° 2, 7 de octubre de 2004

El art. 539 Cc. rechaza la posibilidad de adquisición de las servidumbres discontinuas por

usucapición, mientras que los arts. 147 y 148 Comp. admiten la usucapición tanto de las servidumbres aparentes como de las no aparentes. La aplicación del art. 147 o 148 Comp. a una servidumbre de paso depende de la naturaleza aparente o no aparente del paso utilizado. En el caso de autos, la servidumbre debe tener naturaleza aparente porque se trata de un camino perfectamente rotulado y delimitado.

95 2005-2006 (XI-XII)

NO APARENTE

S. APH 6 de mayo de 2009

La servidumbre de paso puede ser o no aparente, según los casos, en función de si existe o no un signo aparente de servidumbre (arts. 147 Comp. y 532 Cc.). Si no se detectan huellas, marcas o vestigios de que el paso se realiza a través de un camino o carril que delimita el recorrido, tampoco puede afirmarse que existe un signo aparente de servidumbre. La falta de apariencia es relevante en este supuesto no solo para descartar la constitución de la servidumbre por usucapición, sino también por título, si admitiéramos la fuerza probatoria de la escritura de 1790, dado que, en esa hipótesis, faltaría la inscripción de la servidumbre no aparente en el RP y la demandada desconocía su eventual constitución, por lo cual no puede perjudicar a quien tiene la cualidad de tercero hipotecario.

24 RDCA 2011, XVII

S. APH 23 de septiembre de 2009

Las servidumbres de paso pueden ser aparentes o no aparentes conforme al art. 532 Cc., de aplicación supletoria; sólo las servidumbres aparentes pueden ser adquiridas por usucapición ordinaria (art. 147 Comp.). Lo decisivo para que la servidumbre sea aparente 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 usucapición sin necesidad de justo título ni buena fe.

28 RDCA 2011, XVII

• TUTELA DE LA POSESIÓN

S. APH 15 de mayo de 2007

La estimación de la acción de tutela sumaria de la posesión sobre el camino litigioso protege la posesión del paso del demandante, y no derecho alguno sobre él (servidumbre de paso), sin perjuicio del derecho de las partes a acudir al proceso declarativo correspondiente con el fin de discutir allí las cuestiones de derecho que pudieran suscitarse.

30 RDCA 2009, XV

• USUCAPIÓN

S. JPII Caspe 2 de marzo de 1994

Se declara la existencia, por usucapición, de servidumbre de paso aparente discontinua.

6 1996, II (núm. 2º)

S. JPII Teruel nº 1, 14 de marzo de 1994

No se considera probada la posesión necesaria para la usucapición.

8 1996, II (núm. 2º)

S. APH 25 de abril de 1994

Servidumbre de paso: Usucapición de servidumbres aparentes: es aparente la servidumbre de paso cuando se ejercita por camino o carril.

10 1996, II (núm. 1º)

S. APZ 23 de julio de 1994

Servidumbre de paso: posibilidad de adquisición por prescripción de esta servidumbre: necesidad de probar el tiempo para su adquisición; no basta como signo aparente de servidumbre la apertura de puertas al fundo colindante cuando el paso está obstaculizado por vallas.

38 1996, II (núm. 1º)

S. APT 7 de septiembre de 1994

Servidumbre de paso: la adquisición por usucapición de la mismas dista mucho del Dere-

cho común. Usucapión: no se aplican para su adquisición los requisitos de la posesión inmemorial del art. 148 Comp., dictado para las servidumbres no aparentes; no se aplican las reglas generales de la prescripción del dominio y de los demás derechos reales, sino lo dispuesto en el art. 147 de la Compilación.

24 1996, II (núm. 1º)

S. APT 18 de octubre de 1994

Servidumbre de paso voluntariamente constituida; ampliación de la servidumbre por uso reiterado agravando la servidumbre previamente constituida sobre el fundo sirviente: adquisición por usucapión de exceso, no procede: abuso en el uso de la servidumbre meramente tolerado por el dueño del fundo sirviente.

25 1996, II (núm. 1º)

S. APT 7 de noviembre de 1994

Servidumbre de paso: usucapión: no procede por no haberse cumplido el plazo exigido por la ley.

36 1996, II (núm. 1º)

S. APH 20 de febrero de 1995

La servidumbre de paso puede o no ser aparente, según los casos. Debe resaltarse 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 del otro, por ello puede afirmarse que es aparente la servidumbre de paso cuando se ejerce por camino o carril, como sucede en este caso, en el que la servidumbre controvertida no puede ser entendida ni contemplada con independencia de la acequia a la que sirve, por cuyo cajero se viene pasando desde siempre, por lo que en el peor de los casos para la demandada la servidumbre se habría adquirido por prescripción.

9 1997, III (núm. 1º)

S. APT 15 de junio de 1995

La servidumbre de paso con camino permanente es aparente y, por ello, puede adquirirse

por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título ni buena fe (art. 147 Comp.). En Aragón no existe la distinción a estos efectos entre servidumbres continuas y discontinuas.

21 1997, III (núm. 1º)

S. APH 10 de julio de 1995

La servidumbre de paso puede o no ser aparente, y es aparente cuando se ejerce por camino o carril como sucede en este caso, en el que la servidumbre controvertida se ha venido ejercitando por el camino que culmina en el puente construido hace más de cincuenta años, por donde se viene pasando a la finca de los demandados. Por esta razón, la servidumbre debe considerarse adquirida por prescripción, sin que pueda oponerse el hecho de que el predio sirviente fuera adquirido por el actor libre de cargas y sin que hubiera anotación de la servidumbre en el Registro, pues cuando el adquirente puede conocer la existencia de la servidumbre por sus signos aparentes no puede ampararse en la falta de inscripción.

17 1997, III (núm. 1º)

S. APH 27 de marzo de 1996

La servidumbre de paso puede ser o no aparente. En el caso de autos es aparente al ejercitarse por camino o carril, por lo que procede su adquisición por usucapión. Y no se opone a esta adquisición el hecho de que la finca del demandado tenga salida a camino público.

6 1997, III (núm. 2º)

S. APH 25 de julio de 1996

Se aprecia existencia de signo externo de servidumbre (puerta en el corral de la finca de los actores que se abre sobre el terreno de los demandados), por lo que la servidumbre sería aparente (art. 532 Cc.) y, por tanto, podría adquirirse por usucapión de diez años (art. 147 Comp.); pero no se ha probado el transcurso de este plazo de diez años.

9 1997, III (núm. 2º)

S. APH 4 de septiembre de 1996

La servidumbre de paso puede ser aparente o no; es aparente la servidumbre de paso cuando se ejercita por camino o carril; no habiéndose probado que concurra el requisito de la apariencia no es posible su adquisición por la usucapación regulada en el art. 147 de la Compilación.

10 1997, III (núm. 2º)

S. APZ 27 de enero de 1997

Cabe admitir la excepción de prescripción formulada por la parte demandada, pues en Derecho aragonés por la posesión de 10 años es posible adquirir la servidumbre de paso aparente, sin necesidad de justo título ni buena fe.

32 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APZ 19 de febrero de 1997

La constitución de la servidumbre, aunque no haya título, data de hace más de 20 años, por lo tanto fue adquirida por usucapación a tenor de art. 537 Cc.

35 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APT 7 de noviembre de 1997

Tal y como se deduce de la prueba, el actor ha adquirido el derecho real de servidumbre de paso por el transcurso de 10 años conforme al art. 147 Comp., al encontrarnos en este caso con un paso aparente, no precisándose, por lo tanto, ni justo título ni buena fe para su adquisición.

29 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APZ 19 de enero de 1998

La servidumbre discutida puede considerarse aparente (art. 147), pero aun cuando no lo fuera (art. 148), la usucapación también se produjo, pues con la finca se transmitió ese paso, como se deduce de la prueba, lo que constituiría justo título a los efectos de los arts. 1952 a 1954 Cc.

32 1999, V (núm. 2º)

S. APH 12 de mayo de 1998

Frente a acción negatoria de servidumbre de paso se alega prescripción por uso inmemo-

rial. No se considera probada ésta, pero sí usucapación de diez años.

9 1999, V (núm. 2º)

S. APZ 28 de octubre de 1998

Servidumbres no aparentes. Se niega la existencia de servidumbre de paso sobre la finca del actor (aunque acaso cabría constituir-la por ser fundo sin salida el del demandado). No hay camino propiamente dicho, sino que el paso se utiliza exclusivamente para realizar las labores propias del agro: por tanto, servidumbre discontinua y no aparente. Puesto que no hay justo título, no cabe usucapación. Tampoco se ha demostrado la posesión inmemorial.

48 1999, V (núm. 2º)

S. APH 19 de noviembre de 1998

La servidumbre de paso cuando es no aparente no puede adquirirse, sin justo título, por usucapación.

23 1999, V (núm. 2º)

S. APT 22 de marzo de 1999

A tenor del art. 147 Comp., las servidumbres aparentes pueden ser adquiridas por usucapación de 10 años entre presentes y 20 entre ausentes, sin necesidad de justo título ni de buena fe, debiendo entenderse aplicable como supletorio el Cc. (art. 1.2 Comp.) para determinar cuándo una servidumbre es aparente. En el caso de autos no se ha acreditado la apariencia de la servidumbre controvertida por lo que no es posible declarar su existencia.

20 2000, VI (núm. 2º)

S. APZ 25 de octubre de 1999

En Aragón se establece un sistema especial de adquisición de servidumbres distinto del previsto en el Código civil, de manera que es posible la adquisición de servidumbre de paso, variándose los requisitos según la misma sea o no aparente. En caso de autos, no se ha demostrado que la misma sea aparente, y no siéndolo tampoco se cumplen los requisitos del art. 148 buena fe y justo título).

41 2000, VI (núm. 2º)

S. APT 5 de noviembre de 1999

A tenor del art. 147 Comp., las servidumbres aparentes pueden ser adquiridas por usucapión de 10 años entre presentes y 20 entre ausentes, sin necesidad de justo título ni de buena fe. En el caso de autos la servidumbre es aparente y se viene ejercitando desde hace más de veinte años.

23 2000, VI (núm. 2º)*S. APZ (Secc. 4ª) 10 de abril de 2000*

El uso durante más de 20 años del camino que discurre por la finca de los actores para que los demandados reconvinentes accedan a la suya, provoca la adquisición por usucapión de una servidumbre de paso a su favor ex art. 147 Comp.

37 2001-2002 (VII-VIII)*S. JP II Ejea nº 2, 22 de junio de 2000*

En Aragón la servidumbre de paso puede ser adquirida por usucapión ex art. 147 Comp., debiendo demostrar la parte actora, el ejercicio de la misma (en concepto de dueño, pública pacífica y no interrumpida) durante 10 años. Con ello, se declara la existencia de una servidumbre (acción confesoria), que es distinta de la acción constitutiva de servidumbre ex art. 564 Cc.

57 2001-2002 (VII-VIII)*S. APZ (Secc. 4ª) 25 de julio de 2000*

Para que prospere la acción confesoria de servidumbre y teniendo en cuenta el art 147 Comp., es necesaria la existencia de un paso visible, con todas sus características físicas de anchura, longitud, ubicación de su trazado y, por otro lado, al darse el gravamen entre presentes, su utilización en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida durante 10 años. Los requisitos de necesidad y enclave de la finca dominante entre otras ajenas y sin salida a camino público, sólo deben exigirse cuando se pretenda la constitución de una servidumbre *ex novo*, es decir, cuando se ejerce una acción constitutiva y no declarativa como es la confesoria.

44 2001-2002 (VII-VIII)*S. APH 17 de mayo de 2002*

El art. 147 Comp. permite la adquisición por usucapión de todas las servidumbres aparentes. Ahora bien, la servidumbre de paso puede ser no aparente, si carece de camino u otro signo que la muestre, e incluso discontinua, pues el paso sólo se produce una o dos veces al año. No siendo aparente y siendo discontinua, tal y como resulta del art. 539 Cc., la misma no puede adquirirse por prescripción, (arts. 1941 y 1942 Cc.). Por último tampoco puede invocarse la prescripción inmemorial porque el paso por la finca era tan sólo ocasional, una o dos veces al año, por tolerancia y porque las fincas siempre estaban abiertas.

50 2003-2004 (IX-X)*S. APT 23 de enero de 2003*

La usucapión exige la plena justificación de los requisitos que establecen los arts. 147 y 1.2 Comp. en relación al art. 1930 y ss. Cc. y, en concreto, que el derecho que se pretende ostentar sobre determinados inmuebles lleve consigo una posesión pública, pacífica y no interrumpida durante los 10 años que establece el art. 147 Comp., lo que no se ha producido en el presente caso, ya que los interesados no prueban cuándo se inició el paso para vehículos sobre la finca: si adquirieron la propiedad en 1990 y se les requiere de que se abstengan de pasar el 4 de abril de 2000, debía de haber probado el *dies a quo* de dicho uso.

24 2005-2006 (XI-XII)*S. APH 30 de enero de 2003*

Según advirtieron algunos testigos, el padre del actor y el hermano y tío de las demandadas pactaron entre sí que el primero podía pasar por la finca de los segundos a cambio de un cerdo, pacto que serviría de justo título para adquirir la servidumbre en el caso de que la misma no fuera aparente. Pero, aun cuando negáramos la existencia del título, se trata de una servidumbre aparente: hay camino, y la misma puede ser adquirida por usucapión de 20 años. Tampoco debe prosperar, lo alegado por las demandadas acerca del no uso de la ser-

vidumbre, puesto que todos los años, el actor pasa por la finca de las demandas con su maquinaria agrícola.

15 2005-2006 (XI-XII)

S. APH 16 de abril de 2003

Las servidumbres aparentes pueden adquirirse en Aragón por la posesión de 10 años entre presentes sin necesidad de justo título de buena fe, pero es lo cierto que uno de los actores, el Sr. C.P., no ha consolidado esa usucapión, por cuanto habiendo adquirido la finca el 30 de mayo 1990, resulta que su causante (D. J.L.) declaró que él nunca había pasado por la finca. Si a ello añadimos que se cerró el paso del predio sirviente en marzo de 2000, es evidente que no se ha contemplado el plazo necesario para usucapir. Por ello, este demandante no podrá pasar por la finca del demandado.

16 2005-2006 (XI-XII)

S. APT 28 de junio de 2003

El art. 147 Comp. establece que las servidumbres aparentes pueden ser adquiridas por usucapión de 10 años entre presentes y 20 entre ausentes, sin necesidad de justo título ni de buena fe. Ahora bien, en todo caso el adquirente debe acreditar la existencia de su derecho de servidumbre, y no basta para ello el afirmar que pasa por el camino que reclama cuando su paso puede ser meramente tolerado porque aprovecha (como el resto de sus vecinos) la existencia de una servidumbre para la limpieza de barranco que ostenta la Confederación Hidrográfica del Ebro.

26 2005-2006 (XI-XII)

S. APH 17 de noviembre de 2003

Aun cuando el Cc. niega la posibilidad de usucapir la servidumbre de paso por ser discontinua, (arts. 537-539 Cc.), no puede aplicarse tal Derecho en Aragón, por cuanto esta Autonomía cuenta con una legislación distinta que sí permite la usucapión de esta clase de servidumbres.

23 2005-2006 (XI-XII)

S. APZ (Secc. 5) 17 de diciembre de 2003

Tratándose de una servidumbre de paso no aparente, y no habiendo justo título que la sostenga, habrá que acudir a la posesión inmemorial, pacífica y no interrumpida como título habilitante de la servidumbre paso. Y de la prueba practicada no se desprende que el paso de los demandados por la finca del actor ostente los requisitos expuestos.

38 2005-2006 (XI-XII)

S. TSJA 14 de julio de 2004

La Compilación, en su artículo 147, permite la adquisición por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes de cada clase de servidumbres, sin necesidad de título ni buena fe; pero habrá de convenirse en que solamente pueden usucapirse aquellos bienes o derechos que se disfrutaban «unidos a la intención de haber la cosa o derecho como suyos», según reza el artículo 430 del Código Civil, que resulta de aplicación. En el caso que ahora se resuelve, habiendo quedado probado que el actor no tenía intención de hacer suyo el derecho de paso, y, además, los propietarios del fundo sirviente nunca permitieron la consolidación de los derechos de los demandantes y sí solo mera licencia tolerante del paso.

6 2003-2004 (IX-X)

S. TSJA 14 de julio de 2004

La norma aragonesa, artículo 147 de la Comp., permite la usucapión de las servidumbres, aun las no aparentes, aunque no haya buena fe, ni justo título. Basta la posesión; posesión que, desde luego, habrá de reunir los requisitos que el Código Civil exige para serlo *ad usucapionem*, no bastando la que sea oculta, no pacífica, o interrumpida. *Nec vi, nec clam, nec precario*. En el caso de autos, la existencia de la posesión pública, pacífica y no interrumpida por más de diez años es hecho indubitado. También lo es, en mi opinión, que se ejercitase en concepto de titular del derecho de servidumbre de paso, y no por mera tolerancia.

6 2003-2004 (IX-X)

S. APZ 30 de noviembre de 2004

Adquisición por usucapión de servidumbre de paso al amparo de lo dispuesto en el art. 147 Comp. (usucapión de las servidumbres aparentes), cuando la misma se hace evidente por signos exteriores como la existencia de un camino apreciable a simple vista.

81 2005-2006 (XI-XII)*S. APZ 3 de marzo de 2005*

No se discute en el recurso el uso del paso, ni el período de diez años del art. 147 Comp., sino que se considera que se trata de un paso meramente tolerado que, ex art. 444 y 1942 Cc. no da lugar a nacimiento de derecho alguno. Sin embargo, de lo actuado no se deduce la existencia de esa «mera tolerancia», por lo que el recurso se desestima.

37 2007, XIII*S. JP II Ejea n° 1, 15 de abril de 2005*

En el caso la servidumbre de paso sería discontinua y aparente, y no puede considerarse adquirida por título. Cabe, no obstante, su adquisición por usucapión conforme al art. 147 Comp. (contra art. 539 Cc.), y así se estima que ha sucedido en el caso de autos.

59 2007, XIII*S. APH 26 de octubre de 2005*

El uso esporádico o discontinuo no es en Aragón trascendente a los efectos de usucapir, pues el art. 147 Comp., no distingue entre servidumbres aparentes y no aparentes. Además, la adquisición de la servidumbre por usucapión (desde 1974 a 2004) no queda extinguida por el no uso durante tal lapso, sino a lo largo de veinte años de acuerdo con el art. 546.2 Cc.

28 2007, XIII*S. APH 11 de enero de 2006*

Para adquirir por usucapión las servidumbres de paso, alegando como fundamento el art. 147 Comp., las mismas tienen que ser aparentes, entendiendo que la apariencia 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 del otro. A estos efectos, y si la servidumbre que se reclama hubiera sido aparente, podría haberse adquirido por usucapión, aun cuando su adquisición (constitución) se hubiera podido lograr (tampoco es el caso) a través de su constitución forzosa por tratarse de una finca enclavada, y ello porque para que opere la usucapión es completamente indiferente el número de accesos con los que cuente la finca.

20 RDCA 2008, XIV*S. APH 13 de enero de 2006*

Los demandados han venido usando el terreno para pasar a su finca desde hace más de 50 años. Sin embargo, este hecho no implica posesión inmemorial; la posesión inmemorial es aquella cuyo origen no consta por haberse perdido la memoria de su comienzo aquella que tiene lugar cuando la actual generación, ni por sí misma ni por tradición, haya conocido otro estado de cosas. Para adquirir por usucapión esta servidumbre, a falta de título, se requiere que la misma sea aparente, para su adquisición basta con poseer diez años entre presentes y veinte entre ausentes sin necesidad de título ni buena fe; las no aparentes, como es el caso, si son susceptibles de posesión, se pueden adquirir en los mismos plazos, pero con buena fe y justo título, aunque en todo caso, la posesión memorial, pacífica y no interrumpida produce, sin otro requisito, los efectos de la usucapión. En el caso, no hay posesión inmemorial, no hay apariencia y no hay justo título, por lo tanto no hay usucapión.

21 RDCA 2008, XIV*S. TSJA 8 de marzo de 2006*

No procede la usucapión cuando el paso es meramente tolerado y así consta en el documento de adquisición de la finca: «los compradores podrán pasar por el fundo colindante hasta que se habilite el paso por la calle Botorrita».

9 2007, XIII

S. APT 24 de marzo de 2006

La usucapión de la servidumbre de paso discontinua y no aparente requiere título (art. 539 Cc.). Aplicación supletoria del art. 532Cc.

34 RDCA-2008-XIV*S. APT 16 de noviembre de 2006*

En la adquisición de las servidumbres por usucapión, la Compilación, modificando la normativa del Apéndice, prescinde de las discriminaciones clásicas de servidumbres positivas o negativas y continuas o discontinuas, para sentar unas reglas más precisas en base a la distinción entre aparentes y no aparentes (art. 147 Comp.). Aplicación supletoria del art. 532 Cc. para determinar cuándo una servidumbre es aparente. La de paso puede ser o no aparente, según los casos.

38 RDCA-2008-XIV*S. APH 11 de julio de 2007*

Sólo las servidumbres de paso aparentes pueden adquirirse por usucapión, no así las no aparentes. Aplicación supletoria del art. 532 Cc. Es aparente la servidumbre de paso cuando se ejercita por camino o carril. 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.

32 RDCA 2009, XV*S. JP II Monzón n° 2, 11 de septiembre de 2007*

Para la usucapión de esta servidumbre resulta aplicable el art. 148 Comp., que permite la adquisición de servidumbres aparentes por la usucapión de 10 años entre presente (20 entre ausentes). La servidumbre de paso, si tiene camino o carril es aparente y por lo tanto, sin la necesidad de justo título ni buena fe puede ser adquirida por uso de la misma durante 10 años entre presentes (como es el caso), siempre que además, se den los requisitos siguientes: que la posesión lo sea en concepto de dueño (o en este caso titular del derecho de servidumbre),

pública, lo es cuando así lo evidencia el camino, pues no hay clandestinidad; pacífica y no interrumpida: ningún requerimiento, ni impedimento han hecho las demandadas hasta este momento. Por ello, y habiendo transcurrido los 10 años que exige la ley, procede declarar la existencia de una servidumbre de paso en favor del predio del demandante.

66 RDCA 2009, XV*S. APZ 30 de noviembre de 2007*

Usucapión de servidumbre de paso aparente por 10 años entre presentes, sin necesidad de justo título ni de buena fe conforme al art. 147 Comp. Aplicación supletoria del art. 532 respecto de la «apariencia» del paso. Hay signo aparente y evidente de esa servidumbre (puertas que acceden a la propiedad ajena). El paso no es de mera tolerancia, sino el paso normal y natural, aunque no exclusivo, tanto de personas como de vehículos, pero no comprende el derecho a estacionar o aparcar.

50 RDCA 2009, XV*S. APH 14 de enero de 2008*

Reitera lo dicho en anteriores ocasiones (Ss. 28-12-2006, 19-11-1998 y 16-6-1997, entre otras) sobre la usucapión de la servidumbre de paso según se trate de una servidumbre aparente o no aparente. A las aparentes se aplica lo dicho en el art. 147 Comp. El art. 532 Cc., de aplicación supletoria, indica cuándo una servidumbre es o no aparente. La apariencia en la servidumbre de paso requiere que el paso se ejercite por camino o carril, lo que no ha quedado probado en el caso de autos.

12 RDCA-2010-XVI*S. APH 19 de octubre de 2008*

Reitera lo dicho en anteriores ocasiones (Ss. 28-12-2006 y 11-7-2007, entre otras) sobre la usucapión de la servidumbre de paso según se trate de una servidumbre aparente o no aparente. A las aparentes se aplica lo dicho en el art. 147 Comp. El art. 532 Cc., de aplicación supletoria, indica cuándo una servidumbre es o no aparente. La apariencia en la servidumbre de paso requiere que el paso se ejercite por camino

o carril, lo que no ha quedado probado en el caso de autos.

25 RDCA-2010-XVI

S. TSJA 25 de noviembre de 2009

La servidumbre de paso puede adquirirse por usucapición cuando cuenta con signos aparentes. La palabra signo equivale a señal, indicio. No se necesita, por tanto, ninguna obra, sino que basta una señal de paso, un indicio, algo que revele el uso y aprovechamiento de la servidumbre.

2 RDCA 2011, XVII

S. TSJA 1 de diciembre de 2009

Las servidumbres aparentes se adquieren por el transcurso de 10 años entre presentes. En este caso la existencia de un hueco en el muro que separa las fincas evidencia la existencia de una servidumbre de paso.

16 RDCA 2009, XV

S. APZ 4 de diciembre de 2009

Respecto de una calle de propiedad privada pero de uso público, al ser un espacio ajeno a cualquier posibilidad de posesión de conformidad con lo previsto en los arts. 344 y 437 Cc., no cabe la adquisición por usucapición de una servidumbre de paso.

53 RDCA 2011, XVII

S. TSJA 20 de mayo de 2011

Según el art. 147 Comp., pueden adquirirse por usucapición las servidumbres aparentes; esta servidumbre de paso no es aparente al no haber signos externos directamente vinculados al uso o aprovechamiento; e incluso, en ese caso, aun cuando lo estuvieran, no se habría producido la usucapición toda vez que nos hallamos ante un paso permitido en precario, que se poseía en tal concepto.

12 RDCA 2011, XVII

S. TSJA 5/2013 6 de febrero de 2013

En 2001 los preceptos aplicables en materia de servidumbres eran los de la Compilación y el

art. 546 Cc. sobre renuncia tácita. Pero no resulta acreditada la existencia de una servidumbre de paso adquirida por usucapición a favor de la finca aportada. A la adquisición por usucapición de una servidumbre de paso a favor de la finca de reemplazo se aplican los preceptos del CDFA: 561, 552, 568 y 570. El paso realizado por la recurrente no sirve para fundar la usucapición pretendida por tratarse de actos de mera tolerancia de los titulares del viario privado (arts. 444, 1941 y 1942 Cc.). Además entre el término inicial o *dies a quo* (29/6/2001: aprobación del proyecto de parcelación) y el término final o *dies ad quem* (abril de 2011) no ha transcurrido el plazo de diez años preciso para la adquisición por usucapición.

6 RDCA-XIX-2013

• *USUCAPIÓN DE LAS SERVIDUMBRES NO APARENTES*

S. APT 23 de junio de 1995

La servidumbre de paso sobre predios rústicos sin constitución de un camino permanente (paso perfectamente delimitado y signos evidentes del mismo) es calificada, por lo general, por doctrina y jurisprudencia como no aparente y discontinua; por lo que, en armonía con lo dispuesto en el art. 148 Comp., para poderla adquirir por usucapición es inexcusable la justificación de un justo título de adquisición en la posesión y la buena fe.

22 1997, III (núm. 1°)

S. JP II Calamocha n° 1, 24 de septiembre de 2007

Esta servidumbre subterránea de tendido telefónico puede ser calificada de servidumbre de paso, discontinua, no aparente y legal por su utilidad pública. En lo que atañe a su adquisición se ha de aplicar la Comp., aun cuando para su calificación recurramos supletoriamente al Cc. Al no ser aparente resulta aplicable el art. 148 Comp. que exige el transcurso de 10 años entre presentes y buena fe y justo título. Ha transcurrido el plazo de los 10 años y además los demandados tenían justo título: habían sido autorizados por el anterior propietario de la vivienda. Ahora bien, al estar inscrita la propiedad como libre de

cargas se ha de tener en cuenta también el art. 36. b) Lh., y también ha pasado el año que el mismo exige, por ello el demandado ha ganado la servidumbre de paso, y no procede estimar la acción negatoria de servidumbre.

68 RDCA 2009, XV

DE PASO DE ENERGÍA ELÉCTRICA

S. APH 31 de enero de 2008

Es un «tertius genus» que queda fuera de la clasificación usual entre servidumbres prediales y personales, denominándose servidumbre de empresa, al ser la empresa concesionaria el sujeto activo de la servidumbre pues el derecho se constituye a su favor y no al de los particulares, quedando el derecho real incorporado al acervo de la empresa. Las decisiones sobre la servidumbre y su imposición son competencia exclusiva de la Administración Pública, pues sólo ella puede hacer la declaración de utilidad pública que se requiere con carácter previo para la expropiación forzosa y la constitución de la referida servidumbre.

22 RDCA-2010-XVI

DE PASTOS

S. APH 12 de diciembre de 1996

Para negar la existencia de servidumbre de pastos la sentencia descarta sucesivamente la posible existencia de una alera foral, de una mancomunidad de pastos, o de una servidumbre de pastos fundada en la posesión inmemorial.

16 1997, III (núm. 2º)

• REDENCIÓN

S. APH 20 de noviembre de 2000

Ha quedado acreditada la existencia de una servidumbre de pastos que se viene disfrutando por posesión inmemorial anterior a la entrada en vigor del Código civil. Esta servidumbre no puede calificarse como alera foral porque todas las fincas gravadas pertenecen al mismo término municipal; tampoco parece aplicable el art.

146 Comp. porque los predios sirvientes son de propiedad ajena (no se trata de alera foral ni de mancomunidades y demás ademprios). Ante la falta de una norma aragonesa que establezca la irredención de las servidumbres, la disposición transitoria 1ª Cc. permite aplicar el régimen del art. 603 Cc. a la servidumbre de pastos establecida con anterioridad al Cc.

26 2001-2002 (VII-VIII)

DE SACA DE AGUAS

S. APT 27 de diciembre de 1998

El contenido propio de la servidumbre de saca de aguas y paso para hacerla efectiva es el que resulta de lo dispuesto en el art. 1.2 en relación con los arts. 145 a 148 Comp. y los 530, 542 y ss. y 556 Cc.

28 1999, V (núm. 2º)

DE SALIDA DE HUMOS

S. JPII Teruel nº 1, 16 de junio de 1994

Triunfa acción negatoria de servidumbre, pues la alegada de salida de humos no fue adquirida por usucapión ni por disposición del enajenante.

15 1996, II (núm. 2º)

S. APT 21 de julio de 1997

Respecto de los huecos que tengan por finalidad uso distinto a dar luces y vistas, sólo pueden abrirse sobre o inmediatamente a propiedad ajena, mediante la constitución de la oportuna servidumbre por cualquiera de los títulos que recogen los arts. 537 y 598 Cc.

26 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APZ 22 de diciembre de 1998

Ejercitada acción negatoria de servidumbre, se estima y ordena cerrar el hueco abierto en pared medianera para salida de humos de la caldera de calefacción individual.

52 1999, V (núm. 2º)

S. APZ 21 de noviembre de 2005

Por lo que respecta a los tubos de salidas de humo, no existe prueba para poder hablar de adquisición de servidumbre aparente ex art. 147 Comp. El lapso de tiempo preciso no se ha acreditado. La tubería de la calefacción de los demandados sí que se ancla en pared propiedad de los actores, por lo que no tienen derecho a ello los ahora recurrentes, puesto que tampoco han acreditado el carácter o la condición de inevitable de ese recorrido de la chimenea. Prueba que a ellos competía (art. 217 Lec.).

54 2007, XIII

• *USUCAPIÓN**S. APT 30 de abril de 2001*

La servidumbre de salida de humos por chimenea presenta un carácter de positiva, continua y aparente, por lo que con arreglo a los arts. 537 y 538 Cc. y 147 Comp. puede adquirirse en virtud de título o por la prescripción de 10 años entre presentes y 20 entre ausentes, sin necesidad de título ni de buena fe; contándose el tiempo de la posesión desde el día en que el dueño del predio dominante, o el que haya aprovechado la servidumbre, hubiera empezado a ejercerla sobre el predio sirviente. En este caso, la misma ha sido adquirida pues lleva la chimenea colocada sobre la pared del vecino más de 30 años.

22 2003-2004 (IX-X)

S. APZ 12 de diciembre de 2002

Al no haber título no cabe apreciar su adquisición por usucapión pues implicando la misma una servidumbre negativa, en el sentido de no imponer al dueño del predio sirviente la obligación de dejar de hacer alguna cosa o de hacerla por sí mismo, sino en el de prohibirle hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre —tapar el hueco— el tiempo de posesión para la adquisición de la servidumbre, ex art. 538 Cc, empieza a contarse, no desde el día de su apertura, sino a partir de un acto obstativo por el que el dueño del predio dominante prohíbe al del sirviente la ejecución de un hecho que sería lícito sin la servidumbre. En el caso, como

primer hecho obstativo hay que entender el de la presentación de la demanda por el actor, es obvio que el plazo exigido legalmente no ha transcurrido.

69 2003-2004 (IX-X)

• *VENTILACIÓN FORZADA**S. APH 26 de diciembre de 2007*

El régimen normal de luces y vistas en Aragón permite salidas de aireación natural, incluso usando un tubo; pero excede de ese régimen ordinario propio de las relaciones de vecindad la ventilación forzada para la expulsión de gases —como el vapor de agua procedente de una secadora semiindustrial— o para la expulsión del aire del aparato de climatización. Esta ventilación forzada no es inocua desde el punto de vista jurídico, pues supone la aparición de un gravamen impuesto sobre un predio en beneficio de otro y, por tanto, la posibilidad de adquirir una servidumbre de salida de vapor, gases o aire por usucapión de diez años entre presentes conforme al art. 147 Comp. Se condena a la demandada a no dar salida de aire por el orificio conectado a la secadora ni por la rejilla de aireación del aparato de climatización.

39 RDCA 2009, XV

DE TENDIDO ELÉCTRICO• *ADQUISICIÓN**S. JPII Jaca n° 1, 10 de enero de 2003*

La servidumbre de conducción eléctrica tanto si fuera de origen forzoso (que no lo es) como la voluntaria requieren de un título de adquisición, pues la primera precisa de autorización o expropiación y la segunda, a la que pertenecería la conducción eléctrica del presente procedimiento, dado su carácter de continua y no aparente (es una conducción subterránea) precisaría del consentimiento del titular del fundo gravado o de la concurrencia de los presupuestos y requisitos de la usucapión tal y como se previene en el art. 148 Comp.

39 2005-2006 (XI-XII)

- **USUCAPIÓN**

S. JP II La Almunia, 7 de octubre de 1996

Tratándose la servidumbre de paso de tendido eléctrico de una servidumbre aparente y continua, el transcurso de más de diez años desde la instalación de los postes determina la adquisición de la servidumbre por usucapión por la Compañía eléctrica de acuerdo con lo dispuesto en el art. 147 Comp. Constituida la servidumbre, su régimen legal resulta de aplicación al demandado en cuanto propietario de los chopos situados en las inmediaciones del tendido eléctrico, y ello aunque no sea propietario del suelo.

72 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APZ 31 de marzo de 2001

Del expediente administrativo se deduce que la línea eléctrica en disputa procede de los años 60, sin que pueda ser discutida su condición de aparente, por lo que conforme a lo dispuesto en el art. 147 Comp. la demandada adquirió el derecho a pasarla por la propiedad de la actora.

36 2003-2004 (IX-X)

DE VERTIENTE DE TEJADO

S. APH 8 de marzo de 1995

El alero del edificio de la demandada sobrevuela sobre la finca del actor, de manera que tal y como está construida la cubierta parte del agua de la lluvia y de la nieve que recibe acaba cayendo sobre el fundo del actor-apelado, de lo que resulta que el demandado está incumpliendo con la obligación prevista en el art. 586 Cc.

12 1997, III (núm. 1º)

- **DERECHO SUPLETORIO**

S. APT 8 de mayo de 1996

A este tipo de servidumbre es aplicable el art. 543 Cc.

18 1997, III (núm. 2º)

- **EXTINCIÓN**

S. APT 8 de mayo de 1996

En la actualidad al demoler el tejado para elevar la parte del granero de la casa, las vigas sobresalen en mayor medida y recaen sobre el fundo vecino agravando la servidumbre existente: dificulta la posibilidad de que el propietario del fundo sirviente eleve su construcción y, además, el agua cae con mayor fuerza sobre el fundo sirviente. Por ello debe considerarse extinguida la servidumbre, al ser también la solución menos gravosa para la parte demandada: le sería más costoso demoler la construcción que ha realizado.

18 1997, III (núm. 2º)

S. APH 6 de octubre de 1997

No obstante haberse podido adquirir esta servidumbre por usucapión, ha quedado en todo caso extinguida por renuncia de los dueños del predio dominante.

15 1998, IV (núms. 1º y 2º)

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 sobreelevación supone una agravación de la servidumbre que infringe el art. 543 Cc, 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

- **MODIFICACIÓN UNILATERAL**

S. APH 26 de diciembre de 2007

Con la colocación de la canalera y la gárgola o caño que la remata la demandada ha modi-

ficado y agravado unilateralmente la servidumbre de vertiente de aguas pluviales en contra de los intereses de los actores, los cuales no desean que el agua se concentre en un solo punto merced a la acción del tubo final o gárgola y pueda favorecer la erosión de la tierra que cubre la superficie de su parcela. Se le condena a suprimir el canalón de desagüe colocado en la cubierta del tejado de su edificio, a fin de que las aguas viertan sobre la finca de los actores del modo en que lo hacían con anterioridad.

39 RDCA 2009, XV

• *RELACIONES DE VECINDAD*

S. JPII Teruel n° 2, 25 de mayo de 2007

Las servidumbres de vertiente de tejado no tienen en la actualidad justificación alguna, por lo que debe aplicarse con rigurosidad el art. 543 Cc., que impide al dueño del predio dominante alterar o hacer más gravosa la servidumbre. Habiéndose rehecho en su totalidad el tejado, podía haberse construido de manera que recogiese las aguas y las canalizase hacia los desagües o hacia la calle, tal y como ordena el art. 586 Cc. Más que una servidumbre propiamente dicha, se trata de una manifestación de los límites del derecho de propiedad en atención a las relaciones de vecindad. Al existir otros medios para dicha evacuación, la actora no tiene la obligación de soportar tal vertido de aguas.

62 RDCA 2009, XV

• *SIGNOS APARENTES*

S. APT 8 de mayo de 1996

En el presente caso ha de considerarse que existía una servidumbre de vertiente de tejado, que contaba con un signo aparente como es que las tejas sobresalían 10 cm, que volaban sobre la propiedad del actor.

18 1997, III (núm. 2°)

• *USUCAPIÓN*

S. JPII Ejea n° 2, 9 de mayo de 1994

El alero del tejado que sobrevuela la finca contigua y que vierte en ella las aguas pluviales

constituye signo aparente de servidumbre de vertiente de tejado y habiendo transcurrido con creces el plazo previsto en el art. 147 Comp. de persistencia de tal situación táctica, ha de concluirse la adquisición por usucapión de la servidumbre de vertiente de tejado.

12 1996, II (núm. 2°)

S. APT 22 de noviembre de 1995

La actora, en armonía con lo que establecen los arts. 147 y 148 Comp. y aunque no se hubiera tratado de un servidumbre aparente —que lo era y lo es—, ha adquirido una servidumbre de vertiente de aguas pluviales por usucapión, por cuanto la pared medianil en su origen y el vertido de las aguas sobre ella, se inició por acuerdo o convenio entre los propietarios de la época de su construcción y, por ello, en virtud de un justo título.

26 1997, III (núm. 1°)

S. APH 6 de octubre de 1997

Es un hecho probado que las aguas pluviales provenientes de la casa de los apelantes han caído libremente sobre el fundo de la otra parte y durante más de 20 años, lo que podría suponer ex art. 147 Comp. la adquisición de la servidumbre por usucapión.

15 1998, IV (núm. 1° y 2°)

S. APH 21 de diciembre de 2004

El alero del tejado que sobrevuela la finca del actor es sensiblemente parecido al antiguo ya existente por lo menos desde antes de 1925. En consecuencia, tratándose de una servidumbre aparente, los demandados han adquirido el derecho de mantener el alero por usucapión de diez años (art. 147 Comp.).

64 2005-2006 (XI-XII)

S. APH 28 de febrero de 2007

El demandado ha consolidado un derecho real de servidumbre con relación a la finca del actor al haber mantenido los aleros volando sobre dicha finca el tiempo necesario (10 años) para adquirir dicha servidumbre (art. 147 Comp.), ahora bien lo que no puede el deman-

dado es agravar esta servidumbre invadiendo una zona mayor de la que ya quedaba bajo los antiguos aleros antes de las obras, pues sobre esta mayor superficie no ha ganado ninguna servidumbre, por ello deberá retranquear el vuelo y dejarlo con la medida de 50 cm, que es la que tenía el primitivo alero.

23 RDCA 2009, XV

DERECHO SUPLETORIO

• *SIGNO APARENTE*

S. JP II Caspe 2 de marzo de 1994

Aplicación supletoria del art. 532 del Cc. en cuanto define las servidumbres aparentes y no aparentes. Según la doctrina el signo exterior de servidumbre debe tener una relación objetiva con el uso y aprovechamiento que revele la existencia de la servidumbre, ser permanente y susceptible de reconocimiento por todos.

6 1996, II (núm. 2º)

EN GENERAL

S. JP II Monzón nº 1, 20 de diciembre de 2006

La propiedad se presume libre, por lo que la existencia de un gravamen real limitativo del dominio ha de interpretarse restrictivamente, pero la presunción puede destruirse mediante la oportuna prueba en contrario. Son de aplicación los arts. 145 a 18 Comp., así como, supletoriamente, la normativa de servidumbres voluntarias de los arts. 530 a 548 Cc., aplicados en todo caso conforme a los principios inspiradores del Derecho aragonés (art. 1.2 Comp.). Se aprecia la existencia de una servidumbre de paso, que no se ha extinguido por el no uso (art. 546-2 Cc.) y no es abusivo exigir que se deje el camino libre y expedito, porque no se aprecia que exista una intención de perjudicar a la demandada sino que hay en la actora un fin serio y legítimo. No se estima la existencia de servidumbre de acueducto.

68 RDCA-2008-XIV

• *APLICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL*

S. APT 5 de diciembre de 1995

Por definición la servidumbre es un derecho real en o sobre cosa ajena (art. 530 Cc.) y hace imposible su constitución sobre cosa propia en todo o en parte (STS 12 julio 1984) por cuanto de darse tal coincidencia —titularidad dominical y de la servidumbre— la extinguiría por consolidación (art. 546, 1º Cc.).

29 1997, III (núm. 1º)

• *CITA DEL 568 CDFA EN VEZ DEL 147 COMP.*

S. TSJA 25/2012 11 de julio de 2012

El texto del art. 147 Comp., que era el vigente en el momento de la interposición de la demanda, es el mismo que ahora ha sido incorporado en el art. 568 CDFA, y la cita de éste en el motivo del recurso de casación como precepto infringido debe ser referida al art. 147 Comp., permitiendo con tal salvedad el estudio del motivo del recurso.

34 RDCA-2012-XVIII

• *PRESUNCIÓN DE QUE LA POSESIÓN SE SIGUE DISFRUTANDO EN EL MISMO CONCEPTO*

S. TSJA 25/2012, 11 de julio de 2012

Se presume que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió, mientras no se pruebe lo contrario (436 Cc.), y si bien la posesión iniciada en concepto de titular de un derecho real de servidumbre puede convertirse en un momento posterior en una posesión en precario (inversión posesoria), tal mutación deberá ser acreditada o, en su caso, solicitar la extinción de la servidumbre ya innecesaria.

34 RDCA-2012-XVIII

• *PRUEBA*

S. APT 20 de julio de 1998

En materia de servidumbres ha de partirse siempre del principio de libertad de predios,

consagrado en los arts. 346 y 348 Cc. y ya reconocido en la STS de 20 diciembre 1927, lo que impone a quien reclama la existencia del gravamen la carga de la prueba de su adquisición, o en el caso de la servidumbre legal de paso, de los requisitos de la misma.

25 1999, V (núm. 2º)

S. APH 26 de julio de 2004

La propiedad se presume libre y la existencia de un gravamen real limitativo del dominio ha de interpretarse restrictivamente. Compete la carga de la prueba de la existencia de la servidumbre a la parte que afirma que tiene a su favor dicho gravamen, que en este caso, al tratarse de una acción negatoria, es la demandada. El transcurso de los diez años del art. 147 Comp. no ha quedado suficientemente acreditado en este pleito.

60 2005-2006 (XI-XII)

EXTINCIÓN

• *No uso*

S. APT 20 de julio de 1998

Las servidumbres se extinguen por su no uso durante 20 años (art. 546.2 Cc.).

25 1999, V (núm. 2º)

S. APH 29 de noviembre de 2004

La extinción de las servidumbres por el no uso durante veinte años, prevista en el art. 546.2º Cc., es aplicable en Aragón al no existir precepto específico en la Compilación.

62 2005-2006 (XI-XII)

• **NUMERUS CLAUSUS DE CAUSAS DE EXTINCIÓN**

S. TSJA 36/2014, 17 de noviembre de 2014

La sentencia recurrida entiende que la infracción del art. 543 Cc., al hacer la servidumbre más gravosa, conlleva su extinción. Tal conclusión excede lo dispuesto en la norma pues los modos de extinción vienen establecidos en

el art. 546 Cc. y entre ellos no se contempla la alteración o el agravamiento de la servidumbre. En la regulación del CDFA es el art. 571 el que contiene las causas de extinción de las servidumbres, que en buena medida coinciden con las del art. 546 Cc., pero en ninguna de ellas se contempla la alteración o el agravamiento de la servidumbre. Y las causas de extinción vienen enumeradas de forma cerrada, como *numerus clausus* por lo que no permiten ser aplicadas a supuestos distintos de los específicamente previstos.

31 RDCA-XX-2014

INMUEBLES EN PROPIEDAD HORIZONTAL

• **LA MODIFICACIÓN NO PUEDE PERJUDICAR LOS DERECHOS DE OTRO VECINO**

S. TSJA 22/2016, 15 de septiembre de 2016

El art. 581 CDFA no ha sido infringido porque el piso de su propiedad privativa ya dispone de una conexión a la red común de desagüe, y es presupuesto de hecho para la aplicación de dicho artículo la inexistencia de tal conexión previa. Las normas de los arts. 556, 557 y 558 CDFA, que se ocupan del contenido de las servidumbres, no pueden servir de fundamento para excepcionar el régimen establecido en el art. 7 LPH aplicado por la sentencia recurrida, pues coinciden con él en impedir al recurrente cualquier alteración en los elementos del edificio que pueda perjudicar la propiedad de otro vecino. Ninguna de dichas normas permite al dueño de la finca dominante hacer modificación alguna que agrave la servidumbre en contra de lo dispuesto en el art. 543 Cc., de aplicación supletoria.

19 RDCA-XXIII-2017

MANCOMUNIDADES DE PASTOS

S. APH 12 de diciembre de 1996

El Apéndice en el art. 16 y la actual Compilación en su art. 146 reconocen la existencia, junto a la alera foral, de la mancomunidad de

pastos. Con respecto a esta figura estima la doctrina y la STS de 19-2-54 que constituirá una servidumbre cuando el derecho en que la misma consista se dé sobre fincas o propiedades ajenas y que por el contrario existirá una comunidad de pastos cuando las fincas objeto del aprovechamiento sean propiedad de las mismas personas que se benefician de éste.

16 1997, III (núm. 2º)

S. APZ (Secc. 4ª) 14 de octubre de 2011

El espinoso problema planteado por los art. 600 a 602 Cc. en orden a la distinción entre «servidumbre» y «comunidades» de pastos y leñas señala como nota distintiva entre ambas figuras el hecho de que la titularidad dominical del predio o finca en cuestión pertenezca a uno o varios de los interesados en su aprovechamiento o a la totalidad de quienes se reúnan para disfrutarla comunitariamente, apareciendo en el primero de estos casos la figura de la «servidumbre» y en el segundo la de la «mancomunidad» ya que hay dominio compartido por todos los interesados sobre cosa propia e indivisible. En este caso estamos ante un derecho real de determinados aprovechamientos, por tanto parcial sobre la totalidad de los mismos, pero en comunidad con los vecinos de Zaragoza. Que se trate, en la relación del derecho de los vecinos de María con la propiedad del Monte, que lo es de Zaragoza, (...) de un derecho real de determinados aprovechamientos, no impide que puedan ser comunales estos derechos reales. Que no necesariamente tienen que recaer sobre la plena propiedad.

74 RDCA-XIX-2013

POSESIÓN INMEMORIAL

S. APH 24 de abril de 1997

Se entiende por posesión inmemorial aquella cuyo origen no consta por haberse perdido la memoria del mismo o aquella que tiene lugar cuando la actual generación, ni por sí misma ni por tradición, haya conocido otro estado de cosas.

6 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APZ 20 de septiembre de 1997

La posesión inmemorial, como han reconocido ilustres tratadistas, más que una forma de usucapión es una presunción de título, por eso la Compilación ha reproducido el texto del último párrafo del art. 14 del Apéndice.

51 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APH 12 de mayo de 1998

Frente a acción negatoria de servidumbre de paso se alega prescripción por uso inmemorial. La Audiencia no considera probada ésta, pero sí usucapión de diez años.

9 1999, V (núm. 2º)

S. APT 20 de julio de 1998

Posesión inmemorial es aquella cuyo inicio se remonta «más allá de donde alcanza la memoria»; pero debe mantenerse en el tiempo hasta el momento en que se pretende hacer valer como título para la adquisición de la servidumbre, pues no debe olvidarse que las servidumbres se extinguen por su no uso durante 20 años (art. 546.2 Cc.).

25 1999,V (núm. 2º)

S. APH 15 de diciembre de 2004

Se entiende por posesión inmemorial (art. 148 Comp.) aquella cuyo origen no consta por haberse perdido la memoria del mismo o aquella que tiene lugar cuando la actual generación, ni por sí misma ni por tradición, haya conocido otro estado de cosas (S. APH 24 abril 1997).

63 2005-2006 (XI-XII)

S. APZ 4 de julio de 2005

En cuanto a la prescripción inmemorial (art. 148 Comp.), la regla general es la de la interpretación restrictiva, precisamente, por tratarse de una excepción al principio de «libertad de fundos». Si bien el carácter de «inmemorial», según doctrina uniforme del Alto Tribunal, hace referencia a conocimiento (aunque fuera de referencia, claro está) de que ese uso provenía de fecha anterior a la vigencia del Cc. (SSTS 16 diciembre 2004, 3 junio 1961 y 15 febrero 1989);

sin embargo, la exégesis actual es más flexible, precisamente por la lejanía en el tiempo de la aprobación de nuestro Cc. Siendo suficiente la prueba de un «uso cuyo origen es tan remoto que del mismo no se conserva memoria» (SAP Sevilla 4 diciembre 2003, Teruel 20 julio 1998).

47 2007, XIII

• *ALERA FORAL*

S. JPII Calatayud nº 2, 1 de marzo de 1994

Alera entre los municipios de Malanquilla y Aranda de Moncayo. Interpretación de concordias y hermandades de 1625, 1688 y 1820. Alegación de posesión inmemorial para justificar la modificación del alcance territorial de la alera foral en el sentido de que se ha variado con la práctica histórica lo que se pactó hace ya tres siglos: falta de posesión pacífica exigida por el art. 148 para la usucapción de las servidumbres no aparentes por posesión inmemorial no interrumpida.

1996, II (núm. 2º)

• *SERVIDUMBRE DE PASTOS*

S. APH 12 de diciembre de 1996

Tanto en la actual Compilación como en el Apéndice la servidumbre de pastos no viene impuesta «ex lege» sino que es de carácter voluntario de tal modo que, al ser alegado por los demandados que la misma se viene disfrutando por posesión inmemorial, se requiere para acreditar su vigencia que se justifique esa posesión anterior al Apéndice de 1925, al tratarse de un derecho nacido bajo el imperio de los Fueros y Observancias precedentes. Se exige una cumplida prueba para que, de modo indubitado, conste tan extraordinario medio de adquisición de la servidumbre.

16 1997, III (núm. 2º)

SERVIDUMBRE FORZOSA DE ACCESO A RED GENERAL

S. APH 31 de enero de 2008

La constitución forzosa de la servidumbre sólo podría exigirse cuando la conexión a la red

general no fuera posible realizarla por otro sitio y requeriría, en cualquier caso, la tramitación del oportuno procedimiento administrativo, donde se habría de justificar la concurrencia de los requisitos precisos y dar cumplimiento a las garantías establecidas, siendo precisa la indemnización previa al titular del predio sirviente.

22 RDCA-2010-XVI

• *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 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.

58 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

SERVIDUMBRE FORZOSA DE PASO

• *EXTINCIÓN*

S. TSJA 14/2016, 16 de mayo de 2016

La cuestión nuclear planteada en la litis es la discrepancia sobre la naturaleza que debe atribuirse a la servidumbre de paso, si voluntaria como argumenta el recurrente o si forzosa como sostiene el demandante y ahora recurrido; de ello depende el efecto inmediato de valorar cuándo puede entenderse extinguida la carga real que supone, si cuando deja de ser necesaria para el predio dominante, como ocurriría caso de ser forzosa, o si cuando lo decidan las partes, como devendría si la servidumbre se entiende como voluntariamente constituida. La

sentencia recurrida, en decisión derivada de la valoración de la prueba, concluye que la finca no tenía acceso hábil o habilitable a camino público, de modo que la vendedora venía obligada a dar el paso debatido (arts. 564 Cc. y hoy 579 CDFA), por lo que lo establecido en el contrato fue una servidumbre forzosa, no voluntaria. Interpretación que no ofrece viso alguno de ser ilógica, arbitraria o infractora de norma legal. Y ante la realidad actual de que la finca ya tiene acceso a vial público, procede la extinción de la servidumbre forzosa por aplicación del art. 580 CDFA. La servidumbre no fue inscrita en el Registro de la Propiedad.

11 RDCA-XXIII-2017

• NECESIDAD

S. TSJA 12/2011, 14 de diciembre de 2011

La aplicación del art. 564 Cc. (de contenido semejante al del 577.1 CDFA) debe ser estricta, no son atendibles, a los fines de constituir servidumbre forzosa, razones de comodidad. La acción ha de fundarse siempre en la necesidad de establecimiento de la servidumbre como único medio de obtener la salida o comunicación, ha de ser una necesidad real y no ficticia o artificiosa, que no responda al capricho o simple conveniencia. Excede del concepto de necesidad propio de una servidumbre legal pretender construir una cochera donde nunca la ha habido.

12 RDCA-2012-XVIII

USUCAPIÓN

S. JP II Caspe 2 de marzo de 1994

La Compilación de 1967, modificando, en la materia relativa a la adquisición de las servidumbres por usucapión, la normativa del Apéndice, prescinde, como dice en su Exp. de M., de las discriminaciones clásicas de servidumbres positivas o negativas y continuas o discontinuas para sentar unas reglas más precisas en base a la distinción entre aparentes y no aparentes en los arts. 147 y 148, STS 12 julio 1984).

6 1996, II (núm. 2º)

S. APT 26 de julio de 1994

Construcción de una tubería para humos que pasa por la bodega propiedad de los demandantes y se engarza con la chimenea de éstos. Acción negatoria de servidumbre: las servidumbres voluntarias se han de constituir con la voluntad de los dueños del fundo sirviente. No hay prescripción adquisitiva por no haber transcurrido el plazo exigido por la ley.

23 1996, II (núm. 1º)

S. TSJA 27 de diciembre de 1994

Los arts. 147 y 148 Comp., que regulan los requisitos para usucapir las servidumbres y la correlativa extinción de ese derecho real, son directa y preferentemente aplicables respecto de la regulación de esta materia en el Código civil.

14 1995, I (núm. 1º)

S. JP II Teruel nº 1, 27 de abril de 1995

La prueba de la existencia de servidumbre ha de consistir en la justificación bien del título en virtud del cual aquella ha quedado constituida, bien en la justificación de que se ha poseído la misma durante el tiempo necesario para adquirirla por prescripción, que en el caso del Derecho civil foral de Aragón es de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, con buena fe y justo título en el caso de las servidumbres no aparentes y sin necesidad de este último requisito en el caso de las servidumbres aparentes.

52 1997, III (núm. 1º)

S. APT 23 de junio de 1995

En Aragón todas las servidumbres, aparentes o no, pueden adquirirse por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título ni de buena fe las primeras y con esta exigencia las segundas (arts. 147 y 148 Comp.); siendo aparentes las que se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores que revelan el uso y aprovechamiento de las mismas (art. 532 Cc.).

22 1997, III (núm. 1º)

S. APH 4 de septiembre de 1996

La apariencia, según signos externos, 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.

10 1997, III (núm. 2º)*S. APZ 20 de septiembre de 1997*

El art. 148 Comp., en atención a la naturaleza de no apariencia de la servidumbre, añade dos requisitos al mero de la posesión: la buena fe y el justo título; exigencias inexistentes en las aparentes, por esa facilidad de constatación permanente del hecho limitativo del derecho dominical. Contiene precisiones jurisprudenciales sobre el concepto de justo título en el que pueden comprenderse los contratos anulables, rescindibles, revocables o resolubles, o incluso los otorgados por quien no ostente la disponibilidad jurídica de la cosa, pero no los que sean inexistentes, radicalmente nulos o absolutamente simulados.

51 1998, IV (núms. 1º y 2º)*S. APH 16 de septiembre de 1999*

El rechazo de la usucapión de una servidumbre aparente de paso, pese al transcurso de más de 10 años (art. 147 Comp.), se debe a que el uso del camino para ir a finca propia se realizó en ejercicio de facultades derivadas de un contrato de arrendamiento rústico suscrito con la propietaria: la posesión del camino no fue en concepto de titular de un derecho real.

15 2000, VI (núm. 2º)*S. APH 14 de septiembre de 2000*

Distinción entre servidumbres aparentes y no aparentes. Signos aparentes. Adquisición por usucapión ex art. 147 Comp.

22 2001-2002 (VII-VIII)*S. APZ 12 de mayo de 2005*

Según la jurisprudencia la «apariencia» exige signo permanente, instrumental e inequívoco que revela objetivamente el uso de la servi-

dumbre; aparece definida en el art. 532 y le resulta aplicable el art. 147 Comp. En su caso podrá ser de aplicación el art. 541 Cc. Pero aunque faltara la apariencia, no habría inconveniente en aplicar el art. 147 Comp., pues éste se refiere a la apariencia de la servidumbre como garantía de que el dueño del predio sirviente tenga conocimiento de su existencia a los consiguientes efectos prescriptivos que su uso continuado puede acarrear, como contrarias en este sentido a las servidumbres no aparentes o desconocidas cuyo uso puede ser ignoto, pues, sea o no aparente según la dicción literal del Código, el demandado tenía perfecto conocimiento de la misma por las obras realizadas por su madre poco tiempo después de que las respectivas fincas les fueran donadas.

43 2007, XIII*S. APZ 4 de julio de 2005*

El demandado carece de título que le habilite para pasar por la finca ajena. Se discute la posible adquisición de una servidumbre de paso por usucapión conforme a los arts. 147 y 148 Comp. El concepto de servidumbre aparente o no aparente es el del art. 532 Cc. La Sala no considera que en el caso de autos haya signos aparentes de servidumbre por lo que no puede aplicarse el específico modo adquisitivo de las servidumbres aparentes del art. 147 Comp.; tampoco el art. 148 Comp., puesto que no consta título alguno, requisito *sine qua non* a tal efecto. No cabe apreciar tampoco la prescripción inmemorial porque no ha existido un uso de ese paso por varias generaciones.

47 2007, XIII**• ACTOS TOLERADOS***S. APH 18 de noviembre de 2009*

No se deben confundir los actos tolerados con los «meramente tolerados» de los arts. 444 y 1942 Cc. que no aprovechan a la posesión. Quien pierde el dominio o cualquier otro derecho por usucapión siempre ha tolerado, permitido o dejado de algún modo que un tercero posea la cosa. No es lo mismo dejar pasar pun-

tual y ocasionalmente a un vecino por una finca por alguna razón transitoria y concreta, que tolerar o permitir que lo haga de un modo duradero, cuando mejor le parezca y siempre que él quiera y, además, sin contar para nada con nuestra voluntad, pues en estos últimos casos, si el paso se ha ejercitado por senda, camino o carril, tiene lugar en Aragón la usucapión por el transcurso del tiempo.

30 RDCA 2011, XVII

• **APARIENCIA**

S. APH 16 de noviembre de 2006

Para que una servidumbre de paso sea usucapida en Aragón conforme al art. 147 Comp., es imprescindible que la misma sea aparente, lo que quiere decir que es imprescindible que la misma se ejerza a través de senda, camino o carril. La apariencia tiene que estar presente durante todo el tiempo de la usucapión. Las puertas, a efectos de la apariencia de una servidumbre de paso, no bastan por sí mismas si no se abren a una senda, camino o carril que publique, físicamente, aquello que se está usucapiendo. El requisito de la apariencia tiene que presentarse y probarse de una forma clara y contundente por la parte que pretende la existencia de la servidumbre. La estimación de la acción negatoria de servidumbre conlleva la eliminación de la puerta, sin perjuicio de su conservación como ventana si ese es el deseo de los demandados.

31 RDCA 2011, XVII

• **INAPLICACIÓN DEL ART. 539 Cc.**

S. APT 23 de junio de 1995

En Aragón no tiene virtualidad alguna la distinción que hace el Cc. entre servidumbres continuas y discontinuas, positivas y negativas, especialmente a los efectos de su adquisición y constitución. El art. 539 Cc. que impide adquirir por usucapión las servidumbres continuas y no aparentes y las discontinuas, sean o no apa-

rentes, carece de aplicación en nuestro territorio foral.

22 1997, III (núm. 1º)

• **INEXISTENCIA**

S. TSJA 12/2011, 14 de diciembre de 2011

Para entender infringido el art. 147 Comp. sería preciso que se hubiesen tenido por probados los hechos base para su aplicación, lo que no ha sucedido, y en casación ha de estarse a los hechos que se declararon probados en la sentencia impugnada. Negada la existencia de servidumbre, considerarla a continuación extinguida por no uso es innecesario y viene a entrañar una cierta incoherencia, porque la declaración de la extinción de una servidumbre (por no uso o por otra causa) presupone que se parte de su previa existencia.

12 RDCA-2012-XVIII

• **INEXISTENCIA DE INCONGRUENCIA**

S. TSJA 25/2012, 11 de julio de 2012

La sentencia no es incongruente por estimar que determinados actos no son eficaces para la adquisición del dominio por usucapión y, sin embargo, lo son para adquirir por usucapión una servidumbre de paso. En ambos casos se exige un *animus* o intención distintos: hacer suya la cosa para la propiedad (art. 447 Cc.), o el ejercicio de un derecho con sus características y conforme a su naturaleza para otros derechos (arts. 430 y 432 Cc.). Es por ello perfectamente posible que determinados actos resulten ineficaces para acreditar posesión apta para la adquisición de la propiedad y, sin embargo, puedan merecer otra consideración a los efectos de adquisición de una servidumbre, pues el *animus* requerido a estos efectos es distinto, dirigido a su utilización como derecho adquirido por cualquiera de los títulos hábiles para ello, en este caso la usucapión.

34 RDCA-2012-XVIII

- **REQUISITOS**

S. TSJA 18 de junio de 2010

El art. 147 Comp. permite adquirir por usucapión todas las servidumbres siempre que sean aparentes. Nada dice en cuanto a lo que deba entenderse por apariencia, por lo que resulta aplicable el art. 532 Cc. Este precepto exige, en primer lugar, un signo exterior, señal o indicio directamente relacionado con la servidumbre. En segundo lugar, el signo ha de ser visible. En tercer lugar, ha de serlo suficientemente revelador de la existencia de la servidumbre, por tanto ha de tener carácter funcional o instrumental respecto de ésta, de tal forma que indique una utilidad para el predio dominante. Este último aspecto es clave (sobre todo en el caso de autos), pues de los signos debe poder deducirse la situación objetiva de un predio con respecto de otro, siendo inocua la existencia de un signo si el mismo está hecho para servicio de propio fundo.

7 RDCA 2010, XVI

9: DERECHO DE OBLIGACIONES

91: DERECHO DE OBLIGACIONES EN GENERAL

ARRENDAMIENTO

- **FIANZA**

S. APZ 8 de octubre de 2004

Según el art. 36.1 de la Ley de arrendamientos urbanos de 1994 la fianza en metálico lo ha de ser de una mensualidad de renta en el arrendamiento de viviendas, por lo que, siendo como es una cuestión de competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.8 Const.), la previsión de la Ley aragonesa 10/1992, de 4 de noviembre, de fianzas de arrendamientos y otros contratos, de que lo sea de dos mensualidades ha perdido su ejecución, de modo que la competencia autonómica queda limitada a la posibilidad de que la fianza mencionada en el art. 36.1 de dicha ley estatal, y no otra, la depositen a disposición de la Administración Autonómica (D.A. 3ª de dicha Ley estatal).

77 2005-2006 (XI-XII)

COMPRAVENTA

- **DONACIÓN DISIMULADA**

S. TSJA 23 de julio de 2008

La validez de los negocios disimulados ha sido sostenida en reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, si este no tiene causa ilícita, así, se ha sentado la doctrina según la cual cuando el causante quiere favorecer a alguien con una donación en perjuicio de sus legitimarios, encubriendo bajo la apariencia de un contrato oneroso o disimulado una donación, ésta no puede tener eficacia por fundarse en causa ilícita conforme al art. 1275 Cc.; en este caso, la compraventa simulada encubre una donación de participaciones sociales que no pretende defraudar el derecho de los legitimarios, por lo tanto la misma es válida. Si a través de esta donación se infringe la legítima, lo que tendrían que haber solicitado los demandantes es la acción de reducción de liberalidades.

4 RDCA 2009, XV

DONACIÓN

- **FORMA**

S. TSJA 18 de diciembre de 1990

Donación de hacienda agrícola en documento privado: inexistencia del negocio por la necesidad de forma pública para la validez de la donación de inmuebles, según la tradición jurídica aragonesa

2 1995, I (núm. 1º)

VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL

- **TRANSMISIÓN**

S. JPI Zaragoza nº 12, 5 de junio de 2007

La carencia de validez con que la norma aragonesa sanciona a aquellos contratos privados sometidos a visado y que no lo hubieran obtenido sólo puede ser entendida como nulidad de pleno derecho en los términos previstos

en el art. 6-3 Cc. No es aplicable la doctrina jurisprudencial elaborada para los casos de sobreprecios, porque la Ley aragonesa sí que prevé expresamente que el contrato privado que la infrinja carecerá de validez, invalidez que se plasma en la nulidad de pleno derecho del art. 6-3 Cc.

64 RDCA 2009, XV

S. APZ 20 de noviembre de 2007

La Ley aragonesa 24/03, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de política de vivienda protegida, no sanciona con nulidad los contratos de transmisión que no reúnan los requisitos por ella establecidos sino que parte de su existencia para imponerles una traba disuasoria importante: la prohibición de acceso a la documentación notarial y al Registro de la Propiedad. La imposibilidad de escriturar e inscribir la venta, extremo que no ha sido consensuado en el contrato, frustra el fin del contrato de venta, lo que permite la resolución del mismo.

49 RDCA 2009, XV

S. TSJA 10 de junio de 2008

El otorgamiento de la escritura pública de compraventa de las viviendas protegidas de Aragón se rige por la citada ley a partir del momento de su vigencia, en cuanto a los requisitos, efectos y validez; y ello con independencia del momento en el que se hubiere celebrado el contrato privado.

La regulación aragonesa prescribe la necesidad de un visado para que la escritura pública sea válida.

La falta de dicho visado provoca la imposibilidad de elevar válidamente a escritura pública el contrato privado, por lo que esta imposibilidad frustra el fin del contrato y es causa de resolución.

19 RDCA 2008, XIV

S. TSJA 10 de junio de 2008

El otorgamiento de la escritura pública de compraventa de las viviendas protegidas de Aragón se rige por la citada ley a partir del momento de su vigencia, en cuanto a los requisi-

tos, efectos y validez; y ello con independencia del momento en el que se hubiere celebrado el contrato privado.

La regulación aragonesa prescribe la necesidad de un visado para que la escritura pública sea válida.

La falta de dicho visado provoca la imposibilidad de elevar válidamente a escritura pública el contrato privado, por lo que esta imposibilidad frustra el fin del contrato y es causa de resolución.

19 RDCA 2008, XIV

92: DERECHO DE ABOLORIO O DE LA SACA

S. TSJA 4 de noviembre de 1992

Fuentes históricas; presupuestos y finalidad; legitimación activa; prueba de la troncaldad; ejercicio conjunto; interpretación restrictiva; moderación equitativa del ejercicio del retracto por los Tribunales.

9 1995, I (núm. 1º)

S. TSJA 26 de abril de 2002

Referencia a los antecedentes históricos, reflexiones sobre los bienes de abolorio así como sobre el fundamento y caracteres del derecho de abolorio (cuya existencia no está justificada por la organización familiar actual). Precisiones sobre la permanencia de los bienes en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la del disponente. La modificación de la descripción registral del bien por obra de las segregaciones habidas no es obstáculo para el ejercicio del derecho de abolorio.

8 2001-2002 (VII-VIII)

S. JP II Jaca nº 1, 14 de diciembre de 2004

Se estima la excepción de falta de legitimación pasiva «ad causam» del vendedor y del usufructuario del bien vendido. En el retracto la relación jurídico-material se da exclusivamente entre el retrayente y el comprador. Los plazos del art. 150 Comp. son civiles y se computan como dice el art. 5 Cc. El juzgador, una vez

cumplidos los presupuestos personales y objetivos exigidos por la ley, no puede moderar el ejercicio del derecho de abolorio por la falta de un presunto interés familiar en el retrayente, al no existir base legal alguna para ello. Tampoco la aplicación restrictiva de las normas que rigen esta institución puede servir de excusa para limitar el alcance de la norma incluyendo requisitos no exigidos expresamente en la ley. El retrayente debe abonar al comprador el precio realmente satisfecho y los gastos legítimos realizados para la compra, incluidas las costas procesales causadas, y debe acatar las demás condiciones de la compraventa

89 2005-2006 (XI-XII)

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 DFA. 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 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.

42 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• PERMANENCIA EN LA FAMILIA

S. TSJA 31/2012, 5 de octubre de 2012

Sólo 1/6 del bien litigioso fue propiedad del esposo, los 5/6 restantes fueron, primero,

de titularidad de la comunidad conyugal, y luego 5/12 de propiedad exclusiva de la esposa. En consecuencia, el bien salió del tronco familiar, y pasó a manos de extraños a la familia de procedencia, por lo que, independientemente de que fuera adquirido a título oneroso o gratuito, lo determinante es que el bien no permaneció como de titularidad de un familiar troncal. De modo que no se infringe norma alguna cuando se deniega, por el motivo de no permanencia en la familia, el derecho de abolorio. Perdió así la condición de bien de abolorio para el retrayente, pues pasó a ser en parte propiedad de persona extraña a la familia troncal (la esposa).

44 RDCA-2012-XVIII

CONCEPTO

S. JP II Ejea n° 2, 12 de diciembre de 2003

El derecho de abolorio se ha definido como un derecho de adquisición preferente que se concede, bajo determinadas condiciones, a los parientes colaterales hasta el cuarto grado del que pretende enajenar o ha enajenado a un extraño o pariente más allá del cuarto grado bienes inmuebles que han permanecido en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la del disponente.

57 2005-2006 (XI-XII)

CUOTA INDIVISA

• ENAJENACIÓN DEL BIEN EN SU TOTALIDAD

S. TSJA 31/2012, 5 de octubre de 2012

Respecto de la pretensión de la parte de que se declare el mantenimiento de la condición troncal de un bien, siempre y cuando una cuota indivisa de su propiedad corresponda a uno de los parientes, hay que considerar que la referencia del art. 149 Comp. a la permanencia del bien en el tronco familiar se hace «al dominio pleno, útil o directo de inmuebles», de donde se colige que no basta con la pertenencia de una cuota indivisa de la propiedad a un fami-

liar del futuro titular del derecho de abolorio para que se mantenga, sobre todo el bien, la expectativa del posible derecho de abolorio.

44 RDCA-2012-XVIII

EFFECTOS

• GASTOS O PAGOS LEGÍTIMOS

S. TSJA 28/2014, 15 de septiembre de 2014

Se reconoce al actor su derecho a retraer las fincas descritas con subrogación en los derechos y obligaciones de los compradores demandados previo reintegro del precio de la venta, los gastos de la transmisión y los gastos necesarios y útiles hechos en el bien transmitido. No procede, sin embargo, el abono de las cantidades señaladas por los demandados y correspondientes a gastos de constitución y de cancelación del préstamo hipotecario e intereses del mismo, puesto que tales desembolsos —no contemplados, por otra parte, en el art. 596.2 CDFA— no derivan de la compraventa sino subjetivamente de las disponibilidades económicas y la liquidez de los compradores, no pudiendo (como dice la STS de 28/7/1997) afectar al retrayente los medios que, a título personal, haya tenido que utilizar la demandada para hacerse con liquidez suficiente para la adquisición del inmueble.

23 RDCA-XX-2014

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

S. APH 12 de noviembre de 1994

Ejerció de retracto de abolorio; requisitos: la venta con pacto de retro del bien objeto de retracto no hace perder al bien el carácter de troncal, pues aun retraído constante matrimonio sigue siendo un bien privativo de uno de los cónyuges. Moderación por el tribunal del ejercicio del derecho de retracto. No procede el retracto por falta del fundamento de esta institución: conservar unidas las propiedades pertenecientes a la familia.

16 1996, II (núm. 1º)

S. APH 17 de octubre de 1996

La sentencia examina si los requisitos objetivos, subjetivos y formales exigidos por los arts. 149 y 150 Comp. para que pueda prosperar el derecho de abolorio se dan en el caso y declara que se ha acreditado debidamente que los bienes sobre los que se ejercita tienen el carácter de troncales de abolorio; que la retrayente se halla incluida entre los parientes colaterales hasta el cuarto grado por la línea de procedencia de los bienes; que la acción ha sido ejercitada dentro del plazo legal; y que se ha consignado debidamente el precio conocido.

12 1997, III (núm. 2º)

S. JP II Huesca nº 1, 10 de marzo de 1999

Los requisitos del Derecho de abolorio son: a) que se trate de una venta o dación en pago del dominio útil o directo del inmueble; b) que dicha venta o dación en pago se haga a extraños o parientes más allá del cuarto grado; c) que dichos inmuebles hayan permanecido en la familia durante dos generaciones inmediatamente anteriores a la del disponente; d) que dicho derecho de retracto puedan ejercitarlo los parientes colaterales hasta el cuarto grado por la línea de procedencia de los bienes; e) que los mencionados parientes gozan de derecho de abolorio o de la saca con derecho preferente de adquisición; f) que a falta de ofrecimiento de venta, gozan de derecho de retracto.

64 2001-2002 (VII-VIII)

S. APH 23 de mayo de 2006

Los apelantes consideran, en contra de lo fallado en la instancia, que no se dan en el caso los requisitos suficientes para ejercitar el retracto por cuanto: i) el bien salió de la familia, porque hubo una segregación de la finca (se vendió en 1999 el pajar); ii) porque el vendedor sigue viviendo en la finca como habitacionista y iii) porque hubo notificación y los actores no ejercitaron el tanteo. A todo ello, la APH, confirmado la sentencia de instancia afirma que: i) la Casa y pajar que se adquirió por los abuelos de los actores en 1969 no pierde esa condición por cuanto se segregaran 42 metros

cuadrados de la misma que conformaban el pajar. Esta segregación no constituye obstáculo para ejercitar el retracto; ii) tampoco que la finca enajenada esté gravada, el derecho de abolorio se puede ejercitar sobre la nuda propiedad y, iii) no consta que el propósito de enajenar fuera comunicado al actor de forma fehaciente.

25 RDCA 2008, XIV

• *ELEMENTO OBJETIVO*

S. JPII Calatayud n° 1, 14 de noviembre de 1994

Aunque dentro del concepto «inmuebles» usado por el art. 149 Comp. se puede comprender a todos los relacionados en el art. 334 Cc., en realidad parece que el derecho de abolorio ha de poder ejercitarse respecto de los denominados «inmuebles por naturaleza». «Permanencia en la familia durante dos generaciones» no quiere decir necesariamente que los bienes hayan pertenecido al patrimonio de miembros de cada una de esas dos generaciones; la Compilación sólo dispone que durante el tiempo normal de existencia de las dos generaciones, los inmuebles no hayan dejado de pertenecer a miembros de la familia, de cualquiera de ambas generaciones.

23 1996, II (núm. 2°)

• *LEGITIMACIÓN ACTIVA*

S. APH 3 de junio de 1994

Derecho de abolorio: El mantenimiento de los bienes en la familia durante dos generaciones no se pierde por las transmisiones a título oneroso entre los parientes del cuarto grado y pertenecientes a la misma línea familiar.

13 1996, II (núm. 1°)

S. APZ 17 de marzo de 1997

No se ha acreditado la condición de pariente colateral de la actora como exige el art. 149 Comp.

36 1998, IV (núms. 1° y 2°)

• *OFRECIMIENTO EN VENTA*

S. JPI Zaragoza n° 4, 25 de octubre de 1996

El retracto de abolorio puede venir impedido por el ofrecimiento en venta; pero de la interpretación conjunta de los arts. 149 y 150 Comp. se desprende que dicho ofrecimiento requiere notificación fehaciente, que debe comprender tanto el propósito de enajenar como el ofrecimiento en venta, pues el primero sin el segundo, permitiría al propietario desistir de su intención de vender, y, además, ha de ser completa, comprensiva de todas las condiciones esenciales del contrato. Notificación fehaciente exige que se haga por un medio que haga fe por sí mismo y constituido en el momento de la notificación sin posibilidad legal de ser sustituido por otras pruebas practicadas en el juicio, por lo que no puede calificarse de fehaciente la notificación que se dice hecha verbalmente o por teléfono.

73 1998, IV (núms. 1° y 2°)

S. APZ 14 de septiembre de 2001

Como resulta de los arts. 149.1 y 150.1.2 Comp., la falta de notificación fehaciente al titular o titulares del derecho de abolorio o de la enajenación realizada sin previo ofrecimiento a los parientes no puede ser considerada como un acto de mala fe civil o constitutivo de fraude a la ley por la sencilla razón de que ninguna obligación se impone al titular que enajena el inmueble o a las adquirentes del mismo por venta o dación en pago, adquirentes ajenos a la familia en más del cuarto grado, de realizar acto de comunicación, no teniendo otra consecuencia legal que la ampliación del plazo de que dispone el retrayente del bien para ejercitar su derecho de preferente adquisición.

42 2003-2004 (IX-X)

• *PRUEBA*

S. APT 7 de junio de 2001

Como establecía el art. 1214 hoy derogado y ahora dispone el 217 LEC, corresponde a los demandantes (ahora apelantes) probarse

hechos que constituyen la base de su pretensión, en síntesis: a) que son parientes colaterales del o de los enajenantes; b) que estén dentro del cuarto grado de o de los enajenantes y c) que pertenecen a la línea familiar de la que proceden los bienes. Respecto de los bienes; a) que son inmuebles; b) que tienen carácter de troncales de abolorio o, lo que es lo mismo, que han permanecido en la familia durante las dos generaciones anteriores a la del disponente; c) que se transmitan en virtud de venta o dación en pago y d) que se enajena a un extraño o a un pariente más allá del cuarto grado. Finalmente, en cuanto a la forma y al tiempo es preciso que el derecho se ejercite en los plazos y forma que señala el art. 150 Comp .

23 2003-2004 (IX-X)

• **PÚBLICA SUBASTA**

S. APZ 16 de noviembre de 2001

Resulta dudoso si cabe el ejercicio de retracto cuando la venta no es voluntaria sino forzosa. No faltan argumentos en contra de esta posibilidad, debido a la propia naturaleza del derecho de abolorio; no faltan precedentes judiciales que deniegan el derecho cuando se trata de subastas públicas. Ahora bien, a criterio de esta Sala la respuesta debe ser afirmativa. El TS en sede de retractos viene admitiendo sin vacilación el mismo cuando se trata de subastas judiciales, y no encuentra un argumento de peso para excluirlo en el caso del Derecho de abolorio.

44 2003-2004 (IX-X)

• **SUJETO PASIVO**

S. JP II Calatayud n° 1, 14 de noviembre de 1994

En relación al sujeto pasivo, la jurisprudencia y la doctrina distinguen entre si se ejercita el derecho de tanteo, en cuyo caso el sujeto pasivo será el propietario de los bienes que los quiere enajenar, y si se ejercita el derecho de retracto, siendo entonces sujeto pasivo el primer adquirente de los bienes, y si dicha adquisición se

hace para una sociedad conyugal, la acción debe dirigirse contra ambos esposos.

23 1996, II (núm. 2º)

• **TRONCALIDAD DE LOS INMUEBLES**

S. APH 3 de junio de 1994

Derecho de abolorio: El mantenimiento de los bienes en la familia durante dos generaciones no se pierde por las transmisiones a título oneroso entre los parientes del cuarto grado y pertenecientes a la misma línea familiar.

13 1996, II (núm. 1º)

S. JPI Zaragoza n° 4, 25 de octubre de 1996

El art. 149 Comp. exige que los bienes hayan permanecido en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la disponente, no derivándose de su texto la interpretación que hacen los demandados en cuanto a la necesidad de convivencia y explotación común entre los sucesivos titulares de los bienes y que no exige dicho texto legal ni tampoco recoge la jurisprudencia.

73 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. JP II Jaca n° 1, 22 de abril de 2004

Se discute el alcance del concepto «generaciones» en el art. 149.1 Comp. El apartado 2 del art. 212 Lsuc. aclara cuál es la amplitud de la expresión «dos generaciones inmediatamente anteriores», interpretación perfectamente trasladable a otras normas de Derecho civil aragonés ajenas al Derecho de sucesiones que incluyan la misma expresión. Es suficiente, por tanto, probar que los inmuebles pertenecieron a algún pariente de la generación de los abuelos del transmitente. La carga de la prueba recae sobre la parte actora, a la que es exigible una actividad probatoria que no debe suscitar ninguna duda porque el derecho de abolorio, en cuanto limitativo del ejercicio del derecho de propiedad, debe ser objeto de aplicación restrictiva.

85 2005-2006 (XI-XII)

S. JPI Zaragoza n° 2, 8 de febrero de 2005

La finca objeto del presente procedimiento ha sido enajenada a un extraño, hoy demandado, por la tía del demandante; que la había adquirido por compra de sus hermanos, quienes a su vez la habían adquirido por título de herencia de sus padres (generación anterior a la del disponente). Por tanto, en el caso de autos, no se cumple el requisito exigido por la legislación para el retracto de abolorio, que la finca objeto del retracto haya permanecido en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la del disponente (sólo ha permanecido en la familia una generación inmediatamente anterior a la del disponente).

56 2007, XIII

• **VENTA A UN EXTRAÑO**

S. JPII Calatayud n° 1, 14 de noviembre de 1994

La sentencia no da lugar al retracto porque el bien troncal —la mitad indivisa de una finca— no es adquirido por un extraño, sino, para su sociedad conyugal, por el marido de una hermana del disponente, propietaria de la otra mitad indivisa. La doctrina y la jurisprudencia afirman que no podrá ejercitarse el derecho de la saca sobre sólo la cuota indivisa troncal si como consecuencia de ello surge una comunidad entre el titular del abolorio y el propietario de la otra cuota indivisa del inmueble.

23 1996, II (núm. 2°)

S. JPII Huesca n° 1, 10 de marzo de 1999

El actor está legitimado activamente por cuanto su hermano ha enajenado una finca familiar a un pariente colateral más allá del cuarto grado.

64 2001-2002 (VII-VIII)

S. JPII Ejea n° 2, 12 de diciembre de 2003

Los bienes de abolorio, aquellos que han permanecido en la familia al menos desde la

generación del abuelo del disponente, pueden perder tal condición cuando se enajenan a extraños o parientes no pertenecientes al núcleo familiar de procedencia del bien. En este caso hay que entender que 4/5 partes del bien en litigio perdió tal condición al ser adquirido por uno de los familiares a costa del caudal común, adquiriendo entonces el carácter de consorcial, y sin perjuicio de que por aquel entonces, los consortes hubieran podido ejercitar el retracto.

57 2005-2006 (XI-XII)

FACULTAD MODERADORA DE LOS TRIBUNALES

S. JPII Calatayud n° 1, 14 de noviembre de 1994

Es una facultad para regular y ajustar a la realidad el ejercicio del privilegio que supone el derecho de abolorio (S. ATZ 13-2-75); moderar equitativamente es sinónimo de examinar en cada caso las circunstancias que en él concurren, impidiendo que la institución sirva a otros fines que aquellos para los que tiene de resalte del elemento causal en el ejercicio del derecho de abolorio, pero no limitará el resto (S. TS 9-1-76).

23 1996,II (núm. 2°)

S. JPII Huesca n° 2, 28 de marzo de 1995

El art. 149 Comp. contiene los requisitos para que pueda reclamarse válidamente el derecho de retracto, requisitos que concurren en el supuesto de autos. Pero la finalidad y justificación de este derecho de retracto —mantener la integridad del patrimonio familiar— no se da al haber ejercitado el retrayente un retracto parcial. Para evitar cualquier desviación del primitivo fin justificativo del precepto, el párrafo 2° del art. 149, establece que los Tribunales pueden moderar equitativamente el ejercicio de este derecho. Por ello, la facultad moderadora ha de primar sobre la existencia formal de los requisitos del derecho de abolorio.

49 1997, III (núm. 1°)

S. JPI Zaragoza nº 2, 6 de junio de 1996

La sentencia, partiendo de los razonamientos de la STSJA de 4 nov. 1992, y del hecho de que respecto de una de las fincas objeto del retracto la acción estaba caducada, afirma que no se cumpliría plenamente la finalidad que se busca con el derecho de abolorio y, por ello, accede a la petición de moderación en el uso del derecho.

68 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. JPI Zaragoza nº 4, 25 de octubre de 1996

La sentencia, partiendo del entendimiento dado por las Ss. ATZ de 13-2-75, TS de 9-1-76 y TSJA de 4-11-92, a la facultad discrecional del juzgado de moderar equitativamente el ejercicio del derecho de abolorio, decide, atendiendo a las especiales circunstancias concurrentes en la retrayente y en la familia de los demandados, aplicar dicha facultad moderadora y en consecuencia, y por la interpretación restrictiva que debe hacerse de esta institución y la finalidad de la misma, denegar la pretensión de la demandante.

73 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. JPII Barbastro 6 de noviembre de 1996

Reuniéndose todos los requisitos que establece el Derecho civil aragonés ha de estimarse la pretensión principal deducida en el proceso, siendo también ilustrativas a los efectos del presente caso las Ss. de la APH de 12-11-94, 3-6-94, 7-6-93 y 14-1-91, y en relación a la previsión del art. 149.2 Comp.

74 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APH 12 de diciembre de 1997

En relación con la finca litigiosa sólo el suelo puede ser considerado como un bien de abolorio, pero no puede reconocerse esa condición al vuelo, que con acierto ha sido calificado por el juzgado como cosa principal.

18 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. JPII Huesca nº 1, 10 de marzo de 1999

La falta de apego, de afecto hacia los bienes de abolorio mencionada por el demandado carece de base, determinando la desestimación de los motivos de oposición a la demanda. Lo que se ha de tener en cuenta, como afirmaron los jurisconsultos aragoneses en la redacción del Anteproyecto de Compilación es «que los inmuebles procedan mediata o inmediatamente, y por cualquier título, de un ascendiente común, y que no han salido, desde su común origen del tronco familiar», o como recogió la Compilación «los bienes hubieran permanecido en la familia durante dos generaciones anteriores a la del disponente».

64 2001-2002 (VII-VIII)

S. APH 16 de octubre de 1999

La facultad moderadora tiene como única finalidad evitar los posibles abusos que podría originar una aplicación literal del derecho de abolorio, dado que este derecho persigue y ampara una finalidad concreta: el interés por mantener dentro de la familia los bienes inmuebles de abolorio, impidiendo su dispersión, con la exclusiva intención de conservar e incluso incrementar la integridad del patrimonio familiar. Se trata de evitar que sirva a finalidades espúreas y especulativas. A tal efecto, es irrelevante que el actor tuviera que marchar de su pueblo y que vendiera los aperos de labranza, siendo perfectamente admisible que el patrimonio no se explote directamente por su titular para recurrir a figuras como el arrendamiento.

16 2000, VI (núm. 2º)

S. APZ 16 de noviembre de 2001

Ésta no tiene porque consistir tan sólo en la denegación del derecho, sino en la recomposición y equilibrio de los intereses en conflicto que el ejercicio del derecho puede romper. Y por ello la sala considera ponderado moderar ese derecho, de manera que para tener acceso al mismo sea necesario abonar, no ya el verdadero valor de la finca (500.000 ptas.), sino una cuantía adicional que compense al demandado de cuantos inconvenientes y molestias le tuvo que suponer el acudir a la subasta. Por ello se

estima adecuado elevar aquel precio en la suma de 550.000 ptas.

44 2003-2004 (IX-X)

S. APH 4 de marzo de 2005

Lo que debe inducir al retrayente a ejercer el retracto de abolorio, para que resulte válido y auténtico y, por lo tanto protegible legalmente, ha de ser el deseo de conservar unidas las propiedades pertenecientes a su familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores, impidiendo su dispersión al pasar a terceros sin vinculación familiar próxima, parientes o no. En consecuencia, la facultad moderadora se atribuye a los tribunales para evitar posibles abusos que podrá originar la aplicación literal del derecho de retracto de abolorio, dado que este derecho de recobro persigue una finalidad concreta: mantener la integridad del patrimonio familiar evitando que una finca perteneciente a la familia vaya a manos extrañas. En el caso, al retrayente sólo le mueve un ánimo especulativo, pues no retrae todas las fincas sino solo algunas que forman parte de un complejo urbanístico.

23 2007, XIII

S. TSJA 14 de noviembre de 2005

El derecho de abolorio es un derecho de interés familiar y al ser un derecho limitativo de la propiedad su interpretación debe hacerse de forma restrictiva. Si no concurren los requisitos legales para el ejercicio de este derecho debe desestimarse su pretensión. Sin embargo, los Tribunales están capacitados para moderar el ejercicio del derecho actuando en equidad, cuando atendidas las circunstancias de cada caso pueda parecer pertinente la negativa del derecho sea porque de su reconocimiento pueda derivarse un perjuicio para el retrayente o para el adquirente. En este caso estamos ante un retracto parcial (no retrae todas las fincas familiares); el retrayente está muy lejos de querer conservar la integridad del patrimonio: le mueve un interés espúreo y especulativo ya que dichas fincas las había adquirido una mercantil para construir; el retrayente quiere aprovecharse de dicha situación.

3 2007, XIII

S. APH 2 de febrero de 2006

El derecho de retracto tiene como finalidad la adquisición preferente de los bienes inmuebles troncales vendidos o dados en pago a un tercero o pariente más allá del cuarto grado del disponente. La razón se encuentra en el interés de mantener dentro de la familia determinados bienes inmuebles que provienen de dos generaciones anteriores. Pero junto a esta afección puramente sentimental se reconoce otra de contenido económico: el engrandecimiento o conservación del patrimonio familiar. La facultad moderadora tiene como única finalidad evitar que la institución sirva a otros fines que no sean los referidos. Esta facultad se atribuye a los Tribunales para evitar los posibles abusos a que podría dar lugar una aplicación literal del derecho de retracto de abolorio, dado que éste persigue y ampara una finalidad concreta: mantener la integridad del patrimonio familiar rechazando que con su ejercicio se persigan fines especulativos o espúreos.

23 RDCA 2008, XIV

S. APH 23 de mayo de 2006

Solicitan los apelantes que el Tribunal haga uso de la facultad moderadora que concede el art. 149 Comp., pues afirman que los actores han mostrado un absoluto desinterés por el tío de éstos y vendedor de la finca litigiosa. La facultad moderadora tiene como finalidad conservar íntegra «la casa», evitando con ello posibles fraudes que la aplicación literal del derecho de abolorio podría provocar, sin que sea relevante el mayor o menor afecto que el familiar enajenante y el familiar retrayente se puedan tener, es más nada impide que se ejercite el retracto por parte del familiar retrayente que tiene una relación no excesivamente cordial con el pariente vendedor, es suficiente con que actúe con el propósito de que el bien enajenado no salga de la familia.

25 RDCA 2008, XIV

S. JPI Zaragoza nº 2, 31 de enero de 2007

Los elementos objetivos constitutivos del retracto de abolorio se recogen en los arts. 149 y

150 Comp. y concurren en nuestro caso, pero la facultad moderadora de los tribunales contemplada en el art. 149-2 Comp., ha propiciado que la jurisprudencia haya venido exigiendo la concurrencia del interés familiar, que justifica y late bajo esta institución, para estimar el retracto de abolorio, ya que en caso contrario, aun concurriendo los requisitos legales, existe un tendencia generalizada a la desestimación de las demandas. En el caso la verdadera motivación es de clara especulación urbanística y, por tanto, la institución foral no puede amparar estos fines.

53 RDCA 2009, XV

S. JPI Zaragoza nº 4, 19 de octubre de 2007

La facultad moderadora de los tribunales tiene como objeto evitar situaciones de abuso o que puedan dar lugar a situaciones injustas por desigual situación entre las partes. En este caso no procede aplicarla por cuanto no hay interés espúreo y reconocer el derecho de retracto del demandante por ser pariente colateral en cuarto grado del enajenante por la línea de procedencia de los bienes y haber, el bien, permanecido dos generaciones en la familia.

70 RDCA 2009, XV

S. JPI Zaragoza nº 14, 8 de enero de 2008

Tras valorar conjuntamente toda la prueba practicada y examinando las circunstancias concurrentes en el caso concreto, se llega a la conclusión de que no existe en el actor un auténtico interés familiar en mantener unido el patrimonio inmobiliario rústico de la familia sino que su verdadera motivación es la de beneficiarse económicamente con el enorme incremento del precio sufrido por la finca y por la expectativa de, incluso, mayores ganancias, atendiendo al número real de viviendas a construir, finalidad claramente distinta de la perseguida por la institución del retracto de abolorio y que no puede ser amparada judicialmente por lo que, en aplicación de la facultad moderadora del art. 149.2 Comp., procede desestimar la demanda.

51 RDCA 2010, XVI

S. APH 17 de julio de 2009

La facultad moderadora o correctora se atribuye a los tribunales para evitar los posibles abusos que podría originar una aplicación literal del derecho de retracto de abolorio, dado que este derecho de recobro persigue y ampara una finalidad concreta, cual es la de mantener la integridad del patrimonio familiar evitando que alguna finca perteneciente a la familia vaya a manos extrañas. No nos parece decisivo ni la edad del retrayente (ahora debe de tener 67 años) ni que carezca de descendientes, pues no por concurrir tales circunstancias va a carecer de interés y afecto para mantener dentro de la familia la finca de que se trata. El domicilio de los retrayentes y su actividad laboral ajena a la agricultura no parece que sean datos suficientes para moderar equitativamente el ejercicio del derecho de abolorio, pero sí los móviles espurios y constitutivos de abuso de derecho.

27 RDCA 2011, XVII

• FINALIDAD

S. APH 17 de octubre de 1996

La facultad moderadora tiene como única finalidad evitar que el derecho de abolorio sirva a otros fines que no sean impedir que los bienes salgan de las familias por el cariño del retrayente a los bienes familiares enajenados y el sentimiento de que pasen a manos extrañas (S. ATZ 13-2-75). Aunque la retrayente curse sus estudios en Zaragoza, existen vínculos afectivos con la localidad y su familia que justifican esa voluntad de conservar la finca de autos dentro de la familia.

12 1997, III (núm. 2º)

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

FORMA: REQUISITOS DE LA DEMANDA

S. TSJA 22 de enero de 1990

Improcedencia del retracto parcial; infracción de las normas sobre consignación o afianzamiento del precio y resarcimiento de gastos legítimos. Voto particular: inexistencia de retracto parcial y cumplimiento de los requisitos de la demanda de retracto.

1 1995, I (núm. 1º)

S. JPII Calatayud nº 1, 14 de noviembre de 1994

La cantidad depositada es la correcta, por cuanto el retrayente debe consignar el precio que figura en la escritura pública y prometer, además, la consignación de la mayor cantidad que se demuestre por gastos, mejoras etc. (Ss. ATZ 11-5-59 y 22-12-77).

23 1996, II (núm. 2º)

S. JPII Barbastro 16 de abril de 1996

La sentencia desestima la excepción de defecto legal en el modo de proposición de la demanda por no haberse interpuesto acto de conciliación previo a la presentación de la demanda,

de conformidad con lo resuelto reiteradamente por el TS entre otras en S. de 20/5/91.

65 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APH 17 de octubre de 1996

Los requisitos para el ejercicio de la acción de retracto no los establece el art. 1518 del Cc., que regula el derecho de retracto como derecho material que permite la adquisición de la propiedad de los bienes retraídos, sino el art. 1618 de la Lec. que tan solo exige la consignación del precio conocido y no de los gastos y pagos legítimos que refiere el art. 1518 Cc., pues éstos cabe abonarlos con posterioridad, una vez determinados, bastando hacer constancia en la demanda de su compromiso a satisfacerlos.

12 1997, III (núm. 2º)

• **CONSIGNACIÓN DEL PRECIO**

S. APH 17 de octubre de 1996

La suma a consignar ha de ser la del precio de transmisión que fuera conocido por el retrayente y éste, en principio, será el fijado en la escritura pública de compraventa, a menos que se acredite que el retrayente conocía el precio efectivo. La posterior fijación judicial del precio encubierto no modifica lo dicho («perpetuatio jurisdictionis»). Cuestión distinta y que afecta a la realización efectiva del derecho de retracto es la cantidad que, en base a lo preceptuado en el art. 1518 Cc., habrá de satisfacer el retrayente como precio de la venta.

12 1997, III (núm. 2º)

S. APZ 17 de marzo de 1997

El aval bancario no puede ser admitido como método de consignación del precio del bien a retraer.

36 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. JPI Zaragoza nº 2, 31 de enero de 2007

La interposición en plazo del acto de conciliación con ofrecimiento del precio mediante aval bancario implica el ejercicio del derecho

de retracto y la interrupción del plazo de caducidad por vía judicial. El art. 529-3 Lec. admite como forma de pago de una caución el dinero efectivo y en igualdad de condiciones el aval bancario. En consecuencia se considera que el requisito de procedibilidad sobre consignación del precio se ha cumplido.

53 RDCA 2009, XV

S. APH 30 de julio de 2007

La falta de consignación del precio reseña en la escritura de compraventa puede, y debe, conducir a la inadmisión de la demanda en aplicación del art. 150.1 Comp. en relación con los arts. 269.2 y 266.3º Lec.; dicha falta de consignación no puede considerarse un defecto subsanable.

33 RDCA 2009, XV

S. JPI Zaragoza nº 14, 8 de enero de 2008

El precio que debe consignar el retrayente es la cantidad verdaderamente conocida por él y que, en principio, es el fijado en la escritura pública de compraventa, por lo que se ha de acudir a lo que establezca la certificación del Registro de la Propiedad, además de los gastos ocasionados por la compraventa (art. 1.518 Cc.), pese a que nada diga al respecto la Compilación. La alegación de la demandada de que el retrayente no ha consignado todo el precio porque no ha abonado el IVA no ha lugar, puesto que dicha cantidad no aparece mencionada en la certificación registral, por lo que se ha de entender que en el momento del ejercicio de la acción se había consignado la totalidad del precio satisfecho y conocido en ese momento, debiendo considerarse incluido en la promesa de pago del resto de precio el abono del mencionado impuesto.

51 RDCA 2010, XVI

• *PERPETUATIO IURISDICTIONIS*

S. APH 26 de septiembre de 2008

Desde la presentación de la demanda de retracto de abolorio luego admitida, se genera el efecto de la «perpetuatio iurisdictionis», que

obliga al Juez a sentenciar conforme a los presupuestos de hecho y de derecho existentes al inicio del pleito. Poco después de la formalización de la demanda la vendedora otorga contrato de compraventa a favor de los demandantes en el procedimiento de abolorio y en un tercer contrato se dice que con esta compraventa los compradores han ejercitado el derecho de abolorio. En la audiencia previa se quieren introducir en el proceso estos nuevos hechos: las alegaciones complementarias no pueden transformar una acción de retracto en una de desahucio, tener por ejercitado el derecho de abolorio, por resuelto el contrato de compraventa con el demandado, etc.

23 RDCA-2010-XVI

FUNDAMENTO

S. JPII Calatayud nº 1, 14 de noviembre de 1994

Evitar que los bienes salgan de las familias por el cariño del retrayente a los bienes familiares enajenados y el sentimiento de que pasen a manos extrañas; también se fundamenta por la doctrina en el mayor engrandecimiento económico y social de la casa.

23 1996, II (núm. 2º)

S. JPII Ejea nº 2, 12 de diciembre de 2003

Se trata de un derecho fundamentado en la condición parental de su titular, de carácter personalísimo, patrimonial y renunciante, que viene justificado por el interés social o público que entraña la conservación y defensa del patrimonio familiar, evitando la dispersión de los bienes que tradicionalmente han venido perteneciendo a sucesivas generaciones de la familia. Por tanto tiene la misma finalidad que la troncabilidad sucesoria, con la diferencia de que el retracto familiar trata de impedir que salgan los bienes por medio de un acto a título oneroso y la troncabilidad procura impedirla en las sucesiones abintestato. Ejercicio del derecho de abolorio sobre determinado bien inmueble.

57 2005-2006 (XI-XII)

NATURALEZA*S. APZ 16 de noviembre de 2001*

La naturaleza jurídica del derecho de abolorio regulado en la Compilación es la correspondiente a un derecho de adquisición preferente, por lo tanto merece un tratamiento y una interpretación restrictiva. Su finalidad encontraba su justificación en el interés familiar patrimonial «el deseo de volver a integrar el patrimonio de la casa, para engrandecimiento de la misma», finalidad y fundamento que no encuentra acomodo en la vertiginosa sociedad actual. Quizás, por ello haya breves plazos para ejercitarlo y admite el legislador la facultad moderadora del tribunal sin más parámetro que la equidad.

44 2003-2004 (IX-X)**PLAZO DE EJERCICIO***S. JPII Barbastro 16 de abril de 1996*

Alegada la excepción de caducidad de la acción, corresponde a la parte demandada, que es quien alega el conocimiento previo a la inscripción del actor, la carga de la prueba. A tal efecto no es suficiente la aportación de un acta notarial en la que se han realizado determinadas manifestaciones por parte de los vendedores.

65 1998, IV (núms. 1º y 2º)*S. APT 7 de junio de 2001*

La venta de las fincas en favor de los demandados se efectuó el 29 de diciembre de 1997. Las 11 primeras fincas estaban ya matriculadas y se practicó la inscripción el 27 de abril de 2000; las cuatro restantes no lo estaban y se inmatricularon el 26 de junio de 2000. La demanda se presentó el 6 de septiembre de 2000. En cualquier caso, y por aplicación de los art. 149 y 150, el derecho de los actores caducó por el transcurso desde la enajenación (29-12-97), esto es el 29 de diciembre del 1999.

23 2003-2004 (IX-X)*S. APZ 14 de septiembre de 2001*

El retrayente ejerció su derecho, tal y como ha quedado acreditado una vez transcurrido el plazo legal de 90 días a partir de la fecha de inscripción de la escritura pública de compraventa en el Registro de la Propiedad de Ateca, que le confiere el citado art. 150.2 Comp., plazo de cómputo civil que no excluye los inhábiles, según el art. 5.2 Cc, por lo que dicho derecho se habría extinguido, tal y como señala la sentencia de primer grado.

42 2003-2004 (IX-X)*S. APH 2 de febrero de 2006*

Como requisitos formales para que prospere la acción de retracto se precisa que de no haberse notificado fehacientemente la enajenación, se ejercite en el plazo de 90 días, a partir de la inscripción o desde que se tuvo conocimiento de la venta y sus condiciones esenciales. Ahora bien, el cómputo a partir de la inscripción registral sólo juega cuando no consta que el conocimiento de la enajenación date de anterior fecha, pero para que actúe esta última se requiere acreditar: a) que el retrayente tuvo conocimiento de la venta con anterioridad a la inscripción; b) que tal conocimiento fuese completo, respecto de todas las condiciones y circunstancias de la venta

23 RDCA 2008, XIV*S. JPI Zaragoza nº 3, 6 de junio de 2006*

La naturaleza de los plazos para el ejercicio de los retractos son plazos sustantivos, no procesales, doctrina asentada por el TS y cuya constitucionalidad ha sido avalada por la STC 30-6-98. En todo caso el cómputo debe iniciarse desde que el retrayente tuvo conocimiento de la venta «con anterioridad» a la fecha de la inscripción, conocimiento que no se refiere a tener noticia o mera información, sino y necesariamente a haber sabido y entendido todos los pactos y condiciones de la transmisión, lo que incluye precio de la misma y condiciones de la compraventa.

56 RDCA-2008-XIV

S. APH 30 de julio de 2007

El plazo de ejercicio de la acción del art. 150 Comp. no se trata de ningún plazo procesal en cuyo cómputo haya que excluir los días inhábiles (art. 133-2 Lec.) sino de un plazo de caducidad de carácter sustantivo, de derecho material; en la computación de un plazo de caducidad no se excluyen los días inhábiles (art. 5-2 Cc.).

33 RDCA 2009, XV*S. JPI Zaragoza n° 14, 8 de enero de 2008*

En cuanto al tiempo o momento de ejercicio de la acción ha de tenerse en cuenta como plazo inicial del cómputo el de la enajenación del bien, cuando lo que se ejercita es el derecho de retracto, y al no constar la existencia de notificación fehaciente de la venta al actor, el término de 90 días hay que contarlo a partir de la fecha de inscripción del título en el Registro de la Propiedad, por lo que en este caso la demanda está presentada dentro de plazo.

51 RDCA 2010, XVI*S. APH 17 de julio de 2009*

El cómputo de los 90 días a partir de la inscripción registral tan solo juega cuando no consta que el conocimiento de la enajenación date de anterior fecha. Y para que actúe el plazo de caducidad con independencia de la fecha de la inscripción registral se requiere acreditar: a) que el retrayente tuvo conocimiento de esa venta con anterioridad a su inscripción registral; y b) que tal conocimiento sea completo respecto de todas las condiciones y circunstancias en que la venta se efectuó, por lo que no basta con tener ciertas referencias a la venta, datos incompletos de sus condiciones o la mera noticia de la enajenación.

27 RDCA 2011, XVII• **A FALTA DE NOTIFICACIÓN FEHACIENTE***S. APH 17 de octubre de 1996*

El cómputo a partir de la inscripción registral tan solo juega cuando no consta que el co-

nocimiento de la enajenación date de anterior fecha, pero para que actúe esta última se requiere acreditar: a) Que el retrayente tuvo conocimiento de esa venta con anterioridad a su inscripción registral, y b) Que tal conocimiento fuese completo, respecto de todas las condiciones y circunstancias en que la venta se efectuó para que, con suficientes elementos de juicio, pueda el interesado decidir si le conviene o no a su derecho el ejercicio de la acción que le asiste.

12 1997, III (núm. 2°)*S. JPI Zaragoza n° 4, 25 de octubre de 1996*

El plazo de caducidad de 90 días, señalado en el art. 150.2 Comp., se cuenta desde que la actora tuvo conocimiento completo de la transmisión, pero a ésta le basta afirmar o señalar el momento en que ha tenido ese conocimiento completo, sin necesidad de demostrarlo, correspondiendo, en todo caso, al adquirente de los bienes el probar lo contrario, es decir, que el conocimiento de la venta se produjo con anterioridad.

73 1998, IV (núms. 1° y 2°)• **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*S. TSJA 28/2014, 15 de septiembre de 2014*

El precedente del art. 594 CDFA es el art. 150.2 Comp., norma que fue objeto de inter-

pretación correctora por los tribunales, que dieron prioridad a la fecha del conocimiento de la enajenación sobre la de la inscripción registral, entendiéndose que solo cuando no constase que el retrayente tuvo conocimiento de la enajenación con anterioridad a dicha inscripción, el plazo contaría desde ésta. En cambio, la redacción del art. 594.4.b) CDFA revela que lo relevante ahora es el conocimiento de la enajenación y no la inscripción en el Registro. El legislador aragonés ha partido de la base de que la publicidad registral no garantiza aquel conocimiento. Y aunque la inscripción sea suficiente para completar el conocimiento de las condiciones de la transmisión, no debe tomarse como *dies a quo* la fecha de la inscripción registral sino la fecha del conocimiento de la enajenación (en el caso, el día en que el demandante obtuvo la información del Registro de la Propiedad).

23 RDCA-XX-2014

• SUBASTA JUDICIAL

S. APZ 17 de marzo de 1997

Como tiene declarado el TS con carácter general para los retractos, en los casos de ventas judiciales la adquisición del dominio se produce con la «adjudicación de la finca al rematante». Y el cómputo del plazo es el previsto en el art. 5 Cc.

36 1998, IV (núms. 1º y 2º)

PRECIO

S. JPII Barbastro 16 de abril de 1996

Es evidente que, en cumplimiento de la legislación vigente, el retrayente debe abonar a la parte demandada el precio realmente pagado por la compraventa de los inmuebles, además de los gastos de reparación de los mismos y cuantos otros pagos legítimos se haya visto en la

obligación de realizar el comprador de buena fe (escrituras notariales, registro e impuesto de transmisiones patrimoniales).

65 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. JPII Barbastro 6 de noviembre de 1996

Repite lo dicho por la S. JPII Barbastro de 16-4-96.

74 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. JPI Zaragoza nº 2, 25 de enero de 1999

Se ha de analizar el contenido del derecho de retracto del actor, y para ello se ha de hacer referencia al art. 1.518 Cc.: así se ha de incluir el precio de venta, los gastos notariales, registrales y fiscales y los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida, de manera que de los gastos extraordinarios debe responder el dueño definitivo, pues los primeros, gastos ordinarios los debe sufragar el comprador sin derecho a reintegro.

63 2001-2002 (VII-VIII)

GASTOS O PAGOS LEGÍTIMOS

A. APH 5 de octubre de 1998

La finalidad del art. 1518 Cc. es impedir que el retracto perjudique en lo más mínimo el patrimonio del comprador. La mediación de un agente de la propiedad inmobiliaria es no sólo habitual, sino hasta casi ineludible en la compraventa de fincas. Por tanto, ante la falta de una jurisprudencia consolidada sobre esta materia, entendemos que los honorarios de ese profesional constituyen un pago legítimo hecho para la venta que el retrayente debe reintegrar al comprador.

18 1999, V (núm. 2º)

NOTICIAS*

*NEWS**

* Sección pensada para informar de conferencias, seminarios, cursos, jornadas, encuentros, congresos, premios, becas y, en general, de las novedades o «noticias» que se vayan produciendo y tengan algún interés para los profesionales y estudiosos del Derecho civil aragonés. Los conocedores de alguna noticia de este tipo pueden remitir a la Revista la información oportuna.

A) NOTICIAS DEL JUSTICIA DE ARAGÓN

A) NEWS OF THE “JUSTICIA” [MEDIAEVAL ENTITY SIMILAR TO OMBUSDSMAN] OF ARAGON

1. INFORME ANUAL DEL AÑO 2016:

Durante el año de 2016 esta Institución ha tramitado 2.906 quejas frente a las 2.285 que se instruyeron el pasado año, y se han dictado 397 sugerencias, recomendaciones y recordatorios de deberes legales, mientras que el pasado año se emitieron 455. Estos datos, y los que a continuación se van a exponer, son para esta Institución un estímulo para seguir trabajando en el cumplimiento de las competencias estatutariamente atribuidas, en especial, la defensa de los derechos de las personas que viven en Aragón. En particular, el incremento en un 27% de las quejas recibidas puede ser considerado un reflejo de la confianza de la ciudadanía en la Institución, a la que refuerza, no pudiendo olvidarse que su vocación es el servicio a las personas.

Debe destacarse, además, que durante el año de 2016 las administraciones han dado una mayor respuesta a las Sugerencias dictadas y a los Informes emitidos, citándose como ejemplos el Gobierno de Aragón y los Ayuntamientos de Zaragoza, Huesca, Teruel y Calatayud. Además, ha sido uno de los años en los que las administraciones han aceptado un mayor número de Sugerencias, siendo el objetivo de la Institución la colaboración con las diferentes administraciones para buscar soluciones a los problemas planteados por los ciudadanos en sus quejas. Este incremento de respuestas, unido al importante número de casos en los que la pretensión ciudadana ha sido solucionada o se encuentra en vías de solución, ha disminuido el número de resoluciones dictadas, aumentando el de archivos con un resultado positivo.

El mayor número de demandas ciudadanas registradas ha sido debido a las diferentes iniciativas de la administración educativa aragonesa en materia de horarios, jornada continua, su elección mediante el voto de las familias, sistema

de mayorías, propuesta de voto por correo, cómputo del voto en los Colegios Rurales Agrupados... Así, los expedientes tramitados en materia de Educación se han incrementado en un 349%. Todas estas cuestiones fueron estudiadas en las diferentes Sugerencias dictadas, habiéndose aceptado por la administración educativa muchas de las ideas propuestas, como la permanencia de la apertura de los comedores escolares, que el cambio de horarios no implicara un sacrificio económico a las familias, el doble voto de las familias monoparentales, etc.; otras, como la posibilidad de votar por correo, no pudieron ser aceptadas en su momento por cuanto el proceso ya había sido iniciado; no obstante, el voto por correo ha sido incluido en la nueva normativa relativa al funcionamiento de los Centros Escolares de 2017. La aceptación de algunas de estas Sugerencias implicará que todas estas cuestiones ya tratadas no serán de nuevo planteadas en el año 2017, siendo previsible que no vuelva a producirse, por tanto, un incremento tan significativo del número de expedientes en materia de educación.

De contrario, y como ya ocurriera en los últimos meses del año 2015, debe destacarse el descenso de las quejas referidas a Bienestar Social (238 frente a las 391 del pasado año) y ello por cuanto las relacionadas con los retrasos en la resolución de las solicitudes del IAI y de su renovación han disminuido, debido quizá, a la mayor agilidad en su tramitación y a la dedicación de más recursos; en materia de dependencia, y aunque también ha habido un ligero descenso, no ha sido tan acusado, debiendo tomarse en consideración que, en estos casos, el proceso es más lento por conllevar una mayor complejidad. El área en la que mayor número de expedientes se han instruido, después de Educación, es la de Empleo Público (254 expedientes frente a los 176 del pasado año).

El número de personas que se han dirigido a esta Institución en el año de 2016 para presentar su queja, ascendió a 3.084, si bien a esa cifra ha de adicionarse la de los ciudadanos que se sumaron a algunas de las quejas ya presentadas, una vez incoadas.

Además, se ha tramitado un total de 3.672 expedientes, en los que se incluyen tanto los incoados en 2016 como aquellos de años anteriores que se hallaban pendientes y en tramitación a 31 de diciembre de 2015; de ellos, se han archivado 2.997 y se encuentran en fase de instrucción, a la fecha de cierre de este Informe, 675.

Sobre el total de expedientes tramitados (3.672), han sido solucionados a lo largo de 2016, 2.384, lo que supone que ya han sido resueltos de forma satisfactoria el 65% del total; 675 se hallaban en trámite a fecha 31 de diciembre de 2016. La resolución satisfactoria se ha debido, bien a la intervención mediadora de la Institución durante su tramitación, o por haberse facilitado a la persona interesada la información necesaria para solucionar su pretensión, por la inexistencia de irregularidad en la actuación de la Administración o por haberse dictado Sugerencia o Recomendación y haber sido aceptadas.

Los expedientes remitidos al Defensor del Pueblo o a otras Defensorías ascendieron a 249 (7%); de la documentación recibida de la Oficina del Defensor del Pueblo, se ha tenido conocimiento de que, en el total de los expedientes trasla-

dados a dicha Oficina, se han dictado 3 Recomendaciones por la mencionada Institución.

No han podido ser solucionados 122 asuntos, que suponen sólo el 3% del total de los expedientes tramitados en este año, y ello por diversas causas, entre otras, porque las sugerencias dictadas han sido rechazadas, o porque la Administración a quien iban dirigidas no ha ofrecido respuesta alguna a la mismas, 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.

Se han dictado 397 resoluciones a lo largo de 2016, de las cuales, 362 han sido Sugerencias y Recomendaciones y 35, Recordatorios de Deberes Legales. De las 362 resoluciones aludidas, a fecha de elaboración de este informe, 232 fueron aceptadas (el 64%), 47 se rechazaron (13%), 53 se encuentran pendientes de respuesta (15%) y 30 no obtuvieron respuesta alguna (8%).

Analizando este apartado de forma detallada, debemos concluir que, como ya se adelantaba al inicio de esta Introducción, el mayor número de sugerencias dictadas ha correspondido al área de Educación, con 79 resoluciones, de las cuales han sido aceptadas 53 (67% del total), 16 fueron rechazadas (20% del total), 8 se hallan pendientes de respuesta (10%) y sólo 2 no obtuvieron respuesta alguna de la Administración (3%). En el área de Hacienda se dictaron 57 sugerencias de las que 31 fueron aceptadas (54%), 8 fueron rechazadas (14%) y 18 se encuentran pendientes de respuesta (32%). En materia de Urbanismo se dictaron 44 sugerencias, de las que se aceptaron 34 (77% del total), 1 fue rechazada (2%), 2 se hallan pendientes de respuesta (5%) y 7 no obtuvieron respuesta alguna (16%). Por último, en el área de Servicios Públicos se emitieron 44 sugerencias de las que fueron aceptadas 34 (77% del total), 1 fue rechazada (2%), 2 se encuentran pendientes de respuesta (5%) y 7 no obtuvieron respuesta alguna (16%). En las áreas de Agricultura, Ganadería, Justicia, Menores, Vivienda y Trabajo se aceptaron todas las sugerencias emitidas.

A diferencia de años anteriores, Educación ha sido la materia en la que más quejas se han tramitado (1.054), seguida de Empleo Público (254), Bienestar Social (238), Hacienda (188) y Sanidad (143). Por su orden, los temas que han suscitado mayor interés en la ciudadanía relacionados con la materia de Educación, como ya se ha adelantado, han sido los derivados de la nueva regulación que posibilita un cambio de la jornada escolar en determinados Centros escolares.

En materia de Empleo Público, se ha constatado un aumento de quejas y sugerencias en relación con los concursos de traslados convocados por el Salud para personal estatutario, se ha planteado la posibilidad de formalizar convenios de colaboración con otras Comunidades Autónomas para facilitar la movilidad del personal y se ha analizado la provisión de puestos a través de contratos de alta dirección. Además, con referencia a los derechos y deberes de los empleados públicos, se ha sugerido la promoción de determinadas medidas relacionadas con la conciliación de la vida personal y profesional, con la formación continua-

da y con determinadas ayudas, en particular a quienes tienen a su cargo personas con algún tipo de discapacidad.

En Bienestar Social, además de la reducción de quejas relativas a la tardanza del IAI y del hecho de que los expedientes de dependencia se van solucionando paulatinamente, debe resaltarse el impulso que esta Institución ha instado a las administraciones competentes para proteger a las familias monoparentales, sugiriendo su atención prioritaria y específica en los programas y actuaciones diseñadas por el Gobierno de Aragón y la adopción de medidas singularizadas teniendo en cuenta la situación sociofamiliar (ayudas en transporte, adquisición de vivienda, alquiler, becas, etc.).

En Hacienda, han sido objeto de preocupación ciudadana los procedimientos de comprobación de valor de los inmuebles transmitidos cuando la administración notifica un valor muy superior al declarado en la escritura por el comprador; en aras de una mayor defensa y garantía de los derechos de los contribuyentes, se instó a la administración que razonara sobre la procedencia de la elección del método de valoración de precios medios de mercado y la necesidad de hacer una inspección personal del inmueble cuyo valor se comprueba; además, la ausencia de regulación legal en los casos de fuga de agua de las tuberías o acometidas particulares y el pago de la tasa de agua fue la causa de la instrucción de un número importante de expedientes.

De otra parte, en materia de Sanidad merece destacarse la insistencia ciudadana en aludir al problema de las listas de espera para intervenciones quirúrgicas, pruebas diagnósticas y consultas especializadas, destacando la existente en la Unidad de Columna del Hospital Miguel Servet (en la que ya se ha anunciado por la Administración la adopción de medidas específicas), así como la falta de algunos especialistas en distintos Hospitales de nuestra Comunidad Autónoma, siendo preciso incentivar aquellas plazas cuya cobertura presenta mayor dificultad, como se ha venido sugiriendo en muchas ocasiones durante años.

Merece especial mención que, en fecha 31 de mayo de 2016, se constituyó el Consejo de Transparencia de Aragón habiendo sido designada para su vicepresidencia una asesora de la Institución en su representación, tal y como determina la Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón. Como consecuencia de este nombramiento, la Institución ha participado en las ponencias elaboradas en respuesta a las reclamaciones interpuestas contra resoluciones en materia de acceso a la información pública, ha colaborado en la emisión de Informes y ha asistido a las sesiones del Consejo a las que ha sido convocada.

Esta Institución se ha dirigido en 849 casos a la Administración autonómica, en 624 supuestos, a la Administración Local y en 62, a la Administración del Estado. En 16 ocasiones, se ha interesado la debida información a Colegios Profesionales, y en 46, a empresas que gestionan servicios públicos.

El número de quejas presentadas por personas residentes en Aragón en el año de 2016 fueron 2.689, de las cuales, 197 procedían de Huesca y provincia, 208, a Teruel y provincia y 2.284, a Zaragoza y provincia. En 93 supuestos, las

quejas procedieron del resto de Comunidades Autónomas 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 2403/2016, en el que un grupo de personas solicitaba que las familias de los colegios que han aprobado la jornada continua puedan ratificar la misma a los tres años en las mismas condiciones que la aprobación inicial. Un total de 175 personas presentaron la queja que dio lugar al expediente 1272/2016, en la que mostraban su disconformidad con la denegación de la validez del voto por correo en la elección del horario escolar; en el expediente 2427/2016 otro grupo de personas instaba la mediación de la Institución para que los Colegios de Educación Especial no se incluyeran en los procesos de cambio de jornada.

El titular y los asesores de esta Institución se han reunido, a lo largo de 2016 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 11 centros de menores, 11 residencias para personas mayores, 3 centros dedicados a personas en riesgo de exclusión y asistenciales, uno, 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.

Por primera vez, en el año de 2016 el medio de contacto con la Institución utilizado de forma mayoritaria por los ciudadanos ha sido la vía telemática, habiéndose recibido a través de este medio 1.550 quejas. No obstante lo anterior, se han recibido 977 comparecencias personales en las oficinas de Zaragoza, Huesca y Teruel así como en las visitas realizadas por el titular a las Comarcas, pues todavía sigue siendo una forma de comunicación muy demandada por la ciudadanía por varias razones, entre otras, por la atención personalizada recibida, por el inmediato conocimiento directo de quienes van a tramitar las quejas y por el ofrecimiento de la información que se demanda. El número de quejas recibidas por correo ordinario ascendió a 198.

Los expedientes incoados de oficio en 2016, en cumplimiento de las competencias legales y estatutarias, fueron 128.

Siguiendo la dinámica iniciada en anteriores años, en 2016 el Justicia de Aragón visitó, además de Huesca y Teruel en varias ocasiones, las comarcas de Tarazona y el Moncayo, Jiloca, Bajo Cinca, Bajo Aragón-Caspe, Cariñena, Bajo Aragón y Calatayud; en todas estas ocasiones, el titular se reunió con todas aquellas personas y representantes de asociaciones, fundamentalmente de carácter social, que solicitaron entrevista personal con él, trasladándole así sus problemas e inquietudes. Desde que se pusiera en marcha esta iniciativa en 2010, las personas recibidas directamente por el Justicia suman más 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 vulnerabilidad, 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 11 de mayo de 2016 para presentar el Informe Anual correspondiente al año 2015. El 30 de mayo de 2016, presentó ante la Comisión de Comparecencias y Peticiones Ciudadanas de las Cortes de Aragón el Informe Especial sobre “Personas en situación de exclusión social en Aragón”.

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 elaborado el “Informe sobre la situación de los menores en Aragón” correspondiente al año 2016, 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 emisión el “Informe sobre el estado de observancia, aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico aragonés” correspondiente al año de 2016. Ambos Informes se pondrán en breve a disposición de las Cortes de Aragón y, tras ello, a disposición de los ciudadanos.

Respecto a las relaciones de la Institución con el resto de las Defensorías, debe citarse su participación en la celebración de las XXXI Jornadas de Coordinación de Defensores del Pueblo organizadas por el Defensor del Pueblo de Navarra bajo el título “La invasión del domicilio por ruidos”. El 13 de junio de 2016, el titular de la Institución asistió a la Conferencia de la Red Europea de Defensores del Pueblo sobre Refugiados, Transparencia y respecto al Estado de Derecho. Además, en el mes de noviembre, el Justicia de Aragón participó en la XXI Asamblea de la FIO celebrada en Canarias, donde se trataron los temas “Pobreza, dignidad y derechos humanos” y “Migrantes y trata de personas”.

Para llevar a cabo la labor de divulgación de nuestro Derecho y de las propias funciones, utilidad y competencias de la Institución, a lo largo de estos últimos años sobre todo, se han fomentado los cauces de comunicación con la ciudadanía mediante los medios personales y, también, los medios materiales, especialmente la tecnología de la información, a través del uso de las redes sociales y de Internet. El objetivo final es que muchas personas puedan contactar fácilmente con esta Institución por el medio que prefieran. La página web a lo largo de 2016, ha recibido 2.775.811 visitas y consultas. Desde que se abriera la cuenta en Twitter, hace ya tres años, la cifra de seguidores se ha ido incrementando cada año, habiendo finalizado 2016 con 4.449.

2. FORO DE DERECHO ARAGONÉS

El 18 de octubre de 2016 se firmó por la Institución de El Justicia de Aragón, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, la Academia Aragonesa de Jurispru-

dencia y Legislación, la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, el Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, el Ilustre Colegio de Abogados de Huesca, el Ilustre Colegio de Abogados de Teruel, el Ilustre Colegio Notarial de Aragón, el Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (Decanato Autonómico de Aragón) y el Ilustre Colegio de Procuradores de Zaragoza, el convenio de colaboración para la celebración de los «Vigesimosexto Encuentros del Foro de Derecho Aragonés», con el siguiente programa de ponencias:

- Día 8 de noviembre de 2016 en Zaragoza: *Elogio del periodista cabal*, por D. Lorenzo Martín-Retortillo Baquer.
- Día 15 de noviembre de 2016 en Zaragoza: *Régimen Jurídico de las Comunidades y Sociedades Privadas de Montes*, por D. José Luis Argudo Périz, D. David Arbués Aísa y D. Miguel Temprado Aguado.
- Día 22 de noviembre de 2016 en Zaragoza: *El Derecho Foral aragonés ante el Alzheimer* por D. Armando Barreda Hernández, D. Daniel Bellido Diego-Madrado y D. Francisco Javier Hernáiz Corrales.
- Día 29 de noviembre de 2016 en Huesca: *La sucesión legal en favor de la Comunidad Autónoma de Aragón*, por D. Miguel Lacruz Mantecón y D. Vite-lío Manuel Tena Piazuelo.

3. REVISTA ARAGONESA DE DERECHO CIVIL

Esta revista, de periodicidad anual, 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. PUBLICACIONES

La labor editorial de la Institución ha continuado a lo largo del año, mediante la publicación y presentación de las siguientes publicaciones:

- *Actas de los Vigesimoquintos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, en el que se recogen las ponencias de las sesiones celebradas durante los martes del mes de noviembre y primero de diciembre del año 2015, sobre los temas siguientes:
 - *Homenaje a los hispanistas suecos estudiosos de los Fueros: Gunnar Tilander y Max Gorosch*. Por D. José Antonio Escudero y D. Antonio Pérez Martín.

- *25 años del Foro de Derecho Aragonés: presente y futuro del Derecho Aragonés.* Por D. Jesús Delgado Echeverría y D. Lorenzo Martín-Retortillo Baquer.
- *Espacios naturales protegidos: ¿oportunidad o limitación de derechos?* por D.^a María Martínez Martínez, D. Joaquín Guerrero Peyrona y D. Pablo Munilla López.
- *Reglamento sucesorio europeo y derecho interregional.* Por D. Francisco de Paula Puig Blanes, D. Juan María Díaz Fraile y D. Javier Pérez Milla..
- *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 Alcalá, D. Fernando Félix Alonso Andríó y D. José Antonio Montón del Hoyo.
- *Crisis legal, que manifiesta la conveniente noticia de los Fueros y modos judiciales de proceder usados en Aragón.* Diego Franco de Villalba, edición y estudio preliminar de D. Guillermo Vicente y Guerrero.
- N° 56 de la colección del Justicia, *Crisis de familias trasnacionales y Derecho civil de Aragón: ideas esenciales*, cuyo autor es D. Francisco de Paula Puig Blanes.
- N° 57 de la colección del Justicia, *Antología de documentos de Derecho civil histórico aragonés (1423-1798)*, cuyo autor es D. Manuel Gómez de Valenzuela.
- N° 58 de la colección del Justicia, *El derecho de abolorio en Aragón*, cuyo autor es D. Emilio Latorre Martínez de Baroja.

B) CURSOS, CHARLAS Y SEMINARIOS SOBRE DERECHO CIVIL ARAGONÉS

B) COURSES, TALKS AND SEMINARS ON CIVIL LAW OF ARAGON

1. CURSO 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 décimo quinto 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 2016-2017 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, 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.

2. CURSO EN LÍNEA DE DERECHO CIVIL ARAGONÉS

El CGPJ, dentro de su programa de formación continua, ha ofertado a lo largo del año 2016 la segunda edición de un *Curso en línea de Derecho civil 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. 71 y ss. del Reglamento del 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 hacerlo en el futuro contribuyendo así al desarrollo de un Derecho con tan larga tradición histórica y trascendencia en Aragón.

El curso está 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, A. 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 ha desarrollado entre los meses de mayo a diciembre de 2016, impartándose un total de 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 2017 comienza la 3^a edición de este Curso, en el que se editará un libro en formato electrónico con las lecciones redactadas por los profesores del curso.

3. CURSO DE DERECHO CIVIL ARAGONÉS PARA FUNCIONARIOS

La DGA, bajo el título “Derecho civil aragonés. Cuestiones prácticas”, ha organizado un curso para funcionarios coordinado por la Dra. Carmen Bayod. En

él han intervenido también los profesores Serrano García y Bellod Fernández de Palencia.

El curso se celebró los días 19 y 21 de abril de 2017 y trató sobre las siguientes cuestiones: “Derecho de la Persona: Cuestiones de capacidad, vecindad y relaciones parentales”, que estuvo a cargo de la Dra. Dña. Elena Bellod Fernández de Palencia; “Derecho de Familia: Cuestiones sobre régimen económico matrimonial y viudedad foral aragonesa”, por la Dra. Carmen Bayod López y, por último, “Derecho de sucesiones: Cuestiones Generales. Sucesión voluntaria y sucesión legal”, a cargo del Dr. D. José Antonio Serrano García.

C) OTRAS NOTICIAS

C) OTRAS NOTICIAS

MEDALLA DE ORO DE LA FACULTAD DE DERECHO A LA COMISIÓN ARAGONESA DE DERECHO CIVIL

El pasado 17 de febrero se conmemoró la festividad de San Raimundo de Peñafort, Patrón de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza. La celebración, como es tradicional, tuvo por objeto un Acto Académico que estuvo presidido por el Rector de la Universidad, Dr. D. José Antonio Mayoral Murillo.

En esta ocasión, se procedió a hacer entrega de la insignia de oro de la Facultad, la máxima distinción, a la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, por su contribución a la conservación, modificación y desarrollo del Derecho foral de Aragón con ocasión de los 50 años de Promulgación de la Compilación del Derecho civil de Aragón. El Sr. Decano, Dr. D. Javier López Sánchez, hizo entrega de la insignia al Presidente de la Comisión, Dr. D. Jesús Delgado Echeverría, Catedrático Emérito de Derecho civil.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAPHY

REPERTORIO DE BIBLIOGRAFÍA (RDCA-2017-XXIII)

BIBLIOGRAPHY REPERTOIRE

III. CLÁSICOS DEL SIGLO XVIII

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 remediabile discrepancia en el abuso, y cavilación de algunas prácticas*. Zaragoza, 1710, 46 págs. Edición facsimilar del ejemplar conservado en la Biblioteca de la Real Academia de la Historia y estudio preliminar a cargo de Guillermo VICENTE Y GUERRERO. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2016, 79 págs.

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.

VICENTE Y GUERRERO, Guillermo: Edición y estudio preliminar de *Crisis legal, que manifiesta la conveniente noticia de los fueros y modos judiciales de proceder usados en Aragón*, de Diego FRANCO DE VILLALBA. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2016, 79 págs.

El favorable desarrollo de la guerra civil para los intereses de Felipe de Anjou propició la promulgación de la Real Cédula de 2 de febrero de 1710, en la que el rey se manifestaba inclinado a *moderar, y alterar en las Providencias dadas hasta aquí* [los dos decretos de conquista del verano de 1707], *aquello, que sin limitación de la Suprema Potestad, y Real Soberanía, pueda ser más a propósito, y conducente a la mejor Administración de Justicia, y a la satisfacción, y consuelo de los Naturales de este Reyno de Aragón, y de el de Valencia*. El viejo Reino de Valencia se mantuvo callado, mientras que en el Reino de Aragón Diego Franco de Villalba, abogado en los Reales Concejos, elaboró una cuidada memoria titulada *Crisis legal, que ...*, en la que mostraba su preocupación por la situación legal existente en Aragón, que calificaba de *crisis*, abogando por la conveniencia de que los Fueros aragoneses fueran mantenidos y difundidos e incidiendo asimismo en la posibilidad de lograr una conciliación efec-

tiva entre las principales normas, procedimientos e instituciones aragonesas y la autoridad soberana del monarca Borbón.

Se trata de un breve aunque bien documentado tratado dividido en tres capítulos, precedidos de una breve aunque intensa introducción: *I. La conveniente noticia de los fueros y modos judiciales de proceder usados en Aragón* (págs. 7-19); *II. La apacible concordia de sus establecimientos con la suprema potestad de los príncipes* (págs. 19-29); y *III. La remediable discrepancia en el abuso, y cavilación de algunas prácticas* (págs. 30-46). El texto principal está escrito en castellano, mientras que el considerablemente extenso aparato de notas que le acompaña está redactado en su mayor parte en latín. Se trata de una obra en la que el componente político tiene tanta importancia como el jurídico, por ello es un texto ligero y de fácil lectura.

En la tercera parte del Estudio Preliminar, Guillermo Vicente y Guerrero comenta el contenido de la «Crisis legal» y llega a la conclusión de que Diego Franco de Villalba colaboró activamente con este manifiesto en la obtención del indulto de una parte característica y propia del ser aragonés como es la de su Derecho. Dicho indulto sería concedido por Felipe V unos meses más tarde en el Decreto de 3 de abril de 1711. Franco de Villalba, en su opinión, facilitó con su oportuno y bien pergeñado escrito, el basamento doctrinal necesario para que Felipe V y sus leguleyos variasen el rumbo iniciado tras la batalla de Almansa, revisando parcialmente la completa supresión del ordenamiento jurídico aragonés que, de forma tan arbitraria como manifiestamente injusta, habían impuesto los decretos de conquista de verano de 1707.

IV. OBRAS GENERALES, MANUALES, PANORÁMICAS Y REVISTAS

3. MANUALES Y OBRAS GENERALES DE DERECHO ARAGONÉS

SERRANO GARCÍA, José Antonio y BAYOD LÓPEZ, M^a del Carmen: *Lecciones de Derecho civil: Familia*, Kronos Editorial, Zaragoza, Septiembre 2016, 547 págs.

Exposición integrada del Derecho de familia estatal de aplicación general, el aragonés y el estatal de aplicación supletoria en Aragón, con referencias al de otras Comunidades Autónomas con Derecho civil foral o especial, pensada en especial para los alumnos del Grado en Derecho de la Facultad de Zaragoza, a los que se quiere facilitar, junto a una visión panorámica de la pluralidad de legislaciones civiles existentes en España sobre una misma materia, una profundización en aquella regulación que está llamada a ser aplicada con preferencia en Aragón, bien por ser competencia exclusiva en todo caso del Estado, bien por ser Derecho civil aragonés, bien por ser Derecho estatal de aplicación supletoria respecto del aragonés.

SERRANO GARCÍA, José Antonio y BAYOD LÓPEZ, M^a del Carmen: *Lecciones de Derecho civil: Sucesiones por causa de muerte*, Kronos Editorial, Zaragoza, Noviembre 2016, 436 págs.

Exposición integrada del Derecho de sucesiones aragonés y el estatal de aplicación supletoria, con referencias al de otras Comunidades Autónomas con Derecho civil foral o especial, pensada en particular para los alumnos del Grado en Derecho de la Facultad de Zaragoza, a los que se quiere facilitar, junto a una visión panorámica de la pluralidad de legislaciones civiles existentes en España sobre una misma materia, una profundización en aquella regulación que está llamada a ser aplicada con preferencia en Aragón, así como llamar su atención sobre la importancia que tienen las normas que sirven para determinar la norma que es aplicable en cada caso.

4. MANUALES Y OBRAS GENERALES DE DERECHO FORAL

URRUTIA BADIOLA, Andrés M. (Director/Coordinador): *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, Bilbao, 2016, 551 págs.

Como dice el Director de la publicación en la Presentación de la misma, la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, supone una renovación fundamental en el camino hacia la constitución y formulación de un espacio jurídico vasco. Frente a la regulación básicamente territorial vigente a lo largo de la historia, desde el día 3 de octubre de 2015 está en vigor un Derecho civil vasco aplicable a todos los ciudadanos de la Comunidad Autónoma del País Vasco, sobre la base de una vecindad civil vasca a la que se anudan una serie de instituciones de Derecho patrimonial, Derecho de sucesiones y Derecho de familia.

En esta publicación se recogen, junto al texto de la Ley, los precedentes legislativos y el formulario notarial, una serie de comentarios breves, que combinan el enfoque teórico y práctico, sobre el contenido de la Ley, obra de autores (abogados, notarios, registradores, magistrados y profesores de universidad) que han estado próximos al proceso de formulación y aprobación del nuevo texto legal. Su participación viene dada en su cualidad de miembros de la Academia Vasca de Derecho y del grupo de Estudios de Derecho civil vasco del Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia.

Primeras aportaciones que se espera que sirvan para la difusión y socialización de esta norma y su superación por aportaciones de mayor calado y extensión que vendrán con el tiempo. En este momento se trata simplemente de dar una primera orientación teórica y una visión práctica que permita la comparación de esa ley con la anterior, y la utilización de unos formularios adaptados a la nueva realidad legislativa del Derecho civil vasco.

VV.AA.: *El Derecho Civil Vasco del siglo XXI. De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*. Jornadas celebradas en Bilbao los días 2 y 3 de noviembre de 2015. Edita el Parlamento Vasco. Colección de informes y documentos. Serie Maior. Bilbao, 2016, 775 páginas.

El libro recoge las ponencias de las Jornadas celebradas en Bilbao los días 2 y 3 de noviembre de 2015 organizadas por el Parlamento Vasco y la Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País. Tras los discursos de inauguración, las Jornadas se estructuran en 9 paneles y un Anexo con el texto de la nueva Ley de Derecho Civil Vasco. Los temas de los paneles son los siguientes: El contexto histórico y jurisprudencial de la Ley de Derecho Civil Vasco de 2015; El asentamiento institucional y material del Derecho Civil Vasco; Europa y el Derecho Civil Vasco: ¿amenaza u oportunidad?; Los principios e instituciones del Derecho Civil Vasco; El Derecho sucesorio (I); El Derecho sucesorio (II); Matrimonio y parejas de hecho; Las «otras» instituciones vascas; Las comisiones de Derecho civil. En este último panel fue ponente Jesús Delgado Echeverría y en su ponencia refleja la experiencia aragonesa.

El Parlamento Vasco ha publicado la versión electrónica de este libro en su página web. El enlace al libro es el siguiente:

http://www.legebiltzarra.eus/portal/documents/16182/770663/El_Derecho_Civil_Vasco_del_Siglo_XXI.pdf/2a06c999-1730-4204-92b0-453b65beb398

GALICIA AIZPURUA, Gorka (Coord.) y GIL RODRÍGUEZ, Jacinto (Dir.): *Manual de Derecho civil vasco*. Atelier, 2016, 446 págs.

5. PANORÁMICAS

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: «Presente y futuro del Derecho aragonés. El Derecho civil», en VV.AA.: *Actas del los XXV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Teruel, 2015), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2016, págs. 21 a 41.

Visión y reflexiones de la máxima altura, hechas por quien es su mejor conocedor vivo, sobre el Derecho civil aragonés en los últimos tiempos, en particular desde la Constitución de 1978, con referencias también a la historiografía, la foralidad y la historia, para centrarse en los cambios más visibles operados en estos 25 años, en los que hemos pasado de la Compilación al Código del Derecho Foral de Aragón. En las tareas prelegislativas destaca la intervención de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil surgida del Decreto de 20/2/1996, pero también el trato que sus propuestas reciben en las Cortes de Aragón. A la normalización del Derecho civil aragonés contribuye notablemente el Tribunal Superior de Justicia de Aragón con sus sentencias de casación foral, cada vez mas numerosas y creadoras de doctrina. Desde 1995 la vida de nuestro Derecho se

refleja en la Revista de Derecho Civil Aragonés, su estudio puede hacerse en una asignatura de la Facultad de Derecho de Zaragoza (Plan de 2000), en el curso de posgrado de la Cátedra Lacruz Berdejo y en otros cursos de especialización para jueces y magistrados, hay también instrumentos de difusión (manuales, comentarios, actas). En el presente la situación del Derecho civil aragonés está normalizada como una variante exitosa del Derecho europeo que, en el siglo XXI, concurre con otros en la vida jurídica del continente.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo: «Presente y futuro del Derecho público aragonés», en VV.AA.: *Actas del los XXV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Teruel, 2015), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2016, págs. 43 a 57.

En 1977, sin perjuicio de su influencia en diversos momentos históricos y de su fama, el Derecho público aragonés hacía tiempo que había quedado reducido a un mero recuerdo histórico. Aragón es hoy una de las Comunidades Autónomas del Reino de España, integrado en la Unión Europea, cuyo ordenamiento es de aplicación preferente, de modo que el nuevo Derecho público aragonés ha de encontrar su espacio dentro del ordenamiento español y éste dentro del ordenamiento europeo, pudiendo tocar muchas materias, pero de manera muy angosta y limitada.

El ordenamiento jurídico es un auténtico laberinto en el que se aprecia una falta de interés por la calidad de las normas, un injustificado uso de los decretos-leyes, una enorme cantidad de «corrección de erratas», un continuo baile de modificaciones legales y demasiados supuestos en los que el legislador aragonés ha obrado desconociendo la Constitución. Tendríamos que ser capaces de asumir con toda radicalidad que en Aragón tenemos que hacer un Derecho público de la máxima calidad (limpio, neto y preciso, asequible y comprensible, y estable, en el que no sobre ni falte nada), que nos permita estar a la altura de la fama alcanzada por nuestras antiguas instituciones, dando así una lección a toda España.

6. REVISTAS

VV.AA.: *Actas del los XXV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Teruel, 2015), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2016, 338 págs.

Sesión I: Sesión extraordinaria con motivo del 25 aniversario del Foro de Derecho Aragonés. Homenaje a los hispanistas suecos estudiosos de los Fueros: Gunnar Tilander y Max Gorosch (ponentes: José Antonio Escudero López y Antonio Pérez Martín);

Sesión II: 25 años del Foro de Derecho Aragonés: presente y futuro del Derecho aragonés (ponentes: Jesús Delgado Echeverría y Lorenzo Martín-Retortillo Baquer; colaborador: Jesús Morales Arrizabalaga);

Sesión III: Espacios naturales protegidos: ¿oportunidad o limitación de derechos? (ponente: María Martínez Martínez; coponentes: Joaquín Guerrero Peyroña y Santiago Pablo Munilla López);

Sesión IV: Reglamento sucesorio europeo y Derecho interregional (ponente: Francisco de Paula Puig Blanes; coponentes: Juan María Díaz Fraile y José Javier Pérez Milla);

Sesión V: Seguros de vida, fondos de pensiones e instrumentos de previsión en el régimen económico matrimonial y la sucesión por causa de muerte (ponente: Luis Alberto Marco Arcalá; coponentes: Fernando Félix Alonso Andrió y José Antonio Montón del Hoyo).

V. MONOGRAFÍAS Y ARTÍCULOS

1. TEMAS COMUNES A TODOS LOS DERECHOS FORALES

1.1. *La codificación civil y los Derechos forales*

FERRER VANRELL, María Pilar: «La codificación civil y la llamada “cuestión foral” en Baleares». Discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Islas Baleares. *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Islas Baleares*, núm. 13, 2012, pags. 85-181. Se puede consultar en

http://ibdigital.uib.es/greenstone/collect/boletinJurisprudencia/index/assoc/Bajlib_2/012_t013/_085.dir/Bajlib_2012_t013_085.pdf

Detallada y completa exposición de las vicisitudes experimentadas por el Derecho civil de Baleares desde los Decretos de Nueva Planta, que supusieron los inicios de la llamada «cuestión foral», durante todo el largo proceso de la codificación civil hasta la aprobación del Código civil español, y tras él durante el tiempo de redacción del Proyecto de Apéndice al Código civil de Baleares, cuya tramitación quedó inconclusa. En las últimas páginas se refiere también, ya de forma muy resumida, al cambio del sistema de apéndices por el de compilaciones que propiciará la aprobación de la Compilación de Baleares, así como a la nueva estructura competencial contenida en la Constitución de 1978 y a la continuación en esta nueva etapa de la «cuestión foral».

1.3. *La codificación de los Derechos forales*

«Congresos de Derecho Gallego. Conclusiones», incluidas en el Libro de los 250 años del Colegio Provincial de abogados de A Coruña, editado por el propio Colegio en 2010, págs. 302 a 380. El libro se puede consultar en la siguiente dirección:

http://www.icacor.es/fileadmin/user_upload/archivos/contenidos/Libro250Aniversario.pdf

Por iniciativa del Colegio de abogados de A Coruña, se celebraron en esa ciudad los tres Congresos de Derecho Gallego, organizados hasta la fecha. El primero en 1972, el segundo en 1985 y el tercero en el 2002. Los tres Congresos de Derecho Civil Gallego forman parte de la historia del Colegio. Por eso se transcriben en este Libro de aniversario sus conclusiones. Son los trabajos de muchos abogados, procuradores, magistrados, notarios, registradores, catedráticos y profesores que en 1972, 1985 y 2002 se preocuparon por el Derecho civil gallego.

1.6. PROBLEMAS DE DERECHO INTERREGIONAL

DÍAZ FRAILE, Juan María: «El certificado sucesorio europeo. Especial referencia a sus efectos y a su condición de título inscribible en el Registro de la Propiedad», en VV.AA.: *Actas del los XXV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Teruel, 2015), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2016, págs. 173 a 195.

El coponente, Registrador de la Propiedad y acreditado para Catedrático de Derecho Civil, nos ilustra con riqueza de argumentos sobre el concepto y naturaleza del certificado sucesorio europeo, así como sobre sus efectos en el Derecho español.

Para solucionar los problemas prácticos derivados de la diversidad normativa en el ámbito de la Unión europea, el Reglamento de Sucesiones (UE 650/2012) incorpora un novedoso título sucesorio específico cuyo objeto es el de acreditar la condición de heredero, legatario, ejecutor o administrador de la herencia (albacea o contador-partidor) con vigencia en toda la Unión, y al que se denomina «certificado sucesorio europeo». Este certificado, cuya utilización no es obligatoria, puede coexistir con los títulos sucesorios nacionales. Tiene una naturaleza híbrida: entre título sucesorio y documento particional (el segundo aspecto tiene muchas dificultades en sistemas, como el español, de adquisición de la herencia mediante aceptación), puede ser judicial o notarial, y su atipicidad debería reconducirse a la amplia categoría de la jurisdicción voluntaria.

PÉREZ MILLA, José Javier: «El Reglamento 650/2012, de 4 de julio de 2012, y los conflictos de leyes que se planteen exclusivamente entre territorios españoles», en VV.AA.: *Actas del los XXV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Teruel, 2015), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2016, págs. 197 a 232.

Importantes y bien fundadas reflexiones y conclusiones sobre materia de gran dificultad. Cuando se cumplen los requisitos de aplicabilidad material y espacial, las soluciones europeas priman sobre cualesquiera otras, provengan de normas estatales (o infraestatales) o internacionales). El Reglamento sucesorio europeo (RS) interacciona con los ordenamientos plurilegislativos, como el español, en dos momentos. Por una parte, según el art. 38 RS, «Los Estados miembros que comprendan varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones no estarán obligados a aplicar el presente Reglamento a los conflictos de leyes que se planteen exclusivamente entre dichas unidades territoriales», Por otra parte, el art. 36 RS contempla «el caso de que la

ley designada en el presente Reglamento fuera la de un Estado que comprenda varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones (...). El autor se ocupa exclusivamente del primer momento.

La cláusula de exclusión de la aplicación del RS del art. 38 sólo está referida al ámbito de la ley aplicable, no a la competencia, reconocimiento y demás materias de las que se ocupa el RS. El hecho de que la ley aplicable a una sucesión (interregional) quede determinada directamente por lo dicho en los arts. 16 y 9.8 Cc., no obsta, por tanto, para que pueda ser aplicado el RS parcialmente si, por ej., la resolución judicial que resuelve dicho asunto quiere ser reconocida en otro Estado o si un interesado desea obtener un certificado sucesorio a los efectos de prueba de sus derechos.

Por otra parte, la posibilidad de extender a los conflictos interterritoriales la aplicabilidad de RS es una cuestión de organización interna (soberana) que, en el caso de España, requiere de ley estatal por la competencia exclusiva del Estado sobre las «normas para resolver los conflictos de leyes» (art. 149.1.8 CE). Pero como España no ha hecho uso de esta posibilidad, aunque resulten aplicable las normas de Derecho interregional de competencia de los Estados miembros, éstos, al ejercer dicha competencia, deben respetar el Derecho de la Unión (Reglas, Principios y Libertades): tanto el sistema español de conflictos internos como la regulación material sucesoria española (de las Comunidades Autónomas forales y del Estado) deben respetar el Derecho de la Unión Europea.

Lo decisivo para excluir la aplicación del RS es si los conflictos de leyes en materia sucesoria son «exclusivamente» interregionales, pues en cuanto no lo sean se regirán por el RS. La inclusión del término «exclusivamente» en el art. 38 RS permite interpretaciones estrictas de lo que sean conflictos sucesorios interregionales, y propicia la tesis extensiva de la aplicabilidad del RS según la cual, la existencia de cualquier conflicto de leyes internacional en un asunto sucesorio supone la aplicación del RS a todas las demás cuestiones sucesorias que ese asunto plantee. Frente a esta tesis, que resulta problemática en ciertos casos, se ha defendido la tesis de la aplicabilidad parcial del RS a ciertos conflictos de ley y del Derecho interregional español a otros. El autor considera que la tesis extensiva (tras ser sometida a corrección) es preferible, por dos razones: permite una mayor adaptación (europeización) del Derecho interregional español y la seguridad jurídica sólo queda comprometida excepcionalmente si se hacen las adaptaciones a la tesis extensiva que el autor propone. En definitiva, si las cuestiones de ley aplicable a un caso de sucesiones permiten ser reconducidas a las conexiones previstas por el sistema español de solución de conflictos internos, el caso es «exclusivamente» interregional.

PUIG BLANES, Francisco de Paula: «Cuestiones esenciales que plantea en la práctica el Reglamento 650/2012 con especial referencia al Derecho interregional», en VV.AA.: *Actas del los XXV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Teruel, 2015), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2016, págs. 127 a 172.

El Reglamento (UE) 650/2012, de 4 de julio, aplicable a las sucesiones abiertas a partir del 17 de agosto de 2015, se aplica a las sucesiones por causa de

muerte, cualquiera que sea su clase, en lo relativo a la competencia judicial internacional, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones, la aceptación y la ejecución de los documentos públicos, y además introduce un certificado sucesorio europeo (formulario: Reglamento de Ejecución (UE) 1329/2014). Es de aplicación a todo el territorio de la UE salvo Dinamarca, Reino Unido e Irlanda (se aplica a 25 Estados). El Reglamento prevalece frente a los convenios celebrados exclusivamente entre miembros de la UE, pero no frente a los celebrados con terceros Estados.

Parte del principio de fijación de una única ley como reguladora de la sucesión, con independencia de la ubicación de los bienes y derechos o su naturaleza; si bien, al anterior principio se añade el de libre elección de la ley aplicable, así como el de tratar de garantizar la identidad foro/ley aplicable. En materia de sucesión abintestato se fija como principio la aplicabilidad de la ley de la residencia habitual del causante al tiempo de fallecimiento.

La aplicación del Reglamento conlleva, en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea, la inaplicación de las normas que en materia de derecho internacional privado sobre sucesiones contiene el Código civil, así como las que sobre competencia judicial internacional contiene el art. 22 quáter g) LOPJ (reformado en 2015).

El ponente desarrolla en apartados sucesivos el régimen relativo a la competencia judicial internacional, la ley aplicable, el reconocimiento y ejecución, así como la regulación del certificado sucesorio europeo.

En los Estados con más de un régimen jurídico (como es el caso de España), la determinación concreta de la ley aplicable se lleva a cabo (art. 36) según las normas de Derecho interregional que existan en tal País (el Reglamento no las reemplaza salvo que expresamente así se disponga como se indica en el art. 38, y en España esto no se ha producido). Así que cuando el Reglamento determina que la ley aplicable es la española, para saber dentro de ella cuál debe operar se aplican las previsiones de los arts. 16 y 9.8 Cc., de modo que operará aquella que se corresponda con la vecindad civil del causante en el momento de su fallecimiento, con las restantes salvedades contenidas en el art. 9.8 Cc. Cuando haya que aplicar la ley española a causantes extranjeros, sin vecindad civil por tanto, al no haber normas de Derecho interregional previstas para ellos, hay que acudir al régimen supletorio contenido en el Reglamento: se aplica la ley de la unidad territorial en la que el causante hubiera tenido su residencia habitual en el momento del fallecimiento (o, en su caso, ley de la unidad territorial con la que el causante hubiera tenido una vinculación más estrecha).

PUIG BLANES, Francisco de Paula: *Crisis de familias transnacionales y Derecho civil de Aragón: ideas esenciales*. Núm. 56 de la Colección El Justicia de Aragón. Zaragoza, 2016, 222 págs.

Importante y muy oportuno libro del Derecho europeo e internacional, que en muchas ocasiones funciona también como Derecho interregional, que sirve

para determinar la competencia judicial, la cooperación judicial, la ley aplicable al caso, el reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales, también la sustracción internacional de menores, cuando hay elementos de extranjería (y entre españoles cuando son de distinta ley personal o la ley personal no coincide con la de la residencia habitual).

Como dice el Justicia en el Prólogo, ante el hecho de que cada vez hay más relaciones personales entre ciudadanos de diferentes nacionalidades, el legislador europeo e internacional se inclina por dar más relevancia a la ley de residencia habitual, en el momento en el que se presenta la demanda o que surge la controversia. Con ello se trata de facilitar la labor del juez y aumentar la seguridad jurídica, ya que ni el juez ni los ciudadanos del país en el que el extranjero tiene su residencia conocen bien el derecho extranjero. El derecho aragonés ya no nos acompañará forzosamente allí donde estemos, aunque haciendo uso del principio de autonomía de la voluntad, mientras seamos aragoneses tendremos resortes legales para mantenerlo, sin embargo se aplicará en Aragón a muchos de los que desde fuera han venido a vivir con nosotros y que hoy son un 13 % de la población.

En primer lugar es necesario recurrir a las normas de la Unión Europea, porque son de aplicación preferente a las nacionales y prevalecen sobre ellas; además muchas de las disposiciones del Derecho de la Unión Europea tienen efecto directo para los particulares, bien ante los Estados miembros (efecto directo vertical), bien frente a otros particulares (efecto directo horizontal). En segundo lugar, hay que tomar en consideración las normas del Derecho Internacional Convencional, tanto bilaterales como multilaterales. Como normas de cierre están las disposiciones del Derecho nacional, en España contenidas en la LOPJ y en el Cc.

En materia de responsabilidad parental, por ejemplo, según los arts. 47 y 48 del Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, al que se remite sin ninguna necesidad de hacerlo el art. 9.4.2 Cc. (redacción de 2015), la ley a aplicar será en muchos casos el Código del Derecho Foral de Aragón y su régimen específico; en la mayor parte de los casos, al venir determinada la competencia judicial por la residencia habitual del menor, se aplicará (en los casos de vínculos transnacionales) el Código Foral de Aragón a todos los menores que residan en Aragón y con independencia de cuál fuere la nacionalidad de tales menores o de sus progenitores.

2. ESTUDIOS DE FUENTES E HISTORIA DEL DERECHO E INSTITUCIONES DEL REINO DE ARAGÓN

MORALES ARRIZABALAGA, Jesús: «La renovación de los estudios sobre el Derecho aragonés histórico después de Tilander», en VV.AA.: *Actas de los XXV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Teruel, 2015), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2016, págs. 59 a 68.

Tilander representa la culminación de la época en que –en proporción al punto de partida– se produce la mayor ampliación de la base de observación de

los Fueros y Observancias de Aragón mediante la edición de fuentes. En la lista de trabajos publicados sobre historia del derecho aragonés entre 1920 y 1970 hay aportaciones firmadas desde la filología (historia de la lengua), la historia, el derecho civil, la paleografía y la propia historia del derecho. Pero en la mayor parte de las monografías jurídicas del siglo XX que tienen un capítulo de historia encontramos un derecho principal –español-castellano- y modalidades o variantes que se relacionan con éste a modo de apéndice, enfoque metodológico que «plancha» el relieve de la historia del Derecho en España.

La mayor parte de los estudios sobre historia de Fueros y Observancias se producen en el contexto de la preparación de la codificación civil, con un núcleo en la década de 1880 (Congreso de jurisconsultos aragoneses de 1880-1881) y otro foco de movilización que arranca en 1942, en Jaca, con la Semana de Derecho Aragonés, se proyecta al Congreso Nacional de Derecho Civil de 1946 y al Consejo de Estudios de Derecho Aragonés, con nombres ya tan consolidados como Castán, Palá Mediano, Lorente, Sancho Izquierdo, Moneva, etc., y un emergente Lacruz Berdejo. En esta nómina hay que incluir a Whohlhaupter, interesado también por la parte civil de nuestro derecho histórico. A este núcleo civilista, hay que añadir los muy relevantes trabajos de Ramos Loscertales.

La situación de la ciencia y la universidad después de 1939 es muy mala. Gunnar Tilander simboliza el gran salto. Sus primeras publicaciones sobre Derecho aragonés histórico aparecen en la *Revista de Filología Española* (1933 y 1935); en 1937 edita los Fueros de Aragón según el manuscrito 458 de la Biblioteca Nacional y en 1956 el «Vidal Mayor». Jesús Lalinde «exprime» en su obra de síntesis *Los Fueros de Aragón*, de 1976, los materiales aportados por Ramos Loscertales, los hispanistas (Tilander, en particular), Lacruz y los civilistas de su entorno; esta síntesis ha envejecido bastante, precisamente porque su redacción ha facilitado estudios de detalle posteriores que la revisan. Otra gran síntesis es *Aragón en el pasado*, de José María Lacarra.

A la generación representada por Tilander, Lacarra, Lacruz y Lalinde le sigue una nueva generación, con el mismo tipo de base conceptual que la anterior, pero en un contexto de realización de estudios histórico-jurídicos renovado. En Aragón el nexo con la producción científica europea, en especial en Frankfurt y Florencia, es Pérez Martín que, tras conseguir la edición facsimilar de los Fueros de Aragón, edita las versiones romance y latina de la Compilación de Huesca, las Observancias de Pérez de Salanova y las Ordinaciones de la Diputación de Cortes (todas éstas editadas por El Justicia de Aragón) y las Glosas de Pérez de Patos, editadas por la Institución Fernando el Católico.

El legado de Lalinde está muy bien representado por Jon Arrieta, bajo cuya dirección otros discípulos de Lalinde, como Jesús Morales, llevan más de una década de investigaciones que deben dar resultados próximamente en forma de síntesis sobre la historia de Fueros y Observancias. Y también sobre el Justicia de Aragón.

La herencia intelectual de Lacarra es muy bien administrada por los catedráticos de historia medieval de Zaragoza Antonio Ubieto y José Ángel Sesma. Un

discípulo del primero, Antonio Gargallo, localizó en Miravete de la Sierra el manuscrito de los Fueros de Aragón más antiguo de los conservados (probablemente su versión sea la más próxima a 1247); la transcripción de este código se publica por Anubar en 1992.

Por último, el cuidado de Lacruz por el estudio del Derecho aragonés en sus fuentes, es continuado por Jesús Delgado y una tercera generación de civilistas. Jesús Delgado introduce referencias específicas sobre derecho aragonés y su historia en las asignaturas de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, en los estudios de doctorado, y de su mano llega la primera asignatura de Derecho civil aragonés al plan de estudios de licenciatura en Derecho, así como sucesivos cursos de posgrado para especialización de profesionales en Derecho aragonés; su trabajo sobre el Vidal Mayor establece media docena de tesis que debiéramos ya considerar indiscutibles; dirige la monumental Biblioteca Virtual de Derecho Aragonés (BIVIDA, 2003), que sigue siendo la biblioteca digital de derecho histórico que contiene mayor proporción de las fuentes impresas de un sistema jurídico; forma parte del grupo de agitadores culturales (Agustín Ubieto y Eloy Fernández Clemente, en particular) que promueven la renovación de los estudios de historia del derecho aragonés.

MORALES ARRIZABALAGA, Jesús: *Pacto, Fuero y libertades. El estilo de gobierno del reino de Aragón, su mitificación y uso en narraciones constitucionales*. Derebook, Zaragoza, 2016, 142 págs.

Importante libro de difusión de resultados de la investigación de varios proyectos a lo largo de más de una década. El libro habla de estado, nación, estado-nación, derecho, libertades, rey, reino ... De la formación de estas ideas y su uso en la narrativa política de Aragón y de España de diferentes épocas. Son nociones tan etéreas que necesitan parasitar un revestimiento, una capa de visibilidad, que pueden obtener apoyándose en tópicos, mitos y realidades disimuladas. Como ilusión y engaño están tan cerca, el autor no aspira a separarlos. El objetivo de su reflexión no es una verdad histórica descarnada que produzca decepción y desaliento al desautorizar creencias confortables, sino intentar identificar y marcar las incrustaciones de ficción (mitos políticos inocuos o de baja nocividad), medir y fijar sus dosis y, sobre todo, evaluar expresamente el daño que producen, para mantenerlo dentro de lo que podamos considerar aceptable, pero excluyendo lo que ya no es ficción sino simple mentira, engaño o usurpación.

En una primera parte trata de las narraciones históricas reales e inventadas como instrumento de formación de sujetos políticos; la segunda parte se concentra en el derecho aragonés, primero en su formación histórica, con una práctica de gobierno con los perfiles monárquicos desdibujados en los ss. XII-XIV y desde 1347 con la búsqueda de soporte en modelos teóricos confrontados, y luego expone las distorsiones que se introducen en las narraciones constitucionales: en el s. XVI la narración se distorsiona hacia un modelo constitucional antimonárquico y la Europa contraria a la Casa de Austria acoge este modelo aragonés ra-

dical y distorsionado; la pobreza del primer constitucionalismo español busca la cobertura de unas inexistentes libertades naturales hispanas.

Las tesis que el autor sostiene a lo largo del trabajo se formulan y resumen en las páginas finales. Son las siguientes:

Las organizaciones políticas de base abstracta no pertenecen a la naturaleza de las cosas.

Sólo los sujetos políticos colectivos pueden ser titulares de derechos.

El reconocimiento de sujetos políticos colectivos se apoya en una historia retorsionada.

En la España del Antiguo Régimen no hay sujeto político distinto al rey.

La Monarquía española descuida la reflexión sobre la constitución de España como sujeto político.

En el reinado de Carlos III se verbaliza una constitución histórica española, reactiva e improvisada.

La constitución histórica se tiene que hacer liberal mediante la aceptación de leyendas constitucionales.

3. ARAGÓN: DESDE LOS DECRETOS DE NUEVA PLANTA HASTA EL MOMENTO PRESENTE

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: «Las comisiones de Derecho civil. La experiencia aragonesa», en VV.AA.: *El Derecho Civil Vasco del siglo XXI. De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*. Jornadas celebradas en Bilbao los días 2 y 3 de noviembre de 2015. Edita el Parlamento Vasco. Colección de informes y documentos. Serie Maior. Bilbao, 2016, págs. 609 a 639 (= en *RDCA*, 2015-2016).

Tras unas primeras reflexiones sobre las Comisiones (permanentes) de Derecho civil, en particular la Comisión de Codificación, como una rareza española, la Ponencia se centra en las Comisiones aragonesas: primero las de 1881 a 1925 (Código Civil y Apéndice), después las de 1935 a 1978 (Compilación) y, finalmente, las posteriores a 1978 (Derecho autonómico), con especial atención a la actual Comisión Aragonesa de Derecho Civil, la regulada en un Decreto de 1996, que ha promovido la sustitución de la Compilación por el Código del Derecho Foral de Aragón. La ponencia se cierra con unas consideraciones finales sobre la experiencia aragonesa.

Como dice su autor, estas páginas no son un historia del Derecho aragonés, ni siquiera de sus textos legales. Exponen los hechos que parecen 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.

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 edición de la *Crisis legal*, bajo la dirección del autor, por el Justicia de Aragón, en Zaragoza el año 2016, págs. 7 a 28.

Importante y clarificador estudio de ese momento tan decisivo para la historia del Derecho civil aragonés. El estudio consta de cuatro apartados: I. El contexto histórico: la Guerra de Sucesión y la nueva ordenación jurídica impuesta por la Nueva Planta de Aragón; II. El autor: Diego Franco de Villalba; III. La obra: *Crisis legal, que manifiesta la conveniente noticia de los fueros y modos judiciales de proceder usados en Aragón*. IV. Bibliografía básica.

6. PERSONA Y FAMILIA

6.4. *Relaciones entre ascendientes y descendientes*

AREGO CASADEMUND, Luis Ignacio: «Argumentos legales y jurisprudenciales para demandar la custodia compartida según el Código Civil, tras la anulación de la Ley Valenciana de custodia compartida», en *Diario La Ley*, N° 8885, 2016.

El autor analiza la situación procesal en los procedimientos de familia en los que se demanda la custodia compartida tras la anulación de la Ley Valenciana 5/2011, destacando los más importantes instrumentos y argumentos de los que disponen actualmente el justiciable y el jurista para continuar optando con éxito por la coparentalidad.

AYERRA MICHELENA, Kepa: *Derecho civil vasco de familia. Comentario crítico a la ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores*. Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2016, 455 págs.

GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen y Solé Resina, Judith: *Custodia compartida. Derechos de los hijos y de los padres*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, 508 págs.

La obra trata la custodia compartida, su evolución en los últimos tiempos y la regulación que de ella hacen los diversos ordenamientos que coexisten en el territorio español. Muestra cómo ha ido aumentando su aceptación y su aplicación por parte de los tribunales. Analiza los principios a los que responde esta medida y sienta las condiciones y requisitos que se exigen a los supuestos concretos para su adopción y aquellos que, por el contrario, la desaconsejan. Igualmente analiza cómo responde a los intereses de los menores y se corresponde con los derechos de los hijos y los padres, a la vez que expone sus efectos, especialmente con relación al resto de medidas que se habrán de adoptar tras la crisis matrimonial o de pareja estable de los protagonistas –atribución o distribución de uso de la vivienda familiar, alimentos a favor de los hijos, compensaciones a favor de

uno de los progenitores, derechos de visitas o relaciones con otros familiares y personas allegadas y relaciones personales en las familias reconstituidas.

GÓMEZ MEGÍAS, Ana María: «La doctrina del TS sobre guarda y custodia compartida: sentencias clave», en *Diario La Ley*, N° 8734, 1, 2016.

Desde que el Tribunal Supremo superó en su Sentencia de 29 de abril de 2013 la excepcionalidad con que se contemplaba la custodia compartida y fijó un elenco de criterios para valorar la conveniencia de su aplicación, han sido muchas las cuestiones relacionadas con este modelo de custodia sobre las que, ante el vacío legal, se ha tenido que pronunciar.

LACRUZ MANTECÓN, Miguel L.: *Convivencia de padres e hijos mayores de edad*. Ed. Reus, Monografías de la Colección Jurídica General, Madrid, 2016, 303 págs.

Estudio de la convivencia paterno-filial adulta en el Código civil y en el Derecho aragonés, o mejor una ideación, a partir de las escasas normas positivas existentes, sobre el posible tratamiento jurídico de dicha convivencia. Como las principales (casi las únicas) normas sobre esta situación son las que regulan la institución de los alimentos, todo el estudio gira en torno a dicho motivo. La escasez de regulación sobre el tema se compensa acudiendo fundamentalmente al Derecho aragonés, al contener el nuevo Código del Derecho foral un par de normas que completan satisfactoriamente un panorama de penuria normativa. Este hecho es, por lo demás, una constante en los Derechos de nuestro entorno, que asimismo inciden en un tratamiento de los alimentos para los hijos, pero obvian la situación convivencial en que habitualmente se produce. El autor ha hecho especial hincapié en el Derecho francés al haberse éste ocupado del tema con cierta atención. Y, por otra parte, el trabajo contiene una abundante selección de sentencias que dibujan un panorama amplio y de difícil recorrido, en el que hay pocas señales claras y mucha indefinición. El autor ha aprovechado asimismo para hacer alguna consideración sociológica de la cuestión, al haber sido tratada con cierto entusiasmo por parte de dicha ciencia.

6.6. *Régimen económico conyugal*

ALONSO ANDRÍO, Fernando Félix: «Seguros de vida, fondos de pensiones e instrumentos de previsión en el régimen económico matrimonial y la sucesión por causa de muerte», en VV.AA.: *Actas de los XXV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Teruel, 2015), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2016, págs. 295 a 310.

Intervención del coponente, Notario, de carácter eminentemente práctico, centrada en el aspecto puramente civil de las relaciones de estos instrumentos de previsión con el régimen del consorcio conyugal aragonés, con alguna breve referencia a determinados puntos de interés sucesorio, apoyada en la obra de

Luis-Carlos Martín Osante. El propósito es crear una especie de «guía de referencia rápida» que nos permita resolver problemas puntuales en nuestros despachos.

MARCO ARCALÁ, Luis Alberto: «Seguros de vida, fondos de pensiones e instrumentos de previsión en el régimen económico matrimonial y la sucesión por causa de muerte», en VV.AA.: *Actas de los XXV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Teruel, 2015), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2016, págs. 21 a 41.

Como dice el ponente en su resumen inicial, la finalidad de este artículo es ofrecer una visión panorámica de los diferentes instrumentos de previsión social complementaria puestos en marcha en la legislación española al margen del sistema público de seguridad social. Esta tarea plantea importantes cuestiones a la hora de afrontar su estudio y exposición desde los planteamientos tradicionales de las diversas instituciones y ramas del Derecho con incidencia en la previsión social complementaria, tales como el Derecho de seguros, los planes y fondos de pensiones, el Derecho bancario, etc., así como también el Derecho fiscal, dado que la mayor parte de los instrumentos de previsión social complementaria han sido establecidos mediante las normas tributarias. Esta materia es analizada desde la perspectiva de tales sectores del Derecho para determinar el verdadero ámbito y alcance de cada uno de ellos en la previsión social complementaria, especialmente en relación con el régimen económico matrimonial y de sucesiones por causa de muerte. Finalmente, se formula una valoración crítica de la regulación general al respecto en nuestro Derecho.

Entre los problemas pendientes en esta materia alude, en primer lugar, a los conflictos entre herederos y beneficiarios en los seguros de vida. El beneficiario ostenta un derecho propio y autónomo sobre la suma asegurada, distinto en su naturaleza del derecho sobre el caudal hereditario que asiste a los herederos, lo cual implica que el referido derecho del beneficiario se revela por completo independiente de las eventuales reclamaciones de los acreedores del causante, incluidos entre ellos sus propios herederos, como expresamente dispone el art. 88.1 Ley del Contrato de Seguro. Cuando los beneficiarios sean los herederos, a falta de otras especificaciones expresas del tomador del seguro, el reparto de la indemnización entre los herederos-cobeneficiarios se realizará en proporción a su cuota hereditaria (art. 86 i.f. LCS). Cuando el beneficiario del seguro no es a la vez heredero, la única facultad de éste frente al beneficiario consiste en la reclamación del importe de las primas del seguro de vida que hubiesen sido satisfechas indebidamente por el tomador en fraude de sus derechos (art. 88 LCS). Lo dicho para estos conflictos es trasladable por analogía a los conflictos entre herederos y beneficiarios en los planes y fondos de pensiones.

En las designaciones de beneficiarios de carácter genérico sucesivo y familiar insertadas residualmente en las condiciones generales, sin una negociación particular a este respecto, es de vital importancia la existencia del Registro de Seguros con Cobertura de Fallecimiento para que los beneficiarios designados

de esta manera puedan llegar a saber la existencia del seguro a su favor. En estas designaciones genéricas y familiares otro problema candente es la controvertida equiparación de las figuras del cónyuge y la pareja de hecho, así como el sentido equívoco de la locución «herederos legales».

Por último, en el régimen jurídico privado de las cuentas individuales de ahorro a largo plazo, en cuanto contratos bancarios, la titularidad de la cuenta no prejuzga en modo alguno la propiedad del dinero depositado en ella, según reiterada jurisprudencia. La cuestión crucial en este punto es determinar la propiedad sobre dicho dinero, de conformidad con la normativa aplicable, la cual será habitualmente el régimen económico matrimonial y de sucesiones aplicable: si de acuerdo con dicha normativa, la propiedad del dinero correspondiese a los herederos y no al titular de la cuenta, serían aquéllos y no este último quienes podrían reivindicar dicho dinero.

MONTÓN DEL HOYO, José Antonio: «Seguros de vida, fondos de pensiones e instrumentos de previsión en el régimen económico matrimonial y la sucesión por causa de muerte. Cuestiones relativas a su tributación», en VV.AA.: *Actas de los XXV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Teruel, 2015), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2016, págs. 311 a 326.

Tres son los impuestos que inciden fundamentalmente en estos instrumentos de previsión: el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, y el Impuesto sobre el Patrimonio. El objeto de esta coponencia es analizar las cuestiones relativas a la tributación de estos elementos que se suscitan como consecuencia del régimen económico matrimonial aplicable y en el ámbito de la sucesión por causa de muerte.

En los instrumentos propios de sistemas de previsión social, la percepción de prestaciones por el beneficiario tributa, por su importe íntegro (con algunas excepciones), en IRPF como rendimiento del trabajo exclusivamente de dicho beneficiario, con independencia de cuál sea el régimen económico matrimonial y de lo que en él se disponga al respecto. Las aportaciones o primas satisfechas dan derecho, con sujeción a determinados límites, a reducción en la base imponible del IRPF.

En los sistemas de seguros individuales sobre la vida, la sujeción al IRPF o al ISD dependerá de si existe o no identidad entre el contratante y el beneficiario: si coinciden es dicha persona la que tributa, en su IRPF, por el rendimiento obtenido como rendimiento de capital mobiliario. Si contratante y beneficiario son personas distintas, por las cantidades percibidas tributa el beneficiario en el ISD, en unos casos como negocio gratuito entre vivos y en otros como adquisición por causa de muerte.

Expuesto el esquema general de tributación, el coponente aborda el problema de determinar quién debe ser reputado titular del contrato a efectos fiscales si la póliza ha sido contratada por uno de los cónyuges durante el matrimonio, pero el pago de las primas se hizo con dinero común; en segundo lugar trata la

tributación en el impuesto sobre el patrimonio y la tributación en el ISD por el pago de las primas.

6.8. Viudedad

CALATAYUD SIERRA, Adolfo: *El derecho expectante de viudedad: su necesaria reconsideración*. Discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación leído el día 28 de junio de 2016 y contestación al mismo de Elena Zabalo Escudero. Depósito Legal: Z 900-2016. 143 págs.

Riguroso y sugerente discurso, que desde la crítica constructiva llama a la reflexión, y en el que quedan apuntadas las debilidades existentes en la regulación vigente del derecho expectante de viudedad (E. Zabalo, en la Contestación).

El autor formula una severa crítica de la regulación del derecho expectante de viudedad, que es mayoritaria entre los Notarios, porque produce unas consecuencias que van mucho más allá de lo que exige la protección del cónyuge viudo y genera unas disfunciones en la práctica y unas quiebras para la seguridad jurídica que entiende que hacen necesaria su reconsideración. El objetivo de su discurso es articular este planteamiento crítico, para, al menos, generar debate con argumentos elaborados. En el discurso se aborda el estudio de los diversos aspectos del régimen jurídico del derecho expectante de viudedad, formulando consideraciones críticas y realizando una relectura de su regulación, en ocasiones muy diferente a la que suelen hacer los defensores de la figura, para encajarla de la forma menos perturbadora posible en las exigencias de la seguridad del tráfico jurídico.

Define el derecho expectante como el gravamen de naturaleza real existente sobre los bienes de cada cónyuge consistente en que, pese a la enajenación que uno haga de sus bienes, quedan sujetos al derecho de usufructo de viudedad del otro, si éste le sobrevive. Pese a lo que el legislador dice, hay importantes grupos de bienes que no están sujetos al derecho expectante de viudedad y la configuración del derecho de viudedad como un derecho unitario pero de doble fase quiebra en diversos supuestos. Derecho expectante de viudedad y usufructo viudal son dos figuras de naturaleza muy diferente, con ámbitos que en muchos casos no coinciden. Defiende que habría que limitar la eficacia frente a terceros del derecho expectante de viudedad a las enajenaciones gratuitas de bienes inmuebles privativos.

Pone en cuestión que, en el tiempo presente, esté justificado que un cónyuge necesite el consentimiento del otro para la libre enajenación de sus bienes. Otro elemento de crítica del derecho expectante es que supone una importante quiebra al principio de seguridad del tráfico jurídico y un riesgo importante para el adquirente de los bienes, en la medida en que surte efectos frente a terceros adquirentes de los bienes aunque sean a título oneroso y de buena fe y aunque el expectante no conste en el Registro de la Propiedad (salvo el caso del párrafo segundo del art. 16.2 Cc.). Toda la construcción del derecho expectante es poco realista y sus consecuencias poco razonables.

En suma, el derecho expectante de viudedad va contracorriente de las tendencias sociales y es improbable que llegue a hacerse realmente efectivo. En la práctica, lo que conlleva es una limitación a la disposición de los bienes, cuya justificación es muy discutible.

8. DERECHO DE BIENES

8.1. *Derecho de bienes en general*

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María: «Espacios naturales protegidos: ¿Oportunidad o limitación de derechos?», en VV.AA.: *Actas del los XXV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Teruel, 2015), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2016, págs. 71 a 98.

La necesidad de proteger nuestro entorno medioambiental, al amparo del art. 45 CE, ha propiciado la utilización de la fórmula «Estado Ecológico de Derecho». Los Espacios Naturales Protegidos (ENP) pueden considerarse «zonas fronterizas entre Derecho civil y Derecho administrativo». Dentro del Derecho civil, la Ponente (profesora de Derecho civil) hace las oportunas referencias a la regulación foral aragonesa, que bien conoce. Advierte la autora que cuando se analiza el régimen jurídico de los ENP en lo que concierne a su impacto en los derechos de los particulares, surge inevitablemente la confrontación entre las necesidades de imponer restricciones a los titulares afectados por causa de utilidad pública e interés general y la necesaria preservación del núcleo esencial del derecho de propiedad privada, sin perder de vista las interpretaciones del TC, y teniendo en cuenta que desde el propio TEDH, con sede en Estrasburgo, se ha llamado la atención sobre la necesidad de imponer límites a las restricciones progresivas en el uso de terrenos que no se acompañen de indemnización.

En la ponencia se exponen tres situaciones, siempre controvertidas, en las que los particulares pueden encontrarse con ocasión de la declaración de ENP y la aprobación de la planificación medioambiental asignando la correspondiente zonificación. Primero, el particular es claramente sujeto pasivo de privaciones y limitaciones en sus titularidades, con tendencia a la huida de las técnicas expropiatorias y utilización de medidas de fomento para compensar a los particulares. En segundo lugar, el particular es un sujeto dañado y perjudicado en su patrimonio por las especies animales protegidas por los poderes públicos. En tercer lugar, el particular, como parte contractual, puede verse afectado por derechos de adquisición preferente a favor de las Administraciones públicas. En el apartado final, la ponencia alude a la información ambiental en el Registro de la Propiedad introducida por la Ley 33/2015 en el nuevo art. 53 de la Ley 42/2007.

La Sesión del Foro se completa con las intervenciones de Joaquín Guerrero Peyrona (abogado, fue Presidente del Consejo de Protección de la Naturaleza de Aragón), que alude al interés actual del tema, la legislación básica en la materia y la actual protección penal, y la de Santiago Pablo Munilla López (ingeniero de

montes, fue Director General de Conservación del Medio Natural) que, tras aludir a la limitación de derechos y a las oportunidades que los ENP conllevan, concluye que los ENP son una oportunidad para los propietarios privados, para los titulares de derechos y por elevación para el desarrollo de nuestro Medio Rural del que es base nuestro rico Medio Natural.

VI. OBRAS AUXILIARES

2. JURISTAS Y ESCRITORES

ESCUDERO LÓPEZ, José Antonio: «Gunnar Tilander y Max Gorosch», en VV.AA.: *Actas de los XXV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Teruel, 2015), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2016, págs. 7-12.

Breve intervención en la sesión extraordinaria con motivo del 25 aniversario del Foro de Derecho Aragonés dedicada a homenajear a los hispanistas suecos estudiosos de los Fueros: Gunnar Tilander y Max Gorosch. La primer parte de la intervención es una reflexión sobre el Derecho aragonés en la Edad Media, y la segunda una pequeña narración personal, de carácter evocador, que nos lleva a la figura de Tilander.

PÉREZ MARTÍN, Antonio: «Gunnar Tilander y Max Gorosch», en VV.AA.: *Actas de los XXV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Teruel, 2015), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2016, págs. 13-17.

Breve intervención en la sesión extraordinaria dedicada a homenajear a los hispanistas suecos estudiosos de los Fueros: Gunnar Tilander y Max Gorosch. Resumen de la obra Legislativa que Jaime I, tras la reunión de Cortes en Huesca en 1247, encarga a Vidal de Canellas: la Compilación de Huesca (versión latina en 9 libros –de la que no hay ningún ejemplar–, que las copias posteriores reducen a 8 y añaden como libro 9º lo legislado por Jaime II, y versiones romances) y la más extensa conocida como «Vidal Mayor» (versión latina, sin ejemplar conocido, y versión romance editada modélicamente por Tilander. Ambas fueron promulgadas por Jaime I.

4. EDICIONES DE FORMULARIOS Y DOCUMENTOS DE APLICACIÓN DEL DERECHO.

GÓMEZ DE VALENZUELA, Manuel, *Antología de documentos de Derecho civil histórico aragonés (1423-1798)*, Núm. 57 de la Colección El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2016, 253 págs.

Se presentan 113 documentos, muchos de ellos totalmente atípicos, referidos a amancebamientos, esponsales, matrimonio, adulterio, filiación, sucesiones, derecho al honor y al nombre, y otros actos jurídicos como son las compraventas ficticias o simuladas y el Derecho real de ventana. El autor pretende ofrecer en

esta Antología un muestrario lo más variado posible de actos jurídicos llevados a cabo por nuestros antepasados, que de este modo hicieron frente e intentaron solucionar las más variadas situaciones en su relación social con sus contemporáneos: cónyuges, parientes, amigos e incluso enemigos. En su lectura podemos ver reflejada, una vez más, la gran libertad civil de los aragoneses y la supremacía de la voluntad sobre la ley.

Tras la presentación y la transcripción de los documentos, el autor nos proporciona índices de materias, lugares y personas.

LÓPEZ SUSÍN, José Ignacio, MAZANA PUYOL, Javier y MARTÍNEZ TOMEY, Miguel: *Formularios de escrituras notariales en castellano y aragonés según el Código del Derecho Foral de Aragón*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2015, 147 págs. Publicado también en la web de esta institución:

http://www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros/n007029_FORMULARIOS-1.pdf

Como dice el Justicia en el Prólogo, el esfuerzo que han hecho los autores de esta obra ahorrará trabajo a otros y sus Formularios cubren un espacio que estaba sin llenar. La finalidad de la obra es acercar mediante formularios tanto a los notarios como a los potenciales usuarios, la posibilidad de escriturar en aragonés, recuperando así la práctica cotidiana del reino de Aragón que se fue perdiendo desde el siglo XVI y que luego fue prohibida por la legislación española.

José Ignacio López Susín es autor del estudio preliminar sobre «Lengua y escrituras notariales en Aragón, un viaje de ida y vuelta». El Notario Javier Mazana Puyol es el autor de los «Formularios de escrituras notariales según el Código del Derecho Foral de Aragón» que estructura en cuatro apartados: capítulos matrimoniales, pactos sucesorios, testamentos e intervención de intérprete. Por último, Miguel Martínez Tomey es el traductor al aragonés de los indicados Formularios de escrituras notariales.

Hay modelos de capítulos matrimoniales de solteros y de casados, acordando el régimen de separación de bienes (con o sin liquidación de la sociedad conyugal si son casados) o el régimen de participación; modelos de capítulos matrimoniales con ampliación o restricción de comunidad, con instituciones familiares consuetudinarias (hermandad llana y casamiento en casa; agermanamiento o casamiento al más viviente; constitución de dote; dación personal) y con nombramiento de heredero y comunidad familiar; por último se incluye un modelo de escritura de constitución de pareja establece no casada con previsión de que si contrae matrimonio valga como capítulos matrimoniales.

Entre los modelos de pactos sucesorios los hay de institución de heredero y de designación de legatario, de presente o para después de los días, de institución recíproca de herederos, de institución de heredero a favor de tercero y de renuncia; también se incluye modelo de revocación unilateral del pacto sucesorio.

En materia de testamentos se incluyen modelos de algunas formas testamentarias (abierto unipersonal o mancomunado, cerrado mancomunado y ológrafo mancomunado) y de disposiciones testamentarias frecuentes: legado de la parte de libre disposición y nombramiento recíproco de fiduciarios entre cónyuges; institución recíproca entre otorgantes; institución de heredero, nombramiento de administrador, nombramiento de tutor, gravámenes permitidos, exclusión de la junta de parientes; ejecución «mortis causa» de la fiducia, exclusión de los efectos del consorcio foral; sucesión bajo condición, condiciones válidas (contraer –o no contraer matrimonio–, condición de alimentos); cautelas de opción compensatoria; revocación unilateral del testamento mancomunado.

En el apartado final hay modelo relativo a la intervención de intérprete.

LÓPEZ SUSÍN, José Ignacio: «Lengua y escrituras notariales en Aragón, un viaje de ida y vuelta», en LÓPEZ SUSÍN, José Ignacio, MAZANA PUYOL, Javier y MARTÍNEZ TOMEY, Miguel: *Formularios de escrituras notariales en castellano y aragonés según el Código del Derecho Foral de Aragón*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2015, págs. 1 a 25.

Interesantes páginas introductorias a la publicación de estos Formularios de escrituras notariales en castellano y aragonés. Hasta finales del siglo XV prácticamente todos los documentos notariales otorgados en Aragón están escritos en aragonés. Es a partir de 1505 cuando el castellano comienza a entrar con fuerza en las escrituras públicas y desde 1563 todas están escritas en castellano. La redacción de escrituras públicas en lengua distinta del castellano fue expresamente prohibida desde el siglo XIX por aplicación del art. 25 de la Ley del Notariado de 1862. En la época actual, la Ley de Sucesiones por causa de muerte de 1999 abrió la posibilidad de que las escrituras notariales de pactos sucesorios y testamentos pudieran ser escritas en Aragón en lengua distinta del castellano, posibilidad que en 2003 amplió la Ley de régimen económico matrimonial y viudedad a las escrituras de capitulaciones matrimoniales, posibilidad actualmente contenida en los arts. 196, 382 y 412 del Código del Derecho Foral de Aragón. Pese a las restrictivas normas territoriales de la Ley 3/2013, de 9 de mayo, de uso, protección y promoción de las lenguas y modalidades lingüísticas propias de Aragón, un aragonés (con vecindad civil aragonesa) podrá utilizar su lengua propia para otorgar escrituras en los casos previstos por la ley en cualquier lugar, dentro y fuera de Aragón, siempre que las disposiciones otorgadas se rijan por su ley personal.

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 488/2015 de 15 de septiembre de 2015

722: TESTAMENTO MANCOMUNADO: INSTITUCIÓN RECÍPROCA ENTRE OTORGANTES: Derechos legitimarios: No hay exclusión absoluta de los legitimarios. La validez de la institución recíproca del testamento mancomunado resulta incuestionable, sin que ello comporte vulneración de la intangibilidad cuantitativa de la legítima colectiva aragonesa, pues en tal caso se daría la reducción del haber de la institución de heredero, pero no su nulidad o supresión. La existencia de descendientes comunes no comporta la invalidez o la ineficacia de la institución propiamente dicha, sino su adaptación o modificación con relación al límite dispositivo que representa la legítima de los descendientes.

PONENTE: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.

En la Villa de Madrid, a quince de Septiembre de dos mil quince.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al

margen indicados, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 671/2011 por la Sección 16ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 1748/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 35 de Barcelona, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por la procuradora doña Susana Pérez de Olaguer Sala en nombre y representación de don Victorino, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora doña Pilar Moliné López en calidad de recurrente y la procuradora doña Amalia Ruiz García en nombre y representación de doña Josefa en calidad de recurrido.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La procuradora doña Susana Pérez de Olaguer, en nombre y representación de don Victorino interpuso demanda de juicio ordinario, contra doña Josefa y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que: «...se declare nula y, en todo caso, ineficaz o anulable la cláusula primera del referido testamento del

causante de 10/10/2006, protocolo 1074 del notario de Barcelona Juan José de Palacio Rodríguez, por la que se atribuía el concepto de heredera pura y simple a la demandada, declarando abierta así la sucesión intestada, y dejando en cualquiera de los casos siempre incólume el derecho de esta parte a percibir su legítima entera como así también se debe declarar».

SEGUNDO.- La procuradora doña Carlota Pascuet Soler, en nombre y representación de doña Josefa, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que: «... se desestime íntegramente la demanda, con expresa condena en costas a la parte demandante en todo caso».

TERCERO.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 35 de Barcelona, dictó sentencia con fecha 18 de abril de 2011, cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO: «...Que estimando en parte la demanda formulada por la procuradora Sra. Pérez de Olaguer, en nombre de don Victorino, frente a doña Josefa, debo declarar como declaro:*

1) *La validez de la Cláusula Primera del testamento abierto mancomunado otorgado por don Bernardino, el 10 de octubre de 2006.*

2) *El derecho del actor a reclamar la legítima que le corresponda de la heredera universal, doña Josefa .*

No se hace pronunciamiento sobre costas».

CUARTO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de doña Josefa, la Sección 16 de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictó sentencia con fecha 29 de octubre de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: «...Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Victorino contra la senten-*

cia pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia nº 35 de Barcelona en fecha 18 de abril de 2011, debemos confirmar dicha resolución, sin hacer expresa imposición de las costas del recurso pero con pérdida del depósito constituido para recurrir.

Se desestima, por inadmisibilidad, la impugnación de sentencia deducida por la parte demandada, sin efectuar expresa imposición de costas».

Dicha sentencia fue aclarada por auto de fecha 14 de noviembre de 2013, en cuya parte dispositiva consta: «...**LA SALA ACUERDA: HABER LUGAR A LA ACLARACIÓN solicitada en el sentido de que el eventual recurso de casación, que debe interponerse en este tribunal, se tramitará ante el Tribunal Supremo».**

QUINTO.- Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación la representación procesal de don Victorino con apoyo en los siguientes MOTIVOS:

Primero.- Infracción del artículo 199 en relación con el artículo 193.2 de la Ley Aragonesa 1/1999.

Segundo.- Infracción del artículo 199.2 de la Ley Aragonesa 1/1999.

Tercero.- Infracción del artículo 198.3 de la Ley Aragonesa 1/1999.

Cuarto.- Infracción del art. 179 de la Ley Aragonesa 1/1999.

Quinto.- Infracción del artículo 104 de la Ley Aragonesa 1/1999.

Sexto.- Infracción del art. 24 CE.

SEXTO.- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 18 de febrero de 2015 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. Evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Amalia Ruiz García, en

nombre y representación de doña Josefa presentó escrito de impugnación al mismo.

SÉPTIMO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 22 de julio del 2015, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Orduña Moreno**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la posible nulidad de un testamento y, por tanto, la apertura de la sucesión intestada, en el marco de aplicación del Derecho de Sucesiones de Aragón (ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte).

La cuestión de fondo planteada comporta, a su vez, la valoración de cuestiones jurídicas que se sustentan con relación a la interpretación de la normativa aplicable en relación al testamento objeto del presente caso. Entre otras, y de modo principal, el alcance de la institución recíproca de heredero con relación a la aplicación foral del «pacto al más viviente». La compatibilización de la legítima aragonesa con el testamento mancomunado con institución recíproca. Y, en suma, como opera la figura de la «exclusión de los legitimarios».

2. En síntesis, deben destacarse los siguientes hechos y valoraciones.

Los cónyuges don Bernardino y doña Josefa, de vecindad civil aragonesa, otorgaron el 10 de octubre de 2006, ante Notario, testamento abierto mancomunado en cuya cláusula primera se instituyen recíprocamente herederos universales en todos sus bienes y derechos. En la cláusula segunda, y sólo para el caso de fallecer ambos sin haber modificado este testamento el último sobreviviente, legan a su hijo Victorino el usufructo vitalicio de un inmueble

de Madrid e instituyen heredero universal a su otro hijo vivo Isaac.

El Sr. Bernardino había otorgado con anterioridad tres testamentos abiertos (en 30 de diciembre de 2003, 10 de julio de 1997 y 13 de agosto de 1979) y falleció el día 13 de noviembre de 2006.

Al tiempo de su fallecimiento ostentaban la calidad de legitimarios, además de los dos hijos antes citados, el nieto del testador, Millán (hijo de Piedad fallecida con anterioridad) que es mencionado en el testamento sin que se establezca disposición alguna respecto al mismo.

Don Victorino, hijo de los testadores, promueve juicio ordinario sobre la nulidad de la institución testamentaria contemplada en la cláusula primera (en la que ambos testadores se instituyen herederos universales recíprocos) y se declare su invalidez. De forma que se proceda a abrir la sucesión intestada con la posibilidad de recibir su legítima entera.

Por su parte, la parte demandada, doña Josefa, madre del demandante y heredera sobreviviente, se opone a dichas pretensiones sustentando la plena validez de la cláusula y del testamento otorgado.

La sentencia de primera instancia estima parcialmente la demanda, y declara tanto la validez de la citada cláusula, como el derecho del demandante a reclamar la legítima que le pueda corresponder.

La parte demandante recurre en apelación, con la petición de que se declare nula o ineficaz la cláusula primera del testamento, ordenándose la apertura de sucesión intestada de todo el caudal relicto y puntualizando que la conservación de su legítima lo es frente a «cualquier extraño».

La parte demandada impugna el recurso de apelación puntualizando que no se declare el derecho del actor a percibir su

legítima entera, sino que se declare el derecho del mismo a reclamar la legítima que pudiera corresponderle, en su caso, de quien correspondiere o pudiera corresponder.

La sentencia de segunda instancia, desestima el recurso de apelación y la impugnación del mismo, confirmando la sentencia de primera instancia.

Con relación a las cuestiones sustantivas la Audiencia excluye la apertura de la sucesión intestada por no existir preterición (porque se le nombra), ni desheredación (al existir legado), ni exclusión absoluta (que exige expresión positiva). Tampoco por vía del artículo 81 (Ley 1/1999) cuya solución se consigue con respeto a la legítima. Delimita, el «pacto al más viviente» en el marco de la institución de heredero recíproca. Y atiende al principio de conservación del testamento, conforme a la interpretación del testamento y a la finalidad del testamento mancomunado de robustecer la posición recíproca de los otorgantes.

3. El testamento, de fecha 10 de octubre de 2006, presenta el siguiente tenor: «TES-
TAMENTO ABIERTO MANCOMUNADO.

NÚMERO MIL SETENTA Y CUATRO

En BARCELONA, mi residencia, siendo las doce horas, diez minutos del día diez de Octubre de dos mil seis.

Ante mí, JUAN JOSÉ DE PALACIO RODRÍGUEZ, Notario de esta Capital y del Ilustre Colegio de Cataluña, personado previo requerimiento en la habitación n° 071, en la planta 2ª, (con acceso por la escalera 10), del «HOSPITAL CLÍNICO DE BARCELONA» sito en esta ciudad, calle Villarroel n° 170.

COMPARECEN

Los cónyuges, don Bernardino, nacido en Soses (Lérida), el día... de 1917, hijo de Victoriano y Clara (fallecidos), y doña Josefa, nacida en Muro de Roda (Huesca),

el día ... de 1928, hija de Victoriano y Marina (fallecidos), mayores de edad, ambos vecinos de Barcelona, domiciliados en calle ..., núm ..., escalera núm ..., provistos de DD.NN.II. números y... INTER-
VIENEN

Ambos en su propio nombre y derecho.

Manifiestan ser aforados aragoneses, la segunda por nacimiento y residencia continuada en territorio aragonés, y el primero por residencia continuada en territorio aragonés durante más de diez años sin declaración en contrario.

Casados en régimen económico-matrimonial de consorcio Conyugal legal de Aragón.

Les identifico por sus respectivos documentos de entidad que me exhiben y devuelvo, y tienen a mi juicio capacidad legal necesaria para testar, protocolizándose al efecto un certificado médico acreditativo del estado de don Bernardino.

EXPONEN:

I- Que están casados en único y actual matrimonio del que nacieron cuatro hijos llamados doña Josefa, doña Piedad, don Victorino y don Isaac.

Se hace constar que la citada hija doña Josefa falleció en estado de soltera y sin descendientes.

Igualmente se hace constar que la hija doña Piedad, falleció igualmente en estado de divorciada y dejó un hijo llamado don Millán.

II.- Que es voluntad de los comparecientes otorgar testamento abierto mancomunado con arreglo al derecho aragonés, cuya regionalidad ostentan y lo hacen de acuerdo a las siguientes,

DISPOSICIONES

PRIMERA.- Ambos esposos se instituyen herederos universales recíprocos de todos sus bienes, derechos y acciones.

SEGUNDA.- Para el caso de fallecer ambos herederos, sin haber modificado unilateralmente este testamento, el último sobreviviente, ordenan sustitución del mismo, en la siguiente forma:

a.- Legan a su hijo don Victorino, el usufructo vitalicio sobre el piso propiedad de los testadores, sito en Madrid, calle ..., núm. ..., con todo su mobiliario y enseres.

Lo sustituyen en dicho usufructo por su compañera, doña Hortensia.

b.- Instituyen y nombran heredero universal de todos sus bienes presentes y futuros, a su hijo don Isaac, quien será sustituido vulgarmente para los casos de premoriencia, conmoriencia o incapacidad, por sus descendientes por stirpes.

TERCERA.- Es voluntad de los testadores, que si se encontraren Memorias testamentarias, codicilos, o documentos firmados en que se contengan disposiciones para el momento de fallecer se cumplan.

CUARTA.- Revocan y anulan cualquier otro acto de última voluntad otorgado con anterioridad al presente».

RECURSO DE CASACIÓN

Derecho Civil autonómico. Ley 1/1999 de Sucesiones por causa de muerte en Aragón. Testamento mancomunado con institución recíproca de heredero. Pacto al más viviente. Validez de la institución y derecho de los legitimarios.

Principio de conservación de los actos y negocios jurídicos. Doctrina jurisprudencial aplicable.

SEGUNDO.- 1. La parte demandante, al amparo del ordinal tercero del artículo 477.2 LEC, interpone recurso de casación que articula en seis motivos.

En el motivo primero, denuncia la infracción del artículo 199 en relación con el artículo 193.2 de la Ley 1/1999 de Sucesiones por causa de muerte en Aragón (LS).

Sostiene la parte recurrente que el testador ha sufrido un error grave al disponer la exclusión testamentaria de todos sus descendientes, siendo de aplicación lo dispuesto para estos casos respecto de la preterición no intencional, esto es, la delación intestada de la herencia.

En el segundo motivo, reitera la infracción anteriormente señalada, si bien concreta su proyección en la indebida inaplicación del artículo 109.2 LS, particularmente respecto de la cláusula primera del testamento en donde, a su juicio, se ordena la citada exclusión de los legitimarios.

En el motivo tercero, y en la línea de los anteriores motivos, denuncia la infracción del artículo 198. 3 LS; de forma que la exclusión de todos los legitimarios comporta el derecho a suceder intestado y a reclamar la legítima colectiva.

En el motivo cuarto, alega la vulneración del artículo 179 LS, al no reducirse y anularse la institución de heredero para dejar incólume la intangibilidad cuantitativa de la legítima colectiva aragonesa.

En el motivo quinto, denuncia la infracción del artículo 104 LS, en cuanto que la sentencia recurrida aprecia un inexistente «pacto al más viviente».

Por último, *en el motivo sexto,* denuncia la infracción del artículo 24 CE, en relación a la no imposición de costas de apelación a la parte contraria.

En el presente caso, por la fundamentación que a continuación se expone, los motivos planteados deben ser desestimados.

1. En los dos primeros motivos del recurso, la parte recurrente cuestiona la interpretación del testamento que, de forma concordante, realizan tanto el Juzgado de primera instancia como la Audiencia, con base en el pretendido error del testador en

orden a la exclusión de los legitimarios que, según su parecer, se infiere de la cláusula primera del testamento.

Los motivos deben ser desestimados. Contrariamente a lo alegado por la parte recurrente, esta Sala no considera que la interpretación del testamento que realiza la Audiencia sea ilógica, arbitraria o absurda, sino plenamente correcta y razonada.

En primer lugar, porque de la interpretación sistemática del testamento otorgado la sentencia recurrida no infiere, que de la cláusula primera del testamento, se desprenda la exclusión de los legitimarios alegada y, por lo tanto, se produzca un error, de hecho o de derecho, acerca del alcance de dicha cláusula en el testamento realizado. En efecto, la propia sentencia realiza como, conforme al artículo 198 de la Ley de sucesiones, la exclusión absoluta, por los efectos que produce, requiere de una declaración de voluntad expresa en el acto dispositivo realizado, distinta de la mera omisión de asignación de bienes del caudal relicto. En el presente caso, no sólo no se da la existencia de esta declaración expresa respecto de la exclusión de todos los legitimarios y, con ella, la posibilidad de abrir la sucesión ab intestato (artículo 198. 3 LS), sino que, por el contrario, los herederos legitimarios, esto es, los cuatro hijos comunes del matrimonio, son mencionados expresamente en el expositivo primero del testamento. Disponiéndose, además, para el caso del fallecimiento de ambos testadores sin haber modificado unilateralmente el testamento otorgado, de un legado en favor del legitimario, hoy recurrente (disposición segunda del testamento). Valoración plenamente concordante con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, STSJA de 22 de septiembre de 2011 (núm. 9/2011).

En segundo lugar, como se verá con mayor detalle en el examen de los motivos tercero, cuarto y quinto del recurso, la validez de la cláusula primera del testamento resulta incuestionable, pues en ella los testadores aragoneses se acogen al testamento mancomunado instituyéndose recíprocamente como herederos universales, sin que ello comporte la vulneración de la intangibilidad cuantitativa de la legítima colectiva aragonesa, pues en tal caso se daría la reducción del haber de la institución de heredero, pero no su nulidad o supresión.

Por último, también debe destacarse, en orden a la desestimación de los motivos indicados, que la parte recurrente infiere, directamente y de un modo automático, la existencia del error de la mera literalidad de la cláusula primera, sin precisar los presupuestos en los que basa la existencia del mismo y el alcance de su gravedad. Todo ello, sin recurrir a la interpretación sistemática del testamento e imputando el error tan sólo a uno de los testadores y no a ambos, como resulta del todo necesario en un testamento mancomunado.

2. En los motivos tercero, cuarto y quinto la parte recurrente, sobre la base del error cometido por el testador, cuestiona la validez del testamento dado que la preterición no intencional de los legitimarios comportaría la nulidad del mismo y la apertura de la sucesión intestada (artículos 198.3 y 193.2 de la LS).

Los motivos deben ser desestimados. Descartado el error en la voluntad testamentaria, tanto de la interpretación del testamento realizado, como de la inexistencia de prueba o acreditación del mismo, la compatibilidad, en el presente caso, de la legítima aragonesa con la figura del testamento mancomunado resulta plenamente aplicable.

En este sentido, si se atiende a la regulación actual de la figura, es decir, a la citada Ley 1/1999 y a su concordancia con la armonización efectuada por el vigente Real Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, se observa como, a diferencia de la Compilación aragonesa (1967), el testamento mancomunado con institución recíproca de heredero, conocido formalmente como «pacto al más viviente», ha sido objeto de un tratamiento normativo más flexible en orden a su posible aplicación testamentaria. En efecto, la figura ya no solo resulta de aplicación respecto de los testadores que en el momento del otorgamiento estén casados, sino para cualesquiera dos otorgantes con independencia de la existencia del vínculo matrimonial entre ellos. Pero también, y esto es lo relevante a los efectos que aquí interesan, resulta de aplicación o es compatible aun existiendo descendientes comunes de ambos otorgantes, caso que nos ocupa.

De forma que en estos supuestos el «pacto al más viviente» equivale a la concesión, al heredero sobreviviente, del usufructo universal y vitalicio de los bienes del heredero premuerto, así como la facultad de distribuir la herencia (Artículo 81.2 Ley 1/1999). Por lo que, en la línea de lo expuesto, la existencia de descendientes comunes tampoco comporta la invalidez o ineficacia de la institución propiamente dicha, sino su adaptación o modificación con relación al límite dispositivo que representan las legítimas de los descendientes.

Conclusión, que la sentencia recurrida (fundamento de derecho segundo) refuerza con el principio de conservación del testamento («favor testamenti»). Principio que esta Sala, tal y como alega la parte recurrida, tiene declarado, precisamente, con relación al régimen de ineficacia testamentaria previsto en el artículo 814 del

Código Civil, por la preterición no intencional del heredero legitimario; STS de 10 de diciembre de 2014 (núm. 695/2014).

3. Por último, el motivo sexto del recurso también debe ser desestimado.

En este sentido, la parte recurrente plantea el tratamiento de las costas procesales de la apelación en sede del recurso de casación, cuestión que resulta improcedente a tenor de la doctrina jurisprudencial de esta Sala, SSTS de 30 de septiembre de 2010 (núm. 573/2010) y 4 de febrero de 2015 (núm. 40/2015).

TERCERO.- Desestimación del recurso y costas.

1. La desestimación de los motivos planteados comporta la desestimación del recurso de casación.

2. De conformidad con el artículo 398.1 en relación con el artículo 394 LEC, las costas del recurso de casación se imponen a la parte recurrente.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1. No haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Victorino contra la sentencia dictada, con fecha 29 de octubre de 2013, y aclarada por auto de 14 de noviembre de 2013, por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16ª, en el rollo de apelación nº 671/2011.

2. No ha lugar a casar por los motivos fundamentados la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

3. Imponer las costas del recurso de casación a la parte recurrida.

NÚM. 2

S. TSJA 7/2016 de 17 de febrero de 2016

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Interés del menor: *No hay vulneración del art. 80.2 al mantener la custodia individual a favor de la madre, porque la preferencia de la custodia compartida ha de establecerse siempre en interés del menor y la sentencia recurrida razona que ese interés sustenta el mantenimiento de la custodia de la madre, porque «el padre no podría asumir el cuidado y atención diarios de dos niños tan pequeños» y esta resolución, fundada en la valoración conforme a la sana crítica de la prueba pericial psicológica, estima el TSJA que no infringe el ordenamiento jurídico.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 3, 77, 79.5, 80 CDEA, 91 Cc., 775 Lec.

PONENTE: *Ilmo. Sr. D. Fernando Zubiri de Salinas*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Hechos relevantes acreditados en el proceso.

En las instancias han resultado acreditados los siguientes hechos, que resultan relevantes para la decisión del recurso de casación interpuesto:

1.- D. Diego M. P. y D^a Beatriz G. E. contrajeron matrimonio en Zaragoza el día 27 de mayo de 2006.

2.- Dichos cónyuges tuvieron dos hijos, Néstor y Marcos M. G., nacidos el 6 de agosto de 2008 y el 9 de mayo de 2011, respectivamente.

3.- En autos de divorcio de común acuerdo n° 299/2012 recayó sentencia de 3 de mayo de 2012 por la que se declaró disuelto por divorcio el citado matrimonio y se aprobó el pacto de relaciones familiares de fecha 1 de abril de 2012, suscrito por ambos consortes.

4.- Conforme a dicho pacto, los dos menores hijos del matrimonio quedaban bajo la custodia de la madre, con un régimen de visitas a favor del padre, siendo compartida la autoridad familiar.

5.- D. Diego M. P. ha instado la modificación de las medidas de divorcio en la demanda que ha dado lugar a la apertura del presente proceso, modificación que sustenta en un cambio sustancial de las circunstancias que sirvieron de base para establecer la guarda y custodia de los menores a favor de la madre, solicitando que la guarda y custodia de los hijos habidos en el matrimonio sea compartida por ambos progenitores por meses alternos, además de modificación del uso del domicilio que fue familiar y que se fije un nuevo régimen de visitas.

6.- La sentencia del Juzgado de Primera Instancia n° 5 de esta ciudad desestima en lo sustancial la demanda deducida, al considerar que no concurren circunstancias para modificar el régimen de custodia establecido en la sentencia de divorcio, aunque realiza una modificación en el régimen de visitas y vacaciones.

7.- Interpuesto recurso de apelación por la representación del demandante, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de 29 de septiembre de 2015 lo desestima, confirmando la recurrida, al apreciar que no se ha producido un cambio de circunstancias respecto del momento en que recayó la sentencia de divorcio, y que de la prueba practicada resulta que se ha aplicado correctamente el artículo 80 del Código de

Derecho Foral Aragonés (CDFA), al señalar que en este caso la custodia individual resulta más beneficiosa para los hijos menores que la compartida, solución que la Audiencia considera procedente ratificar.

SEGUNDO.- Los motivos del recurso de casación.

Frente a la citada sentencia D. Diego interpone recurso de casación, que funda en dos motivos: 1.- Infracción de lo dispuesto en los artículos 79.5 y 80.2 del CDFA, en relación con el artículo 91 del Código civil; 2.- Infracción de la doctrina sentada en sentencias dictadas por este Tribunal, de las que cita la sentencia nº 11/2015, de 6 de abril, entendiendo que el caso que nos ocupa es muy similar al allí resuelto, basándose en ello para fundar el interés casacional.

Ambos motivos han sido admitidos por Auto de 2 de diciembre de 2015, y van a ser objeto de examen conjunto en cuanto a su prosperabilidad, ya que el segundo de ellos puede considerarse como ampliación de los argumentos en que se funda el primero, teniendo en cuenta que todos los motivos de recurso de casación deben fundarse en la infracción de norma sustantiva conforme a lo dispuesto en el artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

TERCERO.- De la naturaleza del proceso de modificación de medidas.

Para la resolución del recurso de casación es necesario considerar la naturaleza del proceso en que nos hallamos, autos de Modificación de Medidas acordadas en sentencia de divorcio, que tiene cauce procesal en lo establecido en el artículo 775 de la Ley Enjuiciamiento Civil, y fundamento sustantivo en lo dispuesto en el artículo 79.5 del CDFA, concordante con lo establecido, en su ámbito de aplicación, en el artículo 91 del Código civil.

Esta Sala en diversas sentencias, entre ellas la nº 19/2014, de 26 de mayo, recaída en recurso de casación 13/2014, ha puesto de relieve que el contenido normativo del artículo 79.5 del CDFA tiene una mayor flexibilidad que el establecido en el artículo 91 del Código civil, lo que se explica porque las medidas a que se refiere el precepto aragonés son todas ellas relativas a menores.

Conforme a los indicados preceptos las medidas acordadas en sentencias firmes de divorcio pueden ser modificadas, instándolo por medio de demanda, cuando se haya producido una modificación sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas. En este proceso resulta posible decidir de nuevo respecto de lo ya resuelto en sentencia firme, siempre que resulte comprobado ese cambio de circunstancias y la nueva resolución que se solicita resulte más conveniente para el interés de los menores, en casos como el presente en que la modificación se insta respecto del régimen de custodia.

Como esta Sala tiene declarado en sentencia nº 37/2014, de 19 de noviembre, en el proceso de modificación de medidas de divorcio lo relevante «*no es tanto determinar si se ha producido la infracción del ordenamiento jurídico sustantivo denunciada al tiempo de dictarse la sentencia recurrida, sino la de considerar que, a la vista del cambio de las circunstancias concurrentes, resulta necesario modificar el régimen de custodia en los términos interesados por el demandante. Dicho de otro modo, en el proceso de modificación de medidas hemos de partir de las fijadas en la sentencia de divorcio, que fue acatada por ambas partes, y solo procederá la revisión cuando de los nuevos hechos acreditados resulte un cambio cualitativo de las circunstancias concurrentes que determine la modificación del sistema de guarda y custodia, en interés del menor, y la sentencia de instancia*

no haya dado cumplimiento a lo dispuesto en la norma cuya infracción se denuncie».

En el caso de autos debemos resaltar que la sentencia de divorcio recayó en un proceso de dicha clase tramitado de común acuerdo, y en ella se aprobó el pacto de relaciones familiares de fecha 1 de abril de 2012, en el cual se acordaba que la guarda y custodia de los hijos menores quedaba atribuida a la madre, pacto que se firmó cuando ya estaba vigente el artículo 80 de CDFA, cuyo contenido constaba a las partes a través de su defensa jurídica, y que se firmó al amparo de lo establecido en los artículos 3 y 77 de dicho código.

CUARTO.- Decisión sobre los motivos del recurso.

La parte recurrente expone que se ha producido una relevante modificación de las circunstancias concurrentes, que ha de dar lugar a la modificación del régimen de custodia de los menores Néstor y Marcos, modificación que se concreta en el nacimiento de una nueva hija del Sr. M. P., por tanto hermana de los menores, y la flexibilización del horario laboral del Sr. M. P. por haber sido aprobado el Plan Concilia. De la existencia acreditada de dichos cambios resulta, a criterio del recurrente, la necesidad de modificar el régimen de guarda y custodia conforme a lo prevenido en el artículo 80.2 del CDFA y acordar la custodia compartida de los menores por semanas alternas.

El hecho de que el Sr. M. P., aquí recurrente, haya sido padre de una nueva hija no modifica sustancialmente las circunstancias concurrentes que determinaron, en su día, el establecimiento de un régimen de custodia de los menores hijos del matrimonio a favor de la madre, conforme al pacto de relaciones familiares aprobado judicialmente. El mero hecho del nacimiento de un nuevo hijo puede

afectar al tiempo que el progenitor pueda dedicar al cuidado y atención de los mayores, lo que en su caso podría significar una menor disponibilidad para atender a éstos, pero no es un argumento que justifique la necesidad de modificación de las medidas precedentemente acordadas.

En cuanto a la flexibilización del horario laboral del Sr. M. P., hemos de estar al resultado probatorio que se expresa en la sentencia recurrida. En ella se recoge, al confirmar la de primera instancia, que D. Diego es Policía Local y trabaja en horario a turnos alternos mensuales, teniendo concedido el Plan Concilia, por lo que manifiesta que podría tener la custodia en los meses de horario de mañana. Cuenta con el apoyo de sus padres, que residen en C. El posible cambio de turno con un compañero es un hecho no aceptado en la sentencia de la Audiencia, que razona que se trata de una invocación por primera vez en la alzada y no ha sido aprobado por el órgano competente.

Partiendo de los hechos comprobados la Audiencia Provincial concluye en estimar que no se ha producido una modificación de suficiente entidad como para dar lugar a la modificación de las medidas acordadas en la sentencia de divorcio, conclusión que ha de ser ratificada por esta Sala. Conforme a una consolidada doctrina jurisdiccional, recogida en la sentencia del Tribunal Supremo nº 417/2015, de 29 de junio, la función de la casación no es la de una tercera instancia, sino la de control de la aplicación del derecho a la cuestión de hecho efectuada por la Audiencia Provincial, y en este caso no ha sido infringido el artículo 79.5 del CDFA.

QUINTO.- Tampoco existe vulneración de lo dispuesto en el artículo 80.2 del Código Aragonés, en cuanto previene que *El Juez adoptará de forma preferente la custo-*

dia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente. Dicha preferencia ha de establecerse siempre en interés del menor, que constituye el criterio superior al momento de fijar su régimen de atención, guarda y custodia.

En este sentido la Sala ha recordado —sentencia 17/2015, de 28 de mayo de 2015— que dicha prioridad 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).

En el caso de autos la sentencia recurrida razona que el interés superior de los menores Néstor y Marcos sustenta el esta-

blecimiento —y mantenimiento incólume— de su custodia por la madre. Al respecto afirma que «*se ha aplicado el artículo 80 del CDFA por el Juzgador de instancia, al señalar que la custodia individual resulta más beneficiosa para los hijos menores, solución que esta Sala debe ratificar*». Dicha decisión, fundada en ajustados razonamientos, acuerda la aplicación al caso de la custodia individual, porque «*el padre no podría asumir el cuidado y atención diarios de dos niños tan pequeños*» y esta resolución, fundada en la valoración conforme a la sana crítica de la prueba pericial psicológica, no infringe el ordenamiento jurídico.

Por último debemos expresar, en respuesta a las invocaciones que se formulan como segundo motivo del recurso, que la sentencia recurrida no se opone a lo resuelto por esta Sala en la sentencia nº 11/2015, de 6 de abril, en cuanto que los hechos allí considerados no resultaban similares a los de autos.

Por las razones expresadas el recurso de casación es desestimado.

SEXTO.- Las costas del recurso se rigen por el art. 398 LEC, si bien la especial naturaleza de los intereses en juego da lugar a una complejidad fáctica y jurídica que aconseja no hacer imposición de las costas a la parte recurrente.

El depósito para recurrir se halla sujeto a la Disposición Adicional 15ª de la LOPJ.

VISTOS los artículos citados y demás de general aplicación.

FALLAMOS

1. Desestimar el recurso casación formulado contra la sentencia de fecha 29 de septiembre de 2015 dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza en el Rollo nº 277/2015.

2. No hacer imposición de las costas del recurso.

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

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

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

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

3

NÚM. 3

S. TSJA 9/2016 de 19 de febrero de 2016

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: LEY DE COOPERATIVAS: Responsabilidad de los administradores: Sobre el grado de negligencia exigible para la declaración de responsabilidad de los administradores de una cooperativa, la ley aragonesa exige un plus sobre la del ordenado comerciante, o la menos estricta en las sociedades de capital, de incumplimiento de los deberes inherentes al desempeño del cargo.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 41 y 42 TR de la Ley de Cooperativas de Aragón (Decreto Legislativo 2/2014, de 29/8).

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasierra

OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL: Invocación artificiosa del standum: *En el recurso se invoca como infringido el art. 3 CDFA. Pero para determinar la competencia de la Sala no basta la mera invocación formal de un precepto aragonés como vulnerado, sino que se requiere que la norma foral de referencia sea aplicable a la resolución de la controversia y de las cuestiones implicadas en ella, es decir, tenga una efectiva relación con la cuestión debatida pues, en otro caso, podría el litigante escoger a su arbitrio el Tribunal competente para el examen del recurso de casación. Versando la litis sobre cumplimiento de contrato, el art. 3 CDFA no hace al caso, y de hecho se invocó en el recurso de apelación «a mayor abundamiento».*

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 3 CDFA

PONENTE: Ilma. Sra. D.^a Carmen Samanes Ara

Zaragoza, a veinticuatro de febrero de dos mil dieciséis.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora de los Tribunales D.^a Ruth Herrera Royo, actuando en nombre y representación de A. de G., S.L. presentó ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza escrito interponiendo recurso de casación e infracción procesal frente a la sentencia de fecha 24 de noviembre de 2015, dictada por dicha Sección en el rollo de apelación núm. 365/2015, dimanante de los autos de procedimiento ordinario núm. 198/2014, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciocho de Zaragoza, siendo parte recurrida P. P., S.L. representada por la Procuradora de los Tribunales D.^a Celia Cebrián Orgaz.

4

NÚM. 4

A. TSJA de 24 de febrero de 2016

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO.

Una vez se tuvo por interpuesto dicho recurso, se acordó el emplazamiento de las partes y la remisión de los autos a esta Sala.

SEGUNDO.- Recibidas las actuaciones, se formó el rollo de casación núm. 1/2016, en el que se personaron todas las partes, y seguidamente se pasaron a la Ilma. Sra. Ponente para que se instruyese y sometiese a la deliberación de la Sala lo que hubiese que resolver sobre la admisión o inadmisión del recurso interpuesto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 483 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por providencia de 27 de enero pasado, se acordó:

«Examinado el recurso, se aprecia por la Sala que se invoca como infringido en el primero de los motivos de casación un precepto foral, pero no se justifica su vulneración, sino que la cita más parece un instrumento para determinar la competencia de esta Sala. Ante ello, procede, de acuerdo con el artículo 484 de la LEC, oír a las partes y al Ministerio Fiscal por posible incompetencia.»

Dentro de plazo, todas las partes presentaron escritos de alegaciones en apoyo de sus pretensiones, manifestando el Ministerio Fiscal que, de inadmitirse el primer motivo de casación, considera que la competencia correspondería a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

Es Ponente la Magistrado Ilma. Sra. D.^a Carmen Samanes Ara.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el trámite de admisión del recurso de casación, la Sala debe examinar en primer lugar su competencia, pronunciándose seguidamente, si se considerase competente, sobre la admisibilidad del mismo. Por lo que se refiere al primer extremo, a tenor del artículo 478. 1, párrafo 2º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil

corresponde a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia conocer de los recursos de casación que procedan contra las resoluciones de los Tribunales Civiles con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde, exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas de Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad. El artículo 1 de la Ley 4/2005 de 14 de junio sobre la casación foral aragonesa dispone que La Sala de lo Civil y Penal del tribunal Superior de Justicia de Aragón conocerá de los recursos de casación que procedan contra las resoluciones de los tribunales civiles con sede en la Comunidad Autónoma siempre que el recurso se funde, exclusivamente o junto con otros motivos, en infracción de las normas del Derecho Civil aragonés.

En el recurso se invoca como infringido (además de otros preceptos de derecho común) el artículo 3 del CDFA. Pero para determinar la competencia de la Sala no basta la mera invocación formal de un precepto aragonés como vulnerado, sino que se requiere que la norma foral de referencia sea aplicable a la resolución de la controversia y de las cuestiones implicadas en ella, es decir, tenga una efectiva relación con la cuestión debatida pues, en otro caso, podría el litigante escoger a su arbitrio el Tribunal competente para el examen de un recurso de casación. El ATS del Pleno del TS de 11/11/2015 expresa: *El examen de la competencia funcional para conocer del recurso de casación es previo a cualquier pronunciamiento sobre su admisibilidad, sin perjuicio de que la invocación indebida de una u otra norma pueda ser valorada a fin de evitar que la parte recurrente determine la competencia para conocer del recurso imponiendo su propio criterio al de la ley.* Ello es congruente con la naturaleza no dispositiva de las normas sobre competencia.

SEGUNDO.- Pues bien, en el presente caso es patente que la exigencia referida (fundamento del recurso en la infracción de norma aplicable al objeto del pleito) no concurre. Versando la litis sobre cumplimiento de contrato, el artículo 3 del CDFA no hace al caso, y de hecho se invocó en el recurso de apelación «a mayor abundamiento», consistiendo la actual queja de la parte sobre la falta de motivación, en la sentencia, del por qué no se aplica. Lo que el precepto ordena es que es la voluntad de los sujetos la que debe prevalecer, salvo que consista en algo imposible, o contravenga la Constitución o normas imperativas. De ahí que esta Sala ha recordado en ocasiones anteriores que tiene actualmente un único sentido: es expresión de la libertad de pacto o disposición. Pero lo que en el recurso se alega es que las modificaciones en la obra no se realizaron conforme a lo pactado. Y en este mismo sentido se arguye en el escrito de alegaciones a la providencia del pasado veintisiete de enero, donde se señala que el objeto de la presente litis consiste en determinar si se ha dado o no cumplimiento de un contrato entre partes. Ello evidencia lo artificioso de la invocación del precepto.

En consecuencia, y no incluyéndose en el recurso otros motivos por infracción de norma aragonesa, ha de concluirse que esta Sala carece de competencia funcional para conocer del recurso de casación interpuesto y, en atención a esa falta de competencia, no puede este Tribunal decidir sobre la admisibilidad de aquel, al ser competente para ello la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (artículo 56.1º LOPJ). Procede, conforme a lo dispuesto en el artículo 62 LEC, abstenerse de conocer disponiendo la parte recurrente del plazo de cinco días para la correcta interposición del recurso.

TERCERO.- No procede hacer especial declaración respecto de las costas causadas.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Abstenerse de conocer del recurso de casación interpuesto por A. de G., S.L. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 24 de noviembre de 2015, al no ser esta Sala competente para su conocimiento, por serlo la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

No se hace expreso pronunciamiento sobre el pago de costas.

Devuelvase los depósitos constituidos.

Contra esta resolución no cabe recurso.

Remítanse los autos a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, con testimonio de la presente resolución, a fin de que la parte recurrente interese ante dicha Sección en el plazo de cinco días, desde la notificación de la presente, lo que a su derecho convenga (conforme al art. 62.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Así lo acuerdan, mandan y firma el Excmo. Sr. Presidente y los Ilmos. Sres. Magistrados expresados al margen.

NÚM. 5

A. TSJA de 25 de febrero de 2016

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL:
Falta de técnica casacional: *Falta en el recurso de casación una fundamentación suficiente sobre la infracción del ordena-*

miento jurídico alegada, así como falta la razonable claridad expositiva para permitir la individualización del problema jurídico planteado (art. 481.1 y 3 Lec.). Los motivos y argumentaciones del recurso por infracción procesal en modo alguno pueden servir, mediante una remisión íntegra, para fundamentar el recurso de casación. El recurso es inadmisibile desde el punto de vista de la técnica casacional. No corresponde a esta Sala reelaborar el recurso —delimitando lo que corresponde a la casación o a la infracción procesal— supliendo una actuación que corresponde al recurrente, ya que ello exigiría una singular actividad discursiva por parte de este Tribunal que le está vedada.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 481 y 483 Lec.

PONENTE: Excmo. Sr. D. Manuel Bellido Aspás

Zaragoza a veinticinco de febrero de dos mil dieciséis.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora de los Tribunales D.^a M^a del Carmen Redondo Martínez actuando en nombre y representación de D. Ricardo José S. A. presentó ante la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, escrito interponiendo recurso de casación e infracción procesal frente a la sentencia de fecha 10 de diciembre de 2015, dictada por dicha Audiencia en el rollo de apelación núm. 486/2015, dimanante de los autos de divorcio núm. 1044/2014, seguidos ante el Juzgado de 1^a Instancia num. Seis de Zaragoza, siendo parte recurrida D.^a M^a Ángeles M. B., y una vez se tuvo por interpuesto, se acordó el

emplazamiento de las partes y la remisión de los autos a esta Sala.

SEGUNDO.- Recibidas las actuaciones, se formó el rollo de casación núm. 3/2016, en el que se personaron todas las partes y se pasaron al Excmo. Sr. Ponente para que se instruyese y sometiese a la deliberación de la Sala lo que hubiese que resolver sobre la admisión o inadmisión del recurso interpuesto.

Por providencia de 27 de enero pasado, se acordó:

«Visto el recurso de casación interpuesto por la Procuradora D.^a María del Carmen Redondo Martínez, en representación de D. Ricardo José S. A., considera la Sala que puede concurrir causa de inadmisibilidad, por los siguientes motivos:

1.- Respecto del recurso de casación.

Falta de fundamentación suficiente sobre la infracción del ordenamiento jurídico alegada, en relación con el derecho fundamental cuya vulneración se invoque o con la norma, jurisprudencia o principio general del Derecho aplicable al caso que se denuncie como infringido (artículo 481.1 LEC), así como falta en el escrito de interposición del recurso de la razonable claridad expositiva para permitir la individualización del problema jurídico planteado (artículo 481.1 y 3 LEC).

El recurso de casación tiene una función nomofiláctica, o de control de la correcta aplicación del ordenamiento jurídico, y ante ello la parte que recurre ha de expresar, cuando afirma la infracción de un precepto legal, el motivo por el que considera que esa norma, en concreto, ha sido infringida, bien por inaplicación, por aplicación indebida o por interpretación errónea. La necesaria claridad en la exposición del motivo deriva no solo de la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, sino también del necesario ejercicio

del derecho de defensa que corresponde a la parte contraria, la cual ha de tener claro conocimiento de la infracción que se denuncia.

El presente recurso carece de toda fundamentación sobre las razones por las que se entiende infringido el art. 83.2 CDFA, limitándose a realizar una remisión íntegra a las alegaciones del motivo primero, que da por “reproducidas literalmente”. Sin embargo, parece no tener en cuenta el recurrente que el motivo anterior es de infracción procesal, fundado, como indica el propio recurso, en la infracción de una norma procesal, el art. 218.2 LEC, en el que se mezclan alegaciones de naturaleza procesal con otras que podrían entenderse referidas a la infracción sustantiva del art. 83.2 CDFA. No corresponde a esta Sala reelaborar el recurso, supliendo una actuación que corresponde al recurrente, ya que ello exigiría una singular actividad discursiva por parte de este Tribunal que le está vedada.

Lo expuesto puede constituir causa de inadmisión al amparo del art. 483.2.2º LEC, en relación con el art. 481.1 y 3 LEC.

2. Respecto del recurso por infracción procesal, interpuesto al amparo del art. 469.2 LEC, por vulneración del art. 218.2 LEC.

Se alega que la resolución recurrida incumple el deber de motivación, bien por no hacer referencia a todos los criterios del art. 83.2 CDFA, bien por hacerlo incorrectamente.

Sin embargo, el deber constitucional de motivación no exige de la resolución judicial una argumentación extensa o pormenorizada, pudiendo ser escueta y concisa, siempre que esté fundada en Derecho y se vincule a los extremos sometidos por las partes a debate, extremos que cumple la sentencia recurrida. Cuestión distinta, que no puede fundar el recurso de infracción

procesal, es que el recurrente no esté de acuerdo con los razonamientos de la sentencia.

Por otra parte, alguna de las alegaciones que el recurrente efectúa, en relación a la vulneración del art. 83.2 CDFA, son propias del recurso de casación y no de la infracción procesal, tal como se ha señalado al hacer referencia a las causas de inadmisión de dicho recurso.

Lo expuesto podría constituir causa de inadmisibilidad del motivo del recurso de infracción procesal, al amparo de lo previsto en el art. 473.2.2º LEC, por carecer manifiestamente de fundamento.

Por los motivos señalados, y de conformidad con lo dispuesto en los arts. 473.3 y 483.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se da traslado a las partes para que en el plazo de diez días puedan alegar al respecto lo que estimen procedente.»

Dentro de plazo, las partes presentaron escritos de alegaciones, en apoyo de sus pretensiones.

Es Ponente el Presidente de la Sala Excmo. Sr. D. Manuel Bellido Aspas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurso de casación.

Es necesario reproducir aquí los argumentos de inadmisibilidad ya expuestos en la providencia de fecha 27 de enero de 2016.

Como se decía, falta en el recurso de casación una fundamentación suficiente sobre la infracción del ordenamiento jurídico alegada, en relación con el derecho fundamental cuya vulneración se invoque o con la norma, jurisprudencia o principio general del Derecho aplicable al caso que se denuncie como infringido (artículo 481.1 LEC), así como falta en el escrito de interposición del recurso de la razonable

claridad expositiva para permitir la individualización del problema jurídico planteado (artículo 481.1 y 3 LEC).

El recurso de casación tiene una función nomofiláctica, o de control de la correcta aplicación del ordenamiento jurídico, y ante ello la parte que recurre ha de expresar, cuando afirma la infracción de un precepto legal, el motivo por el que considera que esa norma, en concreto, ha sido infringida, bien por inaplicación, por aplicación indebida o por interpretación errónea. La necesaria claridad en la exposición del motivo deriva no solo de la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, sino también del necesario ejercicio del derecho de defensa que corresponde a la parte contraria, la cual ha de tener claro conocimiento de la infracción que se denuncia.

El recurrente, en sus alegaciones a la providencia, manifiesta que las argumentaciones de los recursos de casación e infracción procesal «se solapan porque dada su naturaleza pueden vertebrar tanto uno como otro motivo». Y eso, precisamente, es lo que no es posible ni admisible, puesto que se trata de recursos distintos, sujetos a motivos tasados (arts. 469 y 477 LEC), de manera que los motivos y argumentaciones del recurso por infracción procesal en modo alguno pueden servir, mediante una remisión íntegra, para fundamentar el recurso de casación. En el recurso de casación discutido no estamos ante simple referencia a alguna cuestión o argumentación propia de la infracción procesal, sino ante una remisión directa e íntegra a lo alegado en éste. Así, en el de casación se recoge: «ÚNICO.- Se reiteran y dan por reproducidos para el presente motivo las alegaciones literales del primer motivo».

Parecería que ambos recursos son intercambiables, y que lo que se dice en uno sirve, sin más reelaboración, para el otro. Por mucha especialidad que pudiera tener este caso, que no la tiene, el recurso

es inadmisibile desde el punto de vista de la técnica casacional.

Como se decía en la providencia, no corresponde a esta Sala reelaborar el recurso —delimitando lo que corresponde a la casación o a la infracción procesal— supliendo una actuación que corresponde al recurrente, ya que ello exigiría una singular actividad discursiva por parte de este Tribunal que le está vedada.

SEGUNDO.- Recurso por infracción procesal, interpuesto al amparo del art. 469.2 LEC, por vulneración del art. 218.2 LEC.

En primer lugar, debe indicarse que la falta de admisión del recurso de casación aboca a la inadmisión del recurso por infracción procesal en todo caso, puesto que para la admisión de este último es requisito indispensable la interposición y admisión del primero, conforme dispone la disposición final decimosexta 1.5ª LEC, que no admite el recurso por infracción procesal en solitario.

A mayor abundamiento, y en relación al motivo del recurso, fundado en el art. 218.2 LEC, por entender que la sentencia ha infringido el deber de motivación, es menester reproducir lo ya expuesto en la providencia señalando las posibles causas de inadmisión.

Por todo lo expuesto, conforme al art. 483.2.2º LEC, en relación con el art. 481.1 y 3 LEC, procede inadmitir el recurso de casación; al igual que el de infracción procesal, de conformidad con lo previsto en el art. 473.2.2º LEC y la disposición final decimosexta 1.5ª LEC.

Vistos los artículos citados y los demás de general y pertinente aplicación.

LA SALA ACUERDA

No admitir el recurso de casación ni el de infracción procesal interpuestos por la

representación procesal de D. Ricardo José S. A. contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza en fecha 10 de diciembre de 2015.

Se declara la firmeza de dicha resolución.

Se imponen las costas a la parte recurrente.

Se dará al depósito prestado el destino legalmente previsto.

Devuélvanse las actuaciones con testimonio de este auto al tribunal de procedencia.

Se hace saber a las partes que contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Así lo acuerdan, mandan y firman el Excmo. Sr. Presidente y los Ilmos. Magistrados expresados al margen.

justificación para que el tiempo empleado en alcanzar la titulación no coincida con el número de años de estudio que exige el grado de enfermería según los planes académicos, lo que, por otra parte, la experiencia enseña que no es una situación que pueda ser tildada sin más de anormal sin tener en cuenta otros factores.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 69, 77.3 CDFa.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. Ricardo formula recurso de casación contra la sentencia dictada por la AP de Huesca, que estima en parte el recurso de apelación que dedujo contra la sentencia de primer grado, que desestimó en su totalidad la demanda de modificación de medidas que presentó en relación a las acordadas en el convenio regulador aprobado por la sentencia de 21-12-2007, que decidió el divorcio del matrimonio que el recurrente concertó en su día con D^a M^a José.

La demanda de modificación afirmaba que habían variado las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de la suscripción y aprobación del convenio regulador para fijar la pensión compensatoria a favor de la esposa —1.976 € mensuales—, y las pensiones alimenticias a cargo del padre como contribución al sostenimiento de los dos hijos habidos en el matrimonio: D. Ricardo, nacido en 1990, y D^a Inés, nacida en 1992 —2.400 € al mes para ambos—, tanto en cuanto a posibilidades del alimentante, como a las necesidades de los destinatarios, y, además, en cuanto a la segunda, por la falta de aprovechamiento en sus estudios de enfermería. En dicha demanda pedía con carácter principal la extinción

NÚM. 6

S. TSJA 10/2016 de 2 de marzo de 2016

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GASTOS DE LOS HIJOS MAYORES O EMANCIPADOS: Por el tiempo normalmente requerido para completar la formación: En la interpretación del art. 69 CDFa se recuerda lo dicho en las SSTJA 7/2015, 12/5/2010 y 8/2009. En el caso de autos ningún parámetro de normalidad con el que pueda ser comparada la historia académica de la hija ha sido aportado a los autos. La hija tiene 23 años en la actualidad y se halla en los últimos cursos del grado de enfermería, y durante sus estudios se ha producido una interminable serie de enfrentamientos con el padre por motivo de sus estudios, con continuos cambios de centro universitario en los que los realizaba, lo que ciertamente sirve de

de las pensiones a favor de D^a Inés y D^a M^a José, y la reducción de la de D. Ricardo; y con carácter subsidiario la reducción de las acordadas respecto de hija y la en su día esposa.

La sentencia de primer grado desestimó la demanda por entender que no es de apreciar el cambio de circunstancias que se afirma en la demanda. A tal efecto afirma que los esposos suscribieron un pacto en el mes de diciembre de 2013 por el que modificaban el convenio regulador, y que desde esta fecha no ha tenido lugar la necesaria alteración de circunstancias que permita la modificación de lo acordado de conformidad con el art. 77.3 CDFA.

Por su parte, la sentencia de segundo grado entiende acreditado durante el procedimiento que el mayor de los hijos, D. Ricardo, además de haber terminado sus estudios de medicina en junio de 2014, ha obtenido plaza en el programa de formación MIR que comenzará a desarrollar en el mes de junio de 2015, lo que le reportará la independencia económica, por lo que, con estimación parcial del recurso de apelación, da lugar a la extinción de la pensión establecida para él a partir dicho mes de junio de 2015, si bien la mantiene en su integridad hasta entonces. Por el contrario, desestima la apelación en todo lo demás, pues considera que no se da respecto de la compensatoria a favor de D^a M^a José ni de los alimentos de D^a Inés la necesaria alteración de circunstancias que permita su modificación.

El recurso de casación se asienta en tres motivos:

El primero sostiene infracción del art. 77.3.c CDFA porque la sentencia impugnada no tiene como día de referencia para hacer la necesaria valoración sobre cambio de circunstancias la de la sentencia que aprobó el convenio regulador en el procedimiento de divorcio (21-12-2007), sino la

de suscripción del pacto de modificación que se deja expresado. El segundo de los motivos afirma infracción de los arts. 82.1 y 82.2 DCFA porque la no modificación del convenio regulador en los términos pretendidos es contraria a la exigencia contenida en dichos preceptos de que las pensiones en disputa se fijen en proporción a los recursos económicos del obligado y las necesidades de quienes son acreedores a ellas. Finalmente, el tercero de los motivos se sustenta en la infracción del art. 69 CDFA, en tanto que se mantiene una pensión alimenticia para cubrir las necesidades de su hija mayor de edad mas allá del tiempo razonable requerido para que pudiera completar su formación.

El recurrente en casación termina suplicando con carácter principal que se declare extinguida la pensión fijada para D^a Inés y la reducción de la asignada para D. Ricardo a 1.075,64 €, a abonar por ambos padres por partes iguales. Con carácter subsidiario solicita que se fije el último día del mes de junio de 2015 como límite temporal de la primera de las pensiones, que en todo caso debe ser reducida a la suma de 680,75 € desde la fecha de la presentación de la demanda que inició el proceso de modificación. Con igual carácter de subsidiariedad, solicita que para el caso de que no se acordara que la pensión fijada para D. Ricardo fuera a cargo de ambos progenitores por mitad, se redujera ésta a la suma de 680,75 €, todo ello con efectos desde la presentación de la demanda y hasta su extinción de junio de 2015.

No impugna por el contrario el pronunciamiento de la sentencia por el que se deniega la modificación de la pensión compensatoria.

SEGUNDO.- Primer motivo de casación.

La cuestión se halla planteada del siguiente modo:

Tras la sentencia de divorcio, y en el curso de dos procedimientos entablados entre ellos —ETJ 195/2011 y PO 520/2012—, D. Ricardo y D^a M^a José suscribieron el día 11 de diciembre de 2013 un pacto que fue judicialmente homologado por auto de día 17 del mismo mes y año, lo que determinó la terminación de dichos litigios. La sentencia recurrida entiende que los contendientes modificaron por dicho pacto los términos del convenio regulador de 2007, por lo que el día de referencia para valorar si se ha producido o no la alteración de circunstancias requeridas por el art. 77.3 CDFA que se denuncia como infringido para que pueda prosperar la pretensión modificatoria es la de dicho pacto, y no el de la sentencia que aprobó el convenio regulador.

El recurrente sostiene que el pacto de 2013 no tenía por objeto modificar el convenio regulador aprobado en la sentencia de divorcio, sino que tenía por única razón y finalidad la de poner término a los procesos abiertos que se identificaban en él, a saber: el de ETJ en el que la actora pretendía el cobro de atrasos en el pago de la pensión compensatoria, y el PO en el que se discutía la validez de un pacto de compensación alegado por el actor en dicha ejecución como motivo de oposición a ella. Por ello, sostiene que dicho pacto no puede producir efectos fuera de dichos procedimientos, y que no puede ser tenido en cuenta para la aplicación del art. 77.3 CDFA.

Discutida la interpretación y alcance que haya de ser dada al pacto de 2013, se hace necesario recordar la constante doctrina recogida con extensión por la STS de 28 de enero de 2016, n.º 6/2016, Recurso: 2773/2013, conforme a la que la interpretación de los contratos corresponde a los tribunales de instancia. Dicha sentencia dice:

La sentencia de 4 noviembre 2014, Rc. 2841/2012, recogiendo la jurisprudencia sobre esta cuestión, declaraba que: «Hay que decir que constituye doctrina consolidada que la interpretación de los contratos es función de los tribunales de instancia, de tal manera que la realizada por estos ha de prevalecer y no puede ser revisada en casación en la medida en que se ajuste a los hechos considerados probados por aquella en el ejercicio de su función exclusiva de valoración de la prueba, salvo cuando se demuestre su carácter manifestamente ilógico, irracional o arbitrario, sin que haya lugar a considerar infringidas las normas legales sobre interpretación de los contratos cuando, lejos de combatirse una labor hermenéutica abiertamente contraria a lo dispuesto en dichas normas o al derecho a la tutela judicial efectiva —por prescindir de las reglas de la lógica racional en la sentencia de las premisas, en la elaboración de las inferencias o en la obtención de las conclusiones—, el recurrente se limita en su recurso a justificar el desacierto de la apreciación —inherente a la labor interpretativa— realizada por el tribunal de instancia, con exclusivo propósito de sustituir una hipotética interpretación dudosa por sus propias conclusiones al respecto ya que también se ha dicho reiteradamente por la jurisprudencia que lo discutible no es lo oportuno o conveniente, sino la ilegalidad, arbitrariedad o contradicción del raciocinio lógico, siendo así que en estos casos deberá prevalecer el criterio del tribunal de instancia por no darse esa abierta contradicción aunque la interpretación acogida en la sentencia no sea la única posible, o pudiera haber alguna duda razonable acerca de su acierto o sobre su absoluta exactitud (SSTS, entre las más recientes, de 5 de mayo de 2010 [RC n.º 699/2005], 1 de octubre de 2010 [RC n.º 633/2006] y 16 de marzo de 2011 [RC n.º 200/2007]). La sentencia de esta Sala de fecha 29 de febrero de 2012 (recurso de casación n.º 495/2008), recoge esta doctrina que establece que salvo supuestos excepcionales no se permite revisar la interpretación del contrato, ya que otra cosa supone convertir la casación en una tercera instancia, alejada de la finalidad que la norma asigna al Tribunal Supremo

como órgano jurisdiccional superior en el orden civil consistente, como recoge el preámbulo del acuerdo de esta Sala sobre criterios de admisión de 30 de diciembre de 2011, en la unificación de la aplicación de la ley civil y mercantil.»

Se mencionaba en la misma línea doctrinal la sentencia de 7 de noviembre de 2013 y se añadía que este mismo criterio es aplicable a la calificación contractual y la determinación del fin jurídico que se pretende en el contrato (sentencia n° 458/2007, de 9 mayo, recurso n° 2097/2000).

En el presente caso, la sala de apelación indica en su fundamento de derecho segundo:

Es cierto que a través de ese acuerdo transaccional terminaron dos procesos judiciales distintos e independientes del presente, pero no puede pasarse por alto que el acuerdo en cuestión al que llegaron ambos ex-cónyuges se autotitula «modificación de convenio regulador de divorcio» en clara y expresa referencia al convenio de octubre de 2007 que fue homologado en la precitada sentencia de diciembre del mismo año, y en él se modifican los pactos del convenio regulador que afectan precisamente a los extremos que son objeto de debate en el presente pleito, esto es, las pensiones alimenticias a favor de los dos hijos del matrimonio y la asignación compensatoria a favor de la ex-esposa, por lo que no puede aceptarse que este nuevo convenio deba afectar únicamente a los dos pleitos pendientes, ya que contienen una nueva regulación de los extremos a los que se refiere, sin que ninguna norma legal, ni sustantiva o procesal ni general o regional, suponga un obstáculo para llegar a esta conclusión. Hay que entender por todo ello que los propios interesados realizaron de común acuerdo una auténtica modificación de las medidas definitivas de su divorcio, y que tal modificación fue incluso homologada judicialmente para poner fin a dos procesos, por lo que sin duda son las circunstancias tenidas en cuenta para redactar el acuerdo de diciembre de 2013 las que deben ser analizadas ahora de cara a su eventual variación para decidir si ha lugar o no

a lo solicitado por el apelante en su demanda inicial, que fue presentada en mayo de 2014.

Esto es, la Sala, en ejercicio de su soberana competencia para interpretar el pacto, afirma que estaba en la voluntad de los otorgantes modificar el convenio regulador aprobado en la sentencia de divorcio y que así lo hicieron, y tal afirmación no se presenta en modo alguno como ilógica o irrazonable.

Por el contrario, los términos del mencionado pacto son claros. En su apartado primero se hace expresa mención a las pensiones fijadas con cargo al padre como contribución al sostenimiento de los hijos en el apartado cuarto del convenio —a la sazón, y merced a la cláusula de actualización, 1.361,51 € para cada uno—, y se afirma que cubren los *gastos actuales de todo tipo de los hijos*, y el apartado segundo contiene determinaciones sobre la pensión compensatoria objeto del pacto quinto de convenio regulador sobre la que ya nada se discute en el presente recurso.

Así las cosas, si a fecha diciembre 2013 se afirma que las pensiones fijadas son las que se corresponden con las necesidades que los hijos tenían en aquel tiempo, dentro de un pacto que tiene como rótulo **MODIFICACIÓN DEL PACTO CUARTO** del convenio regulador, es llano que para determinar si ha habido o no un cambio de circunstancias a los efectos del art. 77.3 CDFA ha de partirse de la fecha de dicho pacto modificador del convenio aprobado en el previo proceso matrimonial, y no de la de éste.

En consecuencia, procede la desestimación del motivo.

TERCERO.- Segundo motivo de casación.

En su desarrollo, el propio recurrente sostiene que, si las circunstancias a comparar son las existentes en diciembre de 2013

en que tuvo lugar el pacto de modificación del convenio regulador y las de 21 de mayo de 2014 en que fue presentada la demanda, no cabe entender que concurra ninguna alteración relevante en cuanto a su situación económica, por lo que la cuestión queda constreñida a las necesidades de los hijos, de las que también se ocupa en el motivo, a cuyo efecto ha de ser destacado que los hechos declarados probados en la instancias no han sido impugnados mediante motivo de infracción procesal.

Por lo que se refiere a D. Ricardo, la sentencia combatida afirma que no ha sido acreditado suficientemente *que desde entonces [suscripción del pacto de 2013] a la presentación de la demanda, o incluso al término de la carrera y a la preparación de las pruebas selectivas hubiera existido una disminución relevante de las necesidades patrimoniales del alimentista, quien seguía sin disponer de recursos económicos propios para mantenerse y subsistir de igual modo que sucedía en diciembre de 2013*. Si ello es así, si como se ha razonado no puede entenderse que haya habido una alteración de la situación económica del recurrente y se sienta como hecho que no ha sido acreditada una merma de las necesidades económicas de D. Ricardo hasta que comenzó su independencia económica por razón de haber ingresado en el período de formación MIR, la conclusión no puede ser otra que no se han producido nuevas circunstancias que permitan afirmar que la pensión que las partes entendieron adecuada al sostenimiento de las necesidades de D. Ricardo haya dejado de serlo al tiempo de la interposición de la demanda.

En consecuencia, no cabe entender que la denegación de la modificación de la pensión hasta el mes de junio de 2015 suponga infracción de los arts. 82.1 y 82. 2 CDFA por falta de proporcionalidad. En cualquier caso, ello carecería de relevancia, dada la constante doctrina del TS conforme a la que en los casos en que se trate

de una modificación de medidas, bien por razón de recurso o por éxito de la pretensión que la reclame, los efectos de la modificación, a diferencia de lo que ocurre cuando son establecidas por vez primera, no se produce sino desde la fecha de la resolución modificadora (STS 26-3-2014, RC 1088/2013; y 15 y 23-6-2015), por lo que, extinguida la pensión respecto del mencionado hijo, ninguna virtualidad tendría ahora la modificación ulterior de las pensiones ya satisfechas.

Respecto a D^a Inés, y dejando aparte la cuestión de su rendimiento académico, que estudiaremos al ocuparnos del tercero de los motivos, la sentencia de primer grado establece como elementos de hecho no discutidos eficazmente *que unos meses antes de que sus padres pactaran el convenio de modificación, ya se había producido el traslado de la joven de Madrid a Palencia, en donde va a seguir cursando sus estudios, al menos según las noticias más recientes de las que disponemos, por lo que no es razonable, y muchos menos en los cinco meses medianes entre el nuevo convenio y la promoción del presente pleito, pensar en una variación sustancial de las necesidades básicas de la joven, la cual seguirá devengando unos gastos relacionados tanto con sus estudios como con su alimentación y sustento que no tienen por qué experimentar grandes cambios*. En consecuencia, también aquí hemos de concluir que no hay razones para afirmar que la pensión que se entendió adecuada por los padres en diciembre de 2013 haya dejado de serlo al tiempo de la interposición de la demanda por falta de proporcionalidad, por lo que tampoco en relación con la pensión fijada para la menor de los hijos podemos compartir que la Sala haya infringido los arts. 82.1 y 82. 2 CDFA por no haber dado lugar a la pretensión de modificación.

CUARTO.- Tercer y último motivo de casación.

Afirma el motivo infracción del art. 69 CDFA porque la Sala ha mantenido la asis-

tencia económica de D^a Inés, que cuenta en la actualidad con 23 años edad, pese a que ha pasado el tiempo normalmente requerido para que su formación se complete.

Al respecto la sentencia recurrida afirma:

[...] en cuanto a la alegada falta de aprovechamiento de los estudios, debemos partir de la base de que, según la información más actualizada que se ha aportado a estos autos, que es la certificación expedida en septiembre del corriente, a la hija del apelante, que ya lleva cinco años estudiando, le restan para terminar su grado de enfermería tres asignaturas del tercer curso más las propias de fin de grado. Nadie con un mínimo de sensatez afirmará que la joven es una estudiante ejemplar, pero creemos que su rendimiento académico no es asimilable a la hipotética situación de quien comienza un ciclo académico y deja de dedicar el tiempo y el esfuerzo precisos para sus estudios porque sabe y es consciente que sus padre la sigan manteniendo económicamente mientras continúe siendo estudiante, que es algo que en el presente caso no se ha justificado que suceda, y mucho menos por el solo hecho de arrastrar algunas asignaturas de cursos anteriores.

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 judicialmen-

te, se hubiera fijado una edad distinta, sin perjuicio del derecho del hijo a reclamar alimentos».

En su interpretación hemos dicho que *[E]n 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 (STJA 7/2015; Recurso: 51/2014), si bien hemos destacado que de acuerdo con el precepto tal obligación sólo se mantendrá si es razonable exigir su cumplimiento, y sólo por el tiempo normalmente requerido para que la formación se complete (STJA 12 de mayo de 2010; Recurso: 1/2010), y que sólo tendrá lugar cuando el hijo que no ha terminado su formación mantenga una actitud diligente, porque de lo contrario deja de ser razonable exigir a los padres sufragar sus gastos (STJA 8/2009; Recurso: 5/2009).*

En el presente caso, lo que el actor afirma es que la sentencia de primer grado infringe la norma porque mantiene su obligación alimentaria para con su hija mayor de edad pese a que la razón por la que no ha acabado su formación radica en la falta de cumplimiento de sus obligaciones como estudiante, y a que ha excedido el tiempo normalmente requerido para completar su formación.

Pues bien, aparte de que ningún parámetro de normalidad con el que pueda ser comparada la historia académica de D^a Inés ha sido aportado a los autos, nada de lo que afirma el recurrente se deduce de los hechos sentados en la sentencia recurrida. D^a Inés tiene 23 años en la actualidad y se halla en los últimos cursos del grado de enfermería, y durante sus estudios se ha producido una interminable serie de enfrentamientos con el recurrente por motivo de sus estudios, con continuos cambios de centro universitario en los que los realizaba, lo que ciertamente sirve de justificación para que el tiempo empleado

en alcanzar la titulación no coincida con el número de años de estudio que exige el grado de enfermería según los planes académicos, lo que, por otra parte, la experiencia enseña que no es una situación que pueda ser tildada sin más de anormal sin tener en cuenta otros factores.

En consecuencia, el mantenimiento de la pensión dada a la hija no es contrario al art. 69 CDFA y a la jurisprudencia de esta Sala que lo desarrolla, por lo que el motivo merece la misma suerte que los que le preceden.

QUINTO.- Las costas se rigen por el art. 398 LEC, y el depósito para recurrir por la DA 5ª LOPJ.

VISTOS los artículos citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

1. Desestimar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 27 de octubre de 2015 dictada por la AP de Huesca en el rollo nº 105/2015.

2. Imponer las costas a la parte recurrente.

3. Decretar la pérdida del depósito que en su caso se haya constituido para recurrir, al que se dará el destino legal.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

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

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

NÚM. 7

S. TSJA 11/2016 de 8 de marzo de 2016

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO.

OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL:

Admisión: Cabe alegar en los escritos de oposición al recurso de casación las causas de inadmisibilidad que no hayan sido ya rechazadas por el Tribunal (art. 485 Lec.). El procedimiento de modificación de medidas no viene determinado por la cuantía, como el recurrente afirmó, sino por la materia. Pero, en nuestro recurso de casación pierde sentido que la determinación del procedimiento se haya hecho por razón de la cuantía o por razón de la materia. Para fundamentar el recurso de casación en infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso (477.1 Lec.), las sentencias recurribles habrán debido aplicar las mismas, de forma que el tribunal casacional pueda cumplir su función nomofiláctica de comprobar su correcta aplicación y conseguir la unificación en la interpretación de tales normas. Salvo en el caso de alegarse infracción por inaplicación de normas, en el que se señalará la no aplicada, o indebidamente aplicada.

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: RÉGIMEN DE VISITAS: Cambio de residencia de los hijos: El pretendido traslado de los niños a Portugalete, que comportaría un cambio sustancial en su entorno y en la relación con su padre que vive en Zaragoza, sin otra justificación que el voluntario (no forzoso) cambio de residencia de la madre, no tiene en cuenta el interés de los menores y compromete seriamente lo pactado respecto a la custodia compartida de los mismos (en el plazo de cuatro años desde la sentencia de divorcio), por lo que la sentencia recurrida, que concede la modificación del régimen de visitas con el padre solicitado por la madre,

vulnera lo dispuesto en los arts. 76.3.a y 80.2 CDFA que se denuncian como infringidos. Hay voto particular.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 477 y 485 Lec., 76.3.a y 80.2 CDFA

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasierra

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Actora y demandado contrajeron matrimonio en Getxo (Vizcaya) el 12 de julio de 2008. De esta unión nacieron dos hijos, Íñigo, el 9 de noviembre de 2010, y Hugo, el 5 de diciembre de 2012.

El matrimonio quedó disuelto por sentencia de 9 de abril de 2013 del Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Zaragoza (Procedimiento de mutuo acuerdo 107/2013), que aprobó el Pacto de Relaciones Familiares suscrito por los cónyuges el 8 de febrero de 2013.

En lo que afecta a este procedimiento, respecto al domicilio, custodia y régimen de visitas, acordaron lo siguiente:

«ESTIPULACIONES

I.- DOMICILIO CONYUGAL.

Ambos cónyuges se reconocen, mutua y recíprocamente la más completa libertad para fijar sus respectivos domicilios y regirlos con absoluta independencia, sin más obligación que comunicarse el mismo al otro cónyuge de forma fehaciente.

El domicilio conyugal, se encuentra en Zaragoza, calle C. O. G. , número 7, 2º A y el uso del mismo se le atribuye a la esposa y los hijos que conviven con ella por un plazo de cuatro años a contar desde la fecha de la sentencia.

La señora O. abonará todos los gastos del uso de la vivienda, comunidad de propietarios, luz, agua, gas, etc. Ambos cónyuges como propie-

tarios que son de la vivienda, abonarán por mitad, el Impuesto de Bienes Inmuebles, el seguro del hogar, las derramas extraordinarias y el seguro de la caldera.

II.- HIJOS DEL MATRIMONIO

Los hijos menores habidos en el matrimonio quedarán bajo la guardia y custodia de la madre siendo la autoridad familiar compartida por ambos progenitores.

Ambos progenitores acuerdan que en el plazo de cuatro años a contar desde la fecha de la sentencia, la guarda y custodia de los menores será compartida y en su momento se revisará el régimen de estancias y vacaciones que sea mejor para sus hijos.

III.- RÉGIMEN DE VISITAS

Los esposos acuerdan, en beneficio de los hijos, que su padre pueda comunicar con ellos y tenerlos en su compañía sin más límite que no interferir en los horarios escolares y de descanso de los hijos y con carácter mínimo, el régimen de visitas será el siguiente:

Hasta que el hijo menor, Hugo, cuente con 18 meses de edad, el padre podrá tener a su hijo Íñigo los fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio o guardería hasta el domingo que lo recogerá la madre en el domicilio del padre.

Durante este periodo, a su hijo Hugo lo tendrá los fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio de su hermano Íñigo hasta las 20 horas, el sábado desde las 12 horas de la mañana hasta las 20 horas y el domingo desde las 12 horas de la mañana hasta las 20 horas siendo la madre la que lo recogerá en el domicilio del padre.

Entre semana el padre también podrá tener en su compañía a sus hijos la tarde del lunes desde la salida del colegio o guardería hasta las 20.30 horas que lo devolverá en el domicilio de la madre, esta semana será la semana que el padre no haya disfrutado de sus hijos el fin de semana anterior. La semana que el padre haya

disfrutado a sus hijos el fin de semana anterior, la tarde de visitas será el jueves desde la salida del colegio o guardería hasta las 20.30 horas que lo devolverá en el domicilio de la madre.

Cuando el hijo menor, Hugo, cumpla 18 meses de edad, el padre podrá tener en su cumpla a sus hijos desde el viernes a las salida del colegio hasta el lunes por la mañana que lo devolverá en el colegio o guardería.

Asimismo, entre semana podrá tener a sus hijos la tarde de lunes desde la salida del colegio o guardería hasta el día siguiente que los devolverá en el colegio o guardería, esta semana será la semana que el padre no haya disfrutado de sus hijos el fin de semana anterior. La semana que el padre haya disfrutado de sus hijos el fin de semana anterior, el día de visitas será desde el jueves a la salida del colegio o guardería hasta el viernes por la mañana que los devolverá en el colegio o guardería a la que asistan los menores.

Los puentes del calendario escolar se añadirán al fin de semana que corresponda a cada progenitor.

Cualquier cambio en el régimen de visitas establecido de fines de semana deberá comunicarse por cualquiera de los progenitores con 48 horas de antelación.

El cumpleaños de cada uno de los menores debiera ser compartido por cada uno de los progenitores al 50 % con independencia del régimen de visitas establecido.

Los menores compartirán el día de cumpleaños de cada uno de los padres con el progenitor en cuestión, con independencia del régimen de visitas establecido.

En cuanto al día de la madre y del padre compartirán íntegramente ese día con cada uno de los padres en cuestión, con independencia del régimen de visitas establecido».

En fecha 18 de diciembre de 2013 la Sra. O. presentó demanda de modificación de medidas por sus nuevas circunstancias, concretadas fundamentalmente en su

deseo de trasladarse a su localidad de origen en Portugalete (Vizcaya) donde habría encontrado una posibilidad de trabajo (según comunicación al Sr. R. en noviembre de 2013). Solicitaba por ello la modificación del régimen de visitas de modo que el padre pasaría con los hijos los fines de semana alternos, uno de ellos en el lugar de residencia de los menores y otro en el de la residencia del padre, y de la misma forma los dos días entre semana siempre que el padre pudiera trasladarse al lugar de residencia de los menores. Solicitaba también una contribución del padre a los alimentos de los menores de 1.200 euros mensuales y la extinción del uso de la vivienda familiar que tenía atribuido junto con los hijos.

El demandado negaba en su escrito de contestación la posibilidad de modificación de medidas porque la solicitud obedecía únicamente a la voluntad y conveniencia de la actora, habiéndose visto obligado el demandado a solicitar medidas cautelares al Juzgado que, tras comparecencia de las partes y del Ministerio Fiscal, terminaron mediante auto de 5 de diciembre de 2013 (documento 22 de la demanda), que decretó el sobreseimiento del expediente porque, según manifestación de la madre, su domicilio no se modificaría hasta que no hubiera acuerdo o resolución judicial, provisional o definitiva, en primera instancia.

La sentencia de primera instancia considera que el régimen de visitas que se postula en la demanda no puede entenderse como adecuado para las circunstancias concurrentes pues implicaría la práctica imposibilidad de la efectiva ejecución del régimen de visitas propuesto, sobre todo respecto a los días entre semana, al exigir al padre el traslado a dicha localidad distante más de trescientos kilómetros desde su residencia en Zaragoza. En el fundamento segundo cita la sentencia de esta

Sala de 23 de mayo de 2014 (sentencia 18/2014, recurso 3/2014) en la que se expone la doctrina sobre los requisitos para que la modificación de medidas pueda ser adoptada *«cuando concurren causas o circunstancias relevantes»* (artículo 79.5 del CDFA), en términos menos exigentes que los del artículo 91 del Código civil (*«cuando se alteren sustancialmente las circunstancias»*). Recoge los requisitos de la alteración de circunstancias para que pueda concederse la modificación, expuestos en la citada sentencia 18/2014:

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 esporádico.

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.»

Se recogen también en la sentencia del Juzgado otras dictadas por distintas Audiencias Provinciales, entre otras la de Zaragoza de 29 de julio de 2014, que requieren que la modificación de circunstancias sea permanente o duradera y no aleatoria o coyuntural, y *«que no sea imputable a la propia voluntad de quien solicita la modificación, ni preconstituida»*. En el mismo sentido se cita la sentencia de 27 de junio de 2014 de la A.P. de Pontevedra, por su similitud con el caso que se resuelve.

En el fundamento tercero recuerda la sentencia del Juzgado el contenido del artículo 75.2 del CDFA sobre la finalidad de promover, en los casos de ruptura, unas relaciones continuadas de los padres con sus hijos, y el del artículo 76.3 sobre los derechos de los hijos menores a un contacto directo con sus padres de modo regular, y el correlativo de los padres respecto a sus hijos menores, y, finalmente, el artículo 76.2 sobre la adopción de las medidas relativas a los hijos menores en atención al beneficio e interés de los mismos. Se pone de relieve que la modificación solicitada pretende la del régimen de visitas del padre acordada en el pacto de relaciones familiares otorgado el 8 de febrero de 2013, destacando que no se pide de forma expresa que se autorice a la demandante a trasladarse con sus hijos a más de 300 kms. de Zaragoza —*«por más que ello esté presente en toda la resultante fáctica del escrito rector del procedimiento»*—, por lo que tal posibilidad es la cuestión principal del litigio.

Considera la sentencia, en cuanto a la necesidad del traslado de la madre por motivos laborales, que la modificación de medidas no debe ser imputable a la propia voluntad de quien la solicita y que está acreditado que tenía trabajo en Zaragoza, adecuadamente remunerado, y que el traslado afectaría a los menores y a su derecho al contacto directo con los padres, cuestionando gravemente el derecho del padre a la participación responsable en la crianza y educación de sus hijos (artículo 75.2) y a su derecho a la igualdad en las relaciones familiares (artículo 76.3). Respecto a la modificación del régimen de visitas, afirma que el pacto de relaciones familiares fue suscrito en fecha tan cercana que impide considerar el mero paso del tiempo como un factor que en este caso pueda entenderse suficiente para contemplar la modificación que se insta, además de que la necesidad de traslado por motivos laborales —los familiares le parecen evidentes— no apare-

ce acreditada pues no consta una oferta firme de trabajo. Por todo ello desestima la demanda.

SEGUNDO.- La sentencia de apelación parte en su segundo fundamento de la siguiente consideración sobre el hecho del traslado de la actora y sus hijos a Portugalete:

«SEGUNDO.- Del conjunto de la demanda, en la que la cuestión no se plantea expresamente, pero trasluce y en todo caso se puso de manifiesto en los momentos iniciales del juicio, se desprende, en lo que respecta a visitas y comunicaciones, que la lectura de los pedimentos del suplico ha de hacerse a partir de la vuelta de la Sra. O. al que fue su domicilio en Portugalete —el de sus padres— y de la obtención en diciembre de 2012 de un contrato de trabajo en Zamudio como Ingeniera —la Sra. O. lo había hecho hasta entonces en Zaragoza—, tras el cual los dos hijos del matrimonio se desplazaron con ella, de modo que, como se apunta en la resolución recurrida, lo que se somete a decisión es la posibilidad del traslado de la actora a Portugalete, con modificación del régimen de visitas a favor del padre, pero mantenimiento de la guarda y custodia que en el Pacto de Relaciones Familiares suscrito el 8-2-13 se le atribuyó sobre sus dos hijos».

La sentencia rechaza el razonamiento de la actora de que lo pactado en marzo de 2013, sobre la libertad de fijar los respectivos domicilios, le permitiera establecer libremente el suyo en Portugalete, porque en el referido pacto de relaciones familiares las partes dejaron diferida a un plazo de cuatro años la custodia compartida de los hijos, y su estipulación sobre la libertad de fijación del domicilio no iría más allá de fijarlo en Zaragoza o cercanías, no alcanzando al traslado de domicilio a provincia distinta.

Y, frente al alegado artículo 19 de la Constitución sobre la libertad de residencia —dice la sentencia—, debe primar el interés de los menores pues el traslado

«puede comportar un cambio radical en su entorno social y parental, con posibles problemas de adaptación, caso en el que, de afectar el cambio de residencia al interés de los menores, merecedores de una tutela preferente, ello podría conllevar un cambio de la guarda y custodia».

Y continúa diciendo:

«En el caso, actora y demandado contrajeron matrimonio el 12-7-08, tuvieron su primer hijo, Íñigo, el 9-11-2010, se separaron de hecho, cesando la convivencia, en noviembre de 2012, y al mes, el 5-12-2012, nació Hugo, el segundo hijo, firmando el 5-2-13 el Pacto de Relaciones Familiares aprobado por la sentencia de divorcio 8-2-2013. Desde entonces ambos hijos permanecieron bajo la guarda y custodia de la madre, con el régimen de visitas que a favor del padre se señaló en el Pacto de Relaciones Familiares. La vuelta de la Sra. O. a Portugalete se produjo desde luego en ejercicio del derecho a una libertad de residencia que le reconoce el art. 19 de la C.E., sin que conste un uso fraudulento de ese derecho, ni el cambio aparezca como caprichoso, injustificado o perjudicial para los hijos, sino consecuencia y derivación de unas circunstancias razonables, pues razonable es que, habiendo dejado Bilbao y su entorno familiar por razón de matrimonio, la Sra. O., tan prontamente sobrevenida la ruptura, con anterioridad incluso al nacimiento del segundo hijo, quisiese volver a su lugar de origen, en el que cuenta con un arraigo personal y familiar y puede conciliar con ayuda de su entorno propio su vida laboral y sus obligaciones como madre, todo ello sin que el traslado de los niños a Portugalete, dada su edad, haya supuesto tampoco riesgo en la adaptación de su vida en otra ciudad, ni desaparición de la relación con el padre y entorno paterno, que podrá mantenerse a través del régimen de visitas establecido.

En consecuencia, concurrente a juicio del Tribunal una causa seria para el cambio, exento este de todo matiz caprichoso o perjudicial para los hijos, la Sala, en desacuerdo con las razones que en la instancia llevaron a la desestimación de la demanda, considera que el trasla-

do de madre e hijos a Portugalete, razonable, justifica la nueva ordenación de las visitas que la demandante propone para los periodos lectivos, sin modificación del régimen de guarda y custodia estipulado en el Pacto de Relaciones Familiares».

En el fundamento tercero considera la sentencia que el traslado de la madre e hijos a Bilbao, con la consiguiente no utilización de la vivienda, ha de comportar la extinción del uso de la vivienda familiar que en su día se atribuyó a la esposa e hijos por tiempo de cuatro años. Por el contrario, desestima el aumento de las pensiones por no haberse producido un relevante cambio de circunstancias económicas y laborales del demandado.

En consecuencia, la sentencia estima parcialmente el recurso de apelación y modifica el régimen de visitas en el sentido interesado por la actora.

La parte apelada presentó escrito de aclaración por considerar que la sentencia había cometido el error de entender que había sido trasladada la residencia de los menores a Portugalete con su madre, lo que no había sucedido a pesar de que ella estuviera trabajando para una empresa de Zamudio. Aportaba certificados de los centros escolares de los menores en Zaragoza acreditativos de que ambos niños se encontraban matriculados en el curso 2014/2015, ya terminado, y para el curso 2015/2016. Considera que dicho error vicia la sentencia pues, de haberse establecido como premisa que los niños nunca han dejado de residir en Zaragoza, la conclusión hubiera sido necesariamente la de mantener dicha residencia pues ese es el hilo argumental de la resolución.

El auto de la Audiencia de 15 de julio de 2015 contesta la petición de aclaración diciendo en su único fundamento de derecho:

«UNICO.- El error denunciado, que es cierto, no determina el sentido del fallo, en cuanto a la legitimidad del traslado de doña Silvia a Bilbao, como es de ver en el FJ segundo, pero debe ser aclarado en el único sentido de que Íñigo y Hugo, los hijos no se desplazaron con su madre a Portugalete cuando esta lo hizo, sino que permanecen en Zaragoza, con la lógica y adecuada consecuencia de que las derivaciones que por la actora recurrente quisieran extraerse de lo resuelto, como podría ser el traslado de los menores a Portugalete y escolarización de los mismos en esa localidad, debe quedar determinado por lo que resuelva el TSJA al conocer del recurso de casación que en su caso interponga don Ignacio Rico Lamas, y en tal sentido diferido a ese momento. Y en el mismo sentido la extinción del uso de la vivienda familiar, que ya se pidió «desde el momento en que el padre realice un régimen de visitas normalizado con el hijo menor, Hugo».

En base a lo anterior la sentencia aclara la sentencia en el sentido de que:

«A) los dos hijos del matrimonio, Íñigo y Hugo, no se desplazaron con su madre a Bilbao, como se dice en el párrafo segundo del FJ segundo, sino que, pese al trabajo conseguido en diciembre de 2013 por doña Silvia en Zamudio (Vizcaya), han seguido viviendo en Zaragoza ininterrumpidamente bajo su custodia.

B) cualquier efecto consiguiente al traslado de doña Silvia a Portugalete (Vizcaya), como pueda ser el desplazamiento de los menores y escolarización de los mismos en esa localidad, debe quedar determinado por lo que resuelva el TSJA al conocer del recurso de casación que en su caso interponga don Ignacio Rico Lamas, y en tal sentido diferido a ese momento.

C) lo mismo que la extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar en Zaragoza».

La parte apelante, a su vez, solicitó aclaración porque los menores «han residido en Portugalete con la madre, eso sí, salvo en los momentos en que el padre tenía es-

tablecido el régimen de visitas (que incluían días entre semana, y por tanto los menores tenían que desplazarse a Zaragoza entre semana, para que no se incumpliera el régimen de visitas)...». Solicitaba la aclaración «en el sentido de que los menores han estado en Zaragoza para el cumplimiento del régimen de visitas, residiendo el resto del tiempo con la madre en Portugal y que, no estando ninguno de los dos en edad escolar, el pequeño ni siquiera de preescolar, se aclare qué se entiende por escolarización y en qué afecta a dos menores de 4 y 2 años, es decir, que no se encuentran en edad escolar, así como que se aclare que el contenido del fallo de la sentencia en modo alguno queda modificado ni alterado por el auto de aclaración, en tanto no se dicte otra sentencia que lo modifique».

El auto de la Audiencia de 22 de julio de 2015 explica en su fundamento de derecho único que procede acoger la primera petición *«en el único sentido de recoger lo que es manifestación de la solicitante de la aclaración. La segunda no requiere aclaración ninguna, pues quien la solicita percibe sin duda lo que se dice y cuál es el problema, por encima de la vulgarización de la palabra, referida a dos niños de 4 y 2 años. Y en cuanto a la tercera petición, el auto dice lo que dice, y se mantiene, máxime cuando su alcance pierde fuerza si es que, como se dice en el escrito presentado, el centro de las visitas permanece localizado en Zaragoza, y se respeta»*.

Por ello, en la parte dispositiva acuerda haber lugar en parte a la aclaración *«en el único sentido de que, según se manifiesta en el escrito presentado, los menores no han seguido viviendo de forma ininterrumpida en Zaragoza, sino que han residido en Portugal con la madre, salvo en los momentos en que el padre ha tenido establecido el régimen de visitas, en los que son desplazados a esta Ciudad desde Portugal»*.

TERCERO.- La parte apelada interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El primero fue inadmitido mediante auto de 3 de diciembre de 2015, quedando admitido el de casación en sus tres motivos.

En sus respectivos escritos de oposición tanto el Ministerio Fiscal como la parte recurrida alegaron, en primer lugar, la inadmisibilidad del recurso de casación, lo que debe ser resuelto en este momento dado que cabe alegar en los escritos de oposición (artículo 485 LEC) las causas de inadmisibilidad que no hayan sido ya rechazadas por el Tribunal.

Alega la representación de la Sra. O. que la parte recurrente afirmó la recurribilidad de la sentencia por haber sido dictada en asunto cuya cuantía era imposible de calcular ni siquiera de modo relativo (artículo 2.1 de la Ley 4/2005), olvidando —dice— que dicho apartado está regulando los procedimientos determinados por su cuantía, lo que no sucede en el presente caso en que el procedimiento de modificación de medidas no viene determinado por la cuantía sino por la materia, sin que haya de ser fijada la cuantía ni la misma ha de afectar al procedimiento.

Ha de recordarse a este respecto que la regulación del recurso de casación en la Ley aragonesa 4/2005 tuvo como finalidad expresa (párrafo tercero de su Preámbulo) la creación de jurisprudencia por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, lo que era dificultado por el escaso número de asuntos que accedían al recurso de casación, en gran medida por su escasa cuantía.

Razón por la que el tope inferior de la misma fue situado en 3.000 euros, permitiendo el acceso también en aquellos asuntos en los que resulte imposible de calcular ni siquiera de modo relativo. Se trataba en este último caso de evitar la restrictiva interpretación del Tribunal Supremo con-

forme a la cual quedaban excluidos del recurso de casación aquellos asuntos cuya cuantía hubiera quedado indeterminada (los del artículo 253.3 LEC en los que fuera imposible determinar su cuantía, siquiera de forma relativa, para remitirlos a la tramitación del juicio ordinario, pero excluidos del recurso de casación). Permitiendo el legislador aragonés, incluso, el acceso a la casación de los asuntos de cuantía inferior a 3.000 euros cuando el asunto presente interés casacional, que puede invocarse aunque la determinación del procedimiento se hubiese hecho en razón de la cuantía (artículo 2.3 de la Ley 4/2005), y no solo por razón de la materia. Por lo tanto, en nuestro recurso de casación pierde sentido que la determinación del procedimiento se haya hecho por razón de la cuantía o por razón de la materia.

La existencia de interés casacional ya no tendría relevancia si resulta admisible el recurso por ser de cuantía imposible de calcular siquiera de forma relativa. En todo caso, el artículo 3.3 considera que el interés casacional existe si se aplican normas civiles aragonesas con menos de cinco años de vigencia, como es el caso, siempre que no exista doctrina jurisprudencial relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal también alega como causa de inadmisibilidad que no indica la parte recurrente la norma sustantiva infringida, que debería ser el artículo 80.1, párrafo tercero, por tratarse de asunto sobre régimen de visitas y comunicación del padre con los hijos, sino que fundamenta el primer motivo en el artículo 76.3.a) en relación con el artículo 80.2 (custodia compartida), el segundo en el artículo 76.5 en relación con la buena fe (artículo 7 Cc.), y el tercero en el artículo 76.3.b) en relación con el artículo 75.2 (igualdad de relaciones familiares).

Para fundamentar el recurso de casación en infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso (artículo 477.1 LEC), en nuestro caso normas del Derecho civil aragonés (artículo 1 de la Ley aragonesa 4/2005), las sentencias recurribles habrán debido aplicar las mismas, de forma que el tribunal casacional pueda cumplir su función nomofláctica de comprobar su correcta aplicación y conseguir la unificación en la interpretación de tales normas. Salvo en el caso de alegarse infracción por inaplicación de normas, en el que se señalará la no aplicada, o indebidamente aplicada.

En la sentencia recurrida de 30 de junio de 2015 dictada por la Sección Segunda de la Ilma. Audiencia de Zaragoza, el único precepto que se cita es el artículo 19 de la Constitución Española (derecho de los españoles a elegir libremente su residencia), que se reconoce a la apelante pero considerando que no resuelve la petición de la misma porque debe primar el interés de los menores, y centra la cuestión a resolver en *«la procedencia o improcedencia de pasar aquéllos (los menores) a residir en otro lugar, lo que puede comportar un cambio radical en sus entornos social y parental, con posibles problemas de adaptación, caso en el que, de afectar el cambio de residencia al interés de los menores, merecedores de una tutela preferente, ello podría conllevar un cambio de la guarda y custodia»*. Así pues, para la sentencia el problema va más allá del régimen de visitas por la trascendencia del cambio de residencia de los menores que puede modificar el régimen de guarda y custodia, para lo que debe primar su interés.

Al tribunal de apelación corresponde un nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante el de primera instancia para, en su caso, la revocación de la resolución recaída con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas en la demanda (artículo

456 LEC), y la sentencia que dicte deberá pronunciarse sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación (artículo 465.5 LEC).

Los preceptos legales que cita el recurso de apelación interpuesto por la representación de la madre son: Específicamente el artículo 19 CE, globalmente la Sección 3ª del Capítulo II del Título II del CDFA (artículos 75 a 84), los artículos 63, 64 y 65 del CDFA sobre el deber de crianza y autoridad familiar, y los artículos 75.2 y 76.3 por referencia a la cita de los mismos en la sentencia de primera instancia. Se reseña también en el escrito de recurso la sentencia de 7 de marzo de 2007, nº 113/2007, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sobre visitas, en la que se afirma la necesidad de que las medidas tuitivas relativas a los hijos deberán ser resueltas por el juez aun cuando las partes no se las hubieran solicitado, por tratarse de elementos de *ius cogens* derivados de la especial naturaleza del derecho de familia. También se argumentaba en el recurso de apelación, sin cita de preceptos legales, sobre el pacto de relaciones familiares suscrito entre los cónyuges y su posible modificación.

El Ministerio Fiscal echa en falta en el escrito del recurso de casación la cita del artículo 80.1, párrafo tercero, del CDFA, porque la sentencia recurrida resuelve sobre un régimen de visitas y comunicación del padre con los hijos. Se puede constatar que dicho precepto no es citado ni en las sentencias de primera instancia y de apelación, ni en los escritos de demanda y contestación, ni en los de interposición del recurso de apelación ni en el de oposición al anterior. Sin duda, su cita en el recurso de casación podría ser pertinente, pero exigiría construir el recurso sobre la interpretación que debiera hacerse de un precepto que a lo largo de todo el pro-

ceso no ha sido específicamente citado por nadie.

Los motivos del recurso de casación se fundan en normas citadas específicamente por la sentencia de primera instancia, con base en las cuales fue desestimada la modificación del régimen de visitas y comunicación acordado en el pacto de relaciones familiares, sin que en la sentencia de apelación la aplicación de tales normas haya sido cuestionada. Por otra parte, el recurrente en casación impugna lo resuelto por la Audiencia no solo en cuanto al concreto régimen de visitas sino al más amplio del régimen de comunicación de los padres con los hijos, estableciendo una concreta relación del mismo con el régimen de custodia compartida preferente según el artículo 80.2 CDFA (motivo primero), en cuanto pudiera resultar afectado al así previsto en la estipulación II del pacto de relaciones familiares a partir de del 9 de abril de 2017 (cuatro años desde la fecha de la sentencia que lo aprobó).

En definitiva, será al resolver los motivos del recurso de casación cuando pueda comprobarse si los preceptos señalados en los mismos permiten, en su caso, su estimación, pero en el trámite de resolver sobre su admisibilidad deben ser aceptados como pertinentes para fundar el recurso de casación interpuesto.

QUINTO.- El primer motivo del recurso de casación denuncia infracción del artículo 76.3.a), en relación con el artículo 80.2 del CDFA (*favor filii*).

El presupuesto del motivo es que la sentencia recurrida parte del error de que los niños llevan (en julio de 2015) casi dos años en Portugaleta y de que tal situación no les ha perjudicado, pero —afirma el recurrente— la premisa es errónea pues los niños no han dejado de vivir en Zaragoza desde que nacieron.

Esta circunstancia fáctica —si los niños se trasladaron, o no, con su madre a Portugalete—, era también el presupuesto del motivo de infracción procesal en el que se invocaba vulneración del artículo 28.1 y 218.2 LEC, por falta de suficiente motivación de la sentencia y por no estar ajustada a las reglas de la lógica y de la razón. El motivo así formulado fue inadmitido en el auto de esta Sala de 3 de diciembre de 2015 porque no explicaba el recurrente la falta de exhaustividad y congruencia (artículo 218.1 LEC), y falta de motivación (artículo 218.2) de la sentencia, pues no habría incongruencia (discordancia entre lo pedido y lo resuelto) aunque pudiera resultar incoherente, ni falta de motivación pues el auto de la Audiencia de 15 de julio de 2015 aclaró la cuestión del (no) traslado, pero motivó que la consecuencia sobre el traslado de los menores y su escolarización en Portugalete debía quedar determinado por lo que resolviera el TSJA al conocer del recurso de casación.

El auto, en definitiva, admitió el error dejando sentado que los niños habían seguido viviendo en Zaragoza ininterrumpidamente, si bien con la precisión de que ello no determinaba el sentido del fallo en cuanto a la legitimidad del traslado de D^a Silvia, pero que lo relativo al traslado de los niños sería determinado por el TSJA. Es decir, se admitía la legitimidad del traslado personal de la madre pero sin arrastrar por ello el de los hijos.

Debe examinarse la consecuencia de dicho error, a cuyo efecto recordamos que, como hemos dicho, el fundamento segundo de la sentencia recurrida admite el traslado de la madre pues «siendo cierto que ese Pacto otorga prioridad a lo acordado en la regulación de las relaciones familiares y que ambas partes establecieron en los referidos términos que ninguna limitación tenía ninguno de ellos a la hora de fijación del domicilio tras la ruptura, si se tiene en cuenta que ambas partes

dejaron diferida a un plazo de cuatro años la custodia compartida que dejaban comprometida, no parece que la estipulación fuese más allá de domicilios en Zaragoza o cercanías, no alcanzando el traslado de domicilio a provincia distinta».

Y continúa diciendo: «*La solución tampoco la da el artículo 19 de la Constitución... pues lo que debe primar es el interés de los menores. El problema es la procedencia o improcedencia de pasar aquellos a residir en otro lugar, lo que puede comportar un cambio radical en su entorno social y parental, con posibles problemas de adaptación, caso en el que, de afectar el cambio de residencia al interés de los menores, merecedores de una tutela preferente, ello podría conllevar un cambio de la guarda y custodia».*

Y, como también ha quedado transcrito, tras afirmar que la vuelta de la Sra. O. a Portugalete se produjo en ejercicio del derecho a la libertad de residencia, sin que conste un uso fraudulento de ese derecho, ni el cambio caprichoso, injustificado o perjudicial para los hijos, la sentencia continúa diciendo: «*...todo ello sin que el traslado de los niños a Portugalete, dada su edad, haya supuesto tampoco riesgo en la adaptación de su vida en otra ciudad, ni desaparición de la relación con el padre y entorno paterno, que podrá mantenerse a través del régimen de visitas establecido».*

Sin duda, a esa conclusión se llega con la premisa de que los niños habían sido trasladados a Portugalete, sin haber supuesto por ello riesgo en la adaptación. Ya en el párrafo primero del fundamento segundo se había afirmado que se desprende, en lo que respecta a visitas y comunicaciones, «*que la lectura de los pedimentos del suplico ha de hacerse a partir de la vuelta de la Sra. O. al que fue su domicilio en Portugalete..., tras el cual los dos hijos del matrimonio se desplazaron con ella, de modo que lo que se somete a decisión es la posibilidad del traslado de la actora a Portugalete, con modificación del régimen de visitas...*».

Después, tras afirmar que ni el pacto de relaciones familiares con su previsión de custodia compartida a cuatro años, *«que dejaban comprometida»*, ni el artículo 19 CE autorizaba al traslado de los niños por el cambio radical en sus entornos, lo que *«podría conllevar un cambio de la guarda y custodia»*, se concluye que el traslado de la madre e hijos justifica la nueva ordenación de las visitas. Tal conclusión ya resultaría incoherente a la vista de las cautelas anteriores (pacto de relaciones familiares sobre custodia compartida y artículo 19 CE), salvo que se basara en la expresada afirmación de haberse producido ya el traslado sin haber afectado a la adaptación de los niños. Pero, tras el auto de aclaración, la incoherencia resulta patente pues la expresada razón de la adaptación de los niños a las nuevas circunstancias, al ser incierta y de tal relevancia, no permite la posibilidad de justificar las nuevas medidas.

Si en la sentencia se amparaba la modificación de medidas en el cambio de residencia de los menores y su adaptación al mismo, no se puede llegar a la misma conclusión tras dejar sentado que no se ha producido el cambio de residencia, pues falta el presupuesto legal (artículo 79.5 CDFA) de la previa alteración de circunstancias para así permitir la modificación de medidas, que es precisamente lo que llevó a la desestimación de la demanda en la primera instancia con expreso fundamento en el contenido de la sentencia de esta Sala de 23 de mayo de 2014 (recurso de casación 3/2014) respecto al artículo 79.5 del CDFA en correspondencia con el artículo 91 Cc.

Aun producido el cambio de residencia de la madre por sus propias circunstancias familiares y laborales, voluntariamente buscadas aunque no fraudulentamente, la sentencia recurrida ya exponía las cautelas a tener en cuenta: el pacto sobre custodia compartida que quedaba comprometido, y

el interés de los menores en la posible nueva residencia con los problemas de adaptación y el posible cambio de guarda y custodia. Solo la errónea afirmación de que se había producido el cambio sin problemas de adaptación llevaba a autorizar la modificación de medidas.

SEXTO.- A la vista de lo anterior adquiere relevancia la denunciada infracción del artículo 76.3.a) en relación con el artículo 80.2 del CDFA, que el recurso justifica dándole mayor alcance que lo relativo simplemente al régimen de visitas, pues lo basa en el derecho de los hijos menores a un contacto directo con sus padres de modo regular y a que ambos participen en la toma de decisiones que afecten a sus intereses, con la perspectiva también de lo dispuesto en el artículo 80.2 sobre el régimen de custodia compartida. Como hemos visto, la conexión con este último precepto la viene a establecer la sentencia recurrida al no amparar en el pacto de relaciones familiares la libertad del cambio de domicilio de la madre, por tener en cuenta el acuerdo sobre la custodia compartida a partir del 9 de abril de 2017, *«que dejaban comprometida»*, y al cambio radical que podía suponer en los menores, lo que podría conllevar *«un cambio en la guarda y custodia»*.

Efectivamente, se presentaba la modificación del régimen de visitas como mínima, pero llevaba consigo la práctica imposibilidad de cumplimiento para el padre, según afirmaba la sentencia de primera instancia, no solo por tener que pasar uno de los fines de semana alternos en la residencia de la madre y el otro tener que ir a recogerlos allí, sino por el traslado para las visitas entre semana. Además, se comprometía seriamente (si no definitivamente) el pacto sobre la custodia compartida, lo que se percibe sin necesidad de mayores razonamientos pues, fijada en su caso la residencia de los menores en Portu-

galete bajo la custodia de la madre, fácilmente sería denegada la exigencia de lo pactado sobre custodia compartida si ello implicaba el nuevo traslado de los menores.

El traslado, aun admitido solo respecto a la madre por la libertad en la elección de su domicilio y en su derecho a volver a su localidad de origen, ya implicaba una seria modificación de las comunicaciones con el padre, como se ha dicho. Además, era adoptado de forma unilateral por quien luego solicitaba la modificación de las medidas y vulnerando lo dispuesto en el artículo 76.3.a) del CDFA, que exige, como derecho de los hijos, que ambos progenitores participen en la toma de decisiones que afecten a sus intereses.

A este respecto se cita en este primer motivo del recurso la sentencia de esta Sala de 28 de mayo de 2015 (recurso 3/2015) en la que, con referencia al interés del menor a considerar en los casos de traslado de residencia, se dice: *«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 otras 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”.

Esta doctrina del Tribunal Supremo, que es la que recoge en parte la sentencia recurrida al establecer las cautelas antes

reseñadas, plantea las posibilidades de actuación de uno solo de los progenitores en la toma de decisiones fundamentales para los menores, como *«el traslado o desplazamiento en cuanto le aparta de su entorno habitual e incumple el derecho de relacionarse con el padre o madre no custodio»*.

El interés del menor (*favor filii*) es invocado por el recurrente vinculado al artículo 76.3.a) del CDFA por considerar vulnerado el derecho de los menores a un contacto directo y regular con su padre, en tanto en cuanto la decisión de la madre no tenía en cuenta dicho interés, dado el radical cambio de entorno que comportaba. Y también porque, habiendo pactado la custodia compartida a partir del 9 de abril de 2017, ésta resultaría imposible y sería por ello vulnerado el interés de los menores, que es el que preside la preferencia legal de dicho régimen (artículo 80.2 CDFA).

Es evidente que el interés del menor no queda ignorado, sino al contrario, cuando una resolución judicial adopta el régimen de custodia individual precisamente por resultar más beneficioso para él. Pero en el presente caso los padres previeron en su pacto la custodia compartida, y este pacto quedaba comprometido, como decía la sentencia recurrida, por el traslado de los niños a Portugalete. Ya ha dicho esta Sala en varias ocasiones que debe observarse especialmente el respeto a lo pactado por los padres en esta materia, que solo cabe ser modificado por cambio cualitativo en las circunstancias pactadas. Así, la sentencia n° 37/2014, de 19 de noviembre, recurso 14/2014: *«Dicho de otro modo, en el proceso de modificación de medidas hemos de partir de las fijadas en la sentencia de divorcio, que fue acatada por ambas partes, y solo procederá la revisión cuando de los nuevos hechos acreditados resulte un cambio cualitativo de las circunstancias concurrentes que determine la modificación del sistema de guarda y custodia, en interés del menor, y la sentencia de ins-*

tancia no haya dado cumplimiento a lo dispuesto en la norma cuya infracción se denuncie».

En definitiva, el pretendido traslado de los niños a Portugalete, que comportaría un cambio sustancial en su entorno y en la relación con su padre, sin otra justificación que el voluntario (no forzoso) cambio de residencia de la madre, no tiene en cuenta el interés de los menores y compromete seriamente lo pactado respecto a la custodia compartida de los mismos, por lo que la sentencia recurrida vulnera lo dispuesto en los preceptos citados.

En consecuencia, procede la estimación de este motivo del recurso, lo que conlleva la casación de la sentencia recurrida y su anulación, confirmando íntegramente la recaída en primera instancia.

SEPTIMO.- Estimado el primer motivo, no resulta necesario el estudio de los otros dos, en cuanto se dirigen a apoyar el anterior.

OCTAVO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por la estimación del recurso, no procede la imposición de las costas del mismo.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

PRIMERO.- Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Ignacio R. L.

SEGUNDO.- Casar y anular, dejándola sin efecto, la sentencia de fecha 30 de junio de 2015, y su auto aclaratorio de 15 de julio de 2015, y el auto aclaratorio de 22 de julio de 2015, dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, en el rollo de apelación núm. 28/2015.

TERCERO.- Confirmar la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, en fecha 1 de octubre de 2014, en el autos de Modificación de Medidas núm. 942/2013.

CUARTO.- No hacer imposición de costas causadas en el presente recurso.

Con devolución del depósito constituido.

Devuélvanse las actuaciones a la referida Audiencia Provincial juntamente con testimonio de esta resolución, debiendo acusar recibo.

Contra esta sentencia no cabe recurso alguno.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, anunciando Voto Particular la Magistrada Ilma. Sra. D.^a Carmen Samanes Ara.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA

LA MAGISTRADA

ILMA. SRA. D.^a CARMEN SAMANES ARA

Con absoluto respeto a la decisión de la mayoría, lamento tener que formular voto particular al amparo de lo prevenido en el artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que baso en las razones que expongo a continuación.

Acepto el encabezamiento y los antecedentes de hecho de la sentencia de la mayoría.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Acepto los fundamentos de derecho primero a cuarto de la sentencia de la mayoría.

SEGUNDO.- Previamente al examen de los motivos de casación, he de recordar que, conforme a una consolidada doctrina jurisdiccional, recogida en la sentencia del

Tribunal Supremo nº 417/2015, de 29 de junio, la función de la casación no es la de una tercera instancia, sino la de control de la aplicación del derecho a la cuestión de hecho efectuada por la Audiencia Provincial. No se trata, en esta sede, de resolver el conflicto inter partes, ni de proporcionar una solución más adecuada o más razonable que la adoptada por la Audiencia sino únicamente de determinar si la resolución recurrida vulnera o no el precepto o los preceptos que la parte afirma haberse infringido, ya sea por aplicación indebida, inaplicación, o errónea interpretación. Sobre esa base, debe darse respuesta al recurso con estricta sujeción a lo planteado por la parte recurrente, a fin de no causar indefensión a la recurrida.

Debe igualmente recordarse que, en relación con el principio del *favor filii*, el Tribunal Supremo en sentencias como la de 28 de septiembre de 2009 y otras posteriores ha señalado que, establecido que el interés del menor es el criterio legal de decisión:

«el problema procesal se plantea en torno al órgano que debe apreciar dicho interés, porque como señala la doctrina más autorizada, en esta cuestión, la discusión sobre si se ha aplicado o no la norma fundando la decisión en el interés del menor tiene aspectos casacionales, mientras que la delimitación de la realidad que determina en cada caso concreto cuál es el interés del menor, no los tendrá. Este Tribunal ha considerado que por tratarse de una facultad discrecional del juzgador, en el segundo aspecto no cabe impugnación casacional, a menos que en las actuaciones figuren “esas graves circunstancias que aconsejen otra cosa”».

TERCERO.- En el primer motivo del presente recurso se denuncia infracción del artículo 76.3 en relación con el 80.2 del CDFA. El artículo 76.3 consagra el derecho de los hijos menores a un contacto directo con sus padres de modo regular y a que ambos participen en la toma de decisiones que afecten a sus

intereses como consecuencia del ejercicio de la autoridad familiar. Al margen de las consideraciones que se hacen en el recurso sobre las motivaciones de la madre para trasladarse a Portugalete, arguye la parte que la modificación del domicilio de los hijos les privaría de ese derecho, ya que la distancia entre los de ambos progenitores es de más de 300 kilómetros, por lo que señala que *resultaría ilusorio pretender que quepa dicho contacto.*

El régimen de visitas acordado no comporta vulneración del precepto en cuestión. La norma hace referencia a *un contacto regular*, y eso es lo que se establece en la sentencia puesto que fija un régimen de visitas en fines de semana alternos que, por lo demás, es lo habitual en los supuestos de custodia individual. La materialización del régimen previsto comportará una mayor incomodidad y gasto para el padre, pero eso no equivale a lesión del derecho de los menores.

CUARTO.- En el mismo motivo de casación se denuncia también —con no muy depurada técnica— vulneración del artículo 80.2. Señala la parte: *...la custodia compartida queda seriamente dificultada con el pretendido traslado del domicilio de los menores (...). La señora O., que no necesita ni el cambio de trabajo ni el de domicilio, ha buscado deliberadamente imposibilitar ese régimen preferente de custodia compartida que previeron en el PRF con una actuación unilateral, innecesaria y deliberada que impida cumplir lo pactado, que, no se olvide, es el régimen preferente en Aragón.*

La parte no tiene razón. Ante todo, el precepto no se infringe en la sentencia recurrida porque no se ha aplicado y no resulta de aplicación, ya que no es objeto del pleito el establecimiento de un régimen de custodia sino la modificación de un régimen de visitas. Pero, además, la recurrente parte de una base de hechos que no se ajusta a la fijada en la sentencia, que precisó que la decisión de la madre no era ni

caprichosa ni injustificada. Esta apreciación determina a su vez la improsperabilidad del motivo segundo en el que se denuncia infracción del artículo 76.5 del CDFA por vulneración del principio de lealtad en beneficio del menor en relación con el de buena fe, aduciendo la parte que la madre pretendió, desde la firma del pacto, bien no respetar lo que acordaba, bien tomando esa determinación en pocos meses tratando de llevarse a sus hijos tan pronto como encontró un trabajo en Vizcaya.

Lo que antecede sería suficiente, creo, para desestimar los dos primeros motivos del recurso. No obstante, añadiré que no comparto las consideraciones que se hacen en la sentencia de la mayoría a propósito de la alegación de la parte sobre el error padecido en la resolución impugnada al partir de la premisa de que los niños habían sido ya trasladados a Portugalete. De entrada, entiendo que la denuncia de ese error (después rectificado) no tiene encaje en un motivo de casación. En segundo lugar, el error no tiene —a mi parecer— la trascendencia que se le da en la sentencia de la que disiento. Lo que se dice al respecto en la impugnada, es (fundamento segundo):

«... todo ello sin que el traslado de los niños a Portugalete, dada su edad, haya supuesto tampoco riesgo en la adaptación de su vida en otra ciudad, ni desaparición de la relación con el padre y entorno paterno, que podrá mantenerse a través del régimen de visitas establecido.

En consecuencia, concurrente a juicio del Tribunal una causa seria para el cambio, exento este de todo matiz caprichoso o perjudicial para los hijos, la Sala, en desacuerdo con las razones que en la instancia llevaron a la desestimación de la demanda, considera que el traslado de madre e hijos a Portugalete, razonable, justifica la nueva ordenación de las visitas que la demandante propone para los períodos lectivos, sin modificación del régimen de guarda y

custodia estipulado en el Pacto de Relaciones Familiares».

Así pues, parece que la razón de que la sentencia estime que el traslado no comporta un riesgo para los niños es la corta edad de éstos, más bien que la constatación (pese a que se utiliza la expresión «haya supuesto») de que los niños se hayan adaptado a Portugalete. Frente a lo que entiende la mayoría, creo que la sentencia de la Audiencia no ampara la modificación acordada en el cambio de residencia de los menores y su buena adaptación al mismo, sino, primero y principalmente, en el traslado (que acepta por entenderlo justifico) de la madre custodia, dado que previamente señala que *«... es razonable que, habiendo dejado Bilbao y su entorno familiar por razón de matrimonio, la Sra. O., tan prontamente sobrevenida la ruptura, con anterioridad incluso al nacimiento del segundo hijo, quisiese volver a su lugar de origen, en el que cuenta con un arraigo personal y familiar y puede conciliar con ayuda de su entorno propio su vida laboral y sus obligaciones como madre...»*. Y segundo, en la consideración de que ese traslado no es perjudicial para los niños, ya que a) dada su corta edad, no han de tener (o no tienen por qué tener) problemas de adaptación y b) no va a desaparecer la relación con la relación con el padre y entorno paterno, que podrá mantenerse con el régimen de visitas.

En la sentencia de la mayoría, en relación con el primero de los dos autos de aclaración que se dictaron tras la sentencia de apelación se dice que *«se admitía la legitimidad del traslado personal de la madre pero sin arrastrar por ello el de los hijos»*. Pero, pese a la no muy afortunada redacción de dicho auto, entiendo que no es así; la legitimidad del traslado de la madre sólo se ha planteado -otra cosa no tendría sentido, dada la libertad de elección de domicilio- en la medida en que ese traslado comporta el de los hijos cuya custodia ostenta. Además, el

auto de aclaración no modificó el fallo de la sentencia, donde el régimen de visitas se articulaba en función de la residencia de los hijos en el domicilio materno. Cuestión diferente es que, anunciada por el padre su decisión de recurrir la sentencia de apelación, la decisión final quedaba en manos de la Sala de casación.

Sucede, por otra parte, que si se admite que, en efecto, los niños no han sido aún desplazados a Vizcaya, no cabe hablar de actuación desleal de la madre. Pese a que D^a Silvia no pidió directamente en la demanda que se le autorizase a trasladarlos, lo hizo indirectamente a través de la solicitud de modificación del régimen de visitas, como viene a ponerse de manifiesto en ambas sentencias de instancia. La madre (frente a lo que ocurría en el caso resuelto por la sentencia de 28 de mayo de 2015 a la que haré referencia después) no ha actuado unilateralmente en la toma de decisiones fundamentales para los menores.

QUINTO.- En el tercero de los motivos se denuncia vulneración del artículo 76.3.b del CDFA en relación con el 75.2, por vulneración del derecho del padre a la igualdad en las relaciones familiares. Para la parte, quiebra cualquier criterio de igualdad entre los esposos si uno de ellos, en contra del previo acuerdo de ambos, decide unilateralmente llevarse consigo a los hijos comunes a más de 300 km de distancia. Pero es que no ha sido así. Como he señalado antes, la madre no ha decidido unilateralmente tal cosa, sino que ha venido a someter el cambio de domicilio de los niños —que sigue al suyo al ser la progenitora custodia— a la decisión jurisdiccional, a través de la petición de modificación del régimen de visitas. Lo que se expresó en la sentencia de esta Sala de 26 de julio de 2014 que el mismo recurrente cita en su escrito, es que lo que imponen los preceptos referidos es que *cualquier dife-*

rencia de trato se halle justificada en razón de las circunstancias concurrentes.

Podría cuestionarse si es o no contrario al principio de igualdad el establecimiento de un régimen de visitas que pone a cargo del padre todos los gastos derivados del mismo, y además la necesidad de que pase uno de los fines de semana alternos en el lugar de residencia de la madre, pero esta cuestión no ha sido planteada por la recurrente ni pide subsidiariamente la modificación de este extremo, por lo que no cabe hacer pronunciamiento al respecto.

SEXTO.- El recurrente alude a la sentencia de esta misma Sala de 28 de mayo de 2015, también citada en la que es ahora objeto de mi discrepancia. Pero no estamos ante una situación como la que allí se resolvió. En aquel caso la Audiencia estableció una custodia individual a favor de la madre revocando lo resuelto por el Juez de primera instancia que, después de justificar que ello era lo más conveniente para el menor, había acordado la custodia individual a favor del padre (a salvo que la madre decidiera continuar el de custodia compartida vigente hasta entonces). Y se razonó en la sentencia de casación que procedía la anulación de la impugnada porque en ella la invocación al interés del menor no constituía en realidad la razón o fundamento de la decisión adoptada en el caso, sino más bien un pretexto para autorizar una situación de hecho preexistente. Pero, por cuanto he razonado, no es eso lo que ha sucedido en el caso que me ocupa.

Por lo expuesto, y de acuerdo con lo solicitado por el Ministerio Fiscal, entiendo que el recurso debió ser desestimado.

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 30 de junio de 2015, en el rollo nº 28/15, 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.

NÚM. 8

A. TSJA de 11 de abril de 2016

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO.

OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL:

Falta de identificación de la modalidad de recurso interpuesto: El art. 477.2 Lec. contempla tres modalidades diferentes que justifican el recurso de casación contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en segunda instancia: cuando se dictaron para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, por razón de la cuantía y por existir interés casacional. El recurrente parece limitar el recurso a los supuestos de existencia de interés casacional (art. 2.2 Ley 4/2005). Que un recurso presente interés casacional puede deberse a motivos diferentes, contemplados en el art. 3 Ley 4/2005, que la parte recurrente debe indicar claramente en el encabezamiento o formulación del motivo, no siendo suficiente la simple mención del

citado artículo o de alguno de sus apartados. Limitarse a citar en los motivos algunas sentencias, sin fijar la jurisprudencia que contienen, y sin razonar el cómo, cuándo y en qué sentido ha sido vulnerada la doctrina de cada una de ellas por la sentencia recurrida, no puede entenderse que cumpla esta finalidad. Estos defectos no son una mera infracción formal, de carácter subsanable, sino que afectan a la esencia del propio recurso.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 477.2 Lec., 2 y 3 Ley 4/2005 de la casación foral aragonesa

PONENTE: Excmo. Sr. D. Manuel Bellido Aspas

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el trámite de admisión del recurso de casación la Sala debe examinar en primer lugar su competencia, pronunciándose seguidamente, si se considera competente, sobre la admisibilidad del mismo, según dispone el artículo 484 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por lo que se refiere al primer extremo, no ofrece duda la competencia de este órgano jurisdiccional, pues a tenor del artículo 478, núm. 1º, párrafo 2º, de la mencionada Ley procesal, corresponde «a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia conocer de los recursos de casación que procedan contra las resoluciones de los Tribunales Civiles con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde, exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas de Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad», y examinado el escrito de interposición vemos que en él se denuncia infracción de los artículos 80 y 76.3.b) del Código de Derecho Foral de Aragón.

SEGUNDO.- Tal como se indicó en la providencia de fecha 25 de febrero de 2016, en el recurso interpuesto no se identifica la modalidad del recurso de casación que se interpone, al limitarse el recurrente a mencionar en la primera de sus alegaciones, sin más razonamientos, el art. 477.2 LEC y los arts. 2.2, 3.1 y 3.3 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, de la casación foral aragonesa.

El primero de ellos, el art. 477.2 LEC contempla los tres supuestos diferentes que justifican el recurso de casación contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en segunda instancia: cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, por razón de la cuantía y por existir interés casacional.

Aunque el recurrente no indica expresamente la concreta modalidad en que fundamenta el recurso, la posterior mención a los artículos de la Ley 4/2005, de casación aragonesa, parece limitar el recurso interpuesto a los supuestos de existencia de interés casacional, a los que se refiere el precepto citado por el recurrente (art. 2.2 Ley 4/2005).

No obstante, que un recurso presente interés casacional puede deberse a motivos diferentes, contemplados en el art. 3 de la Ley 4/2005. Por razones de congruencia y contradicción procesal la parte recurrente debe indicar claramente en el encabezamiento o formulación del motivo en cuál de ellos se funda la admisibilidad del recurso interpuesto, ya que la simple mención a los apartados 1 y 3 del referido precepto no resulta suficiente, puesto que en ellos se contemplan supuestos en los que la sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Superior de Justicia de Aragón o del Tribunal Supremo, o no existe dicha doctrina (art. 3.1 Ley 4/2005); o en los que la sentencia recurrida aplica normas de Derecho civil aragonés que no llevan cinco años en vigor

y no existe doctrina jurisprudencial (art. 3.3 de la mencionada Ley 4/2005).

Por otra parte, en los concretos motivos de casación segundo (alegación cuarta) y tercero (alegación quinta), únicos en los que parece hacerse alguna referencia a criterios jurisprudenciales de esta Sala, el recurrente se limita a citar cuatro sentencias en el primero de ellos, y una en el segundo, sin fijar la doctrina jurisprudencial que contienen, y sin razonar el cómo, cuándo y en qué sentido ha sido vulnerada la doctrina de cada una de ellas por la sentencia recurrida.

Limitarse a indicar en esos motivos que esta Sala ha establecido el carácter general o preferente de la custodia compartida, y el excepcional de la individual cuando resulte más conveniente para el interés del menor, con la simple mención de las sentencias, no puede entenderse que cumpla dicha finalidad, puesto que esa referencia no es más que la propia dicción del precepto que se entiende infringido (art. 80 CDFA) que, como es lógico, ha sido reproducida en numerosas sentencias de esta Sala.

Estos defectos no constituyen una mera infracción formal, de carácter subsanable, porque afectan a la esencia del propio recurso, en cuanto obligan al Tribunal a suplir la actividad argumentativa de la parte recurrente para determinar qué concreta modalidad del recurso de casación interpone o, suponiendo que se interpone por vulnerar la sentencia recurrida la doctrina jurisprudencial de esta Sala, determinar cuál es ésta y en qué modo ha sido vulnerada. Con ello este órgano incumpliría el principio de congruencia y colocaría a la contraparte en situación de evidente indefensión.

Por otra parte, y como ya se señaló en la providencia, los arts. 80 y 76.3.b) del Código de Derecho Foral de Aragón que

se entienden vulnerados por la sentencia recurrida, de fecha 22 de diciembre de 2015, ya llevan más de cinco años en vigor, puesto que venían recogidos, con idéntica redacción, en la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres (BOE 22 de junio de 2010), que entró en vigor el 22 de septiembre de 2010 y posteriormente se integró en el CDFA. Por tanto, en ningún caso se podría alegar para fundamentar la existencia de interés casacional el supuesto previsto en el art. 3.3 Ley 4/2005.

Al respecto cabe indicar que la inicial flexibilidad con la que esta Sala ha venido valorando la identificación por el recurrente de los motivos en los que basa la existencia del interés casacional, a efectos de admisión del recurso, al amparo del art. 3.3 de la Ley 4/2005, sobre la casación foral aragonesa, en los casos en que se aplican normas del Derecho civil aragonés que llevan menos de cinco años en vigor, debe ir reconduciéndose una vez que dichas normas han superado el límite temporal de vigencia establecido por el legislador y se ha asentado ya una doctrina jurisprudencial sobre las mismas.

Por todo lo expuesto, no indicando el recurrente la concreta modalidad de recurso que interpone, ni habiendo expresado y justificado la doctrina de la Sala supuestamente infringida, tampoco queda justificado el interés casacional, como exige el artículo 481.1 LEC, por lo que debe ser inadmitido el recurso de casación a tenor de lo supuesto en el artículo 483.2. 1º y 2º del mismo texto procesal.

TERCERO.- A mayor abundamiento, entrando a conocer sobre la justificación de los concretos motivos de casación alegados, en el primero (alegación tercera), se afirma la aplicación indebida del art. 80 CDFA en relación con los arts. 217 y 218 LEC, referidos estos últimos a la carga de

la prueba y congruencia y motivación de las sentencias, respectivamente.

Como ya se señaló en la providencia, el motivo no puede ser admitido, al incurrir en la cita de preceptos heterogéneos que generan ambigüedad o indefinición sobre la infracción alegada (artículo 481.1 LEC), puesto que se alegan normas de derecho sustantivo junto a normas procesales. De hecho el motivo parece destinado, más bien, a fundamentar un recurso por infracción procesal.

Si lo que el recurrente pretende es fundamentar su impugnación en cuestiones de carácter procesal como las reglas de distribución de la carga de la prueba, o la motivación o congruencia de la sentencia, debería haberla formalizado mediante la articulación del correspondiente motivo de infracción procesal.

CUARTO.- Como segundo y tercer motivo (alegaciones cuarta y quinta), se entiende infringido el art. 80 CDFA, aduciendo la inaplicación del carácter preferente de la custodia compartida y la aplicación indebida del carácter excepcional de la custodia individual a favor de la madre (art. 80 CDFA).

Los dos motivos de casación alegados por el recurrente se limitan a denunciar la valoración errónea de la prueba realizada por la Audiencia Provincial en su resolución, sin que se haya articulado motivo de infracción procesal por valoración arbitraria o irracional.

Bajo la apariencia de centrar dichos motivos en la infracción del art. 80 CDFA, el recurrente vuelve a plantear la controversia ante este Tribunal, como si fuese una tercera instancia, valorando nuevamente los hechos y las pruebas practicadas a través de su propio prisma. Así, en el tercero de los motivos realiza una valoración de la prueba respecto de cada uno de los factores a los que debe atender el Juez

para decidir sobre la custodia, recogidos en el art. 80.2 CDFA. Y en el cuarto motivo, el recurrente se centra en valorar el informe del gabinete psicosocial, que ha sido objeto de amplio estudio en la sentencia recurrida.

Como afirma el TS en Auto de 6-11-2012, recurso 1880/2011, *«Conviene recordar en este punto que tales exigencias derivan de la propia naturaleza de este recurso y de su carácter especialmente restrictivo y exigente (SSTC 7/89 y 29/93), como esta Sala ha declarado con reiteración en la aplicación del art. 1707 de la LEC de 1881, por ello se encuentra implícita en el artículo 481.1 de la LEC 1/2000, de manera que este precepto impide la admisión, además de aquellos recursos carentes de fundamentación, también de aquellos en los que la parte, con cumplimiento aparente de los requisitos formales —denuncia de infracción sustantiva y exposición más o menos extensa de alegaciones— sólo pretende someter al Tribunal sus propias conclusiones sobre la controversia, pero no una verdadera infracción sustantiva»*.

Ni el recurrente, ni el Ministerio Fiscal, favorable a la admisión del recurso por estos dos motivos, desvirtúan en sus alegaciones lo expuesto, a juicio de este Tribunal. El primero se limita a indicar que no ataca la valoración de la prueba, sino las consecuencias jurídicas que se extraen de los hechos obrantes en los autos. El segundo, tras aducir una serie de consideraciones por las que entiende se debe incentivar la recurribilidad de las sentencias sobre custodia compartida, considera que el informe emitido por la psicóloga del juzgado y la opinión de los hijos menores constatan la custodia compartida. Estos dos factores han sido objeto de estudio y valoración tanto por la sentencia de primera instancia como por la dictada en apelación, por lo que el recurso pretende convertir a esta Sala en una tercera instancia que valore nuevamente la prueba.

Por lo expuesto, procede inadmitir también el recurso por esta segunda causa, al amparo del art. 483.2.2ª, en relación con el artículo 477.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

QUINTO.- El cuarto motivo (alegación quinta) debe ser inadmitido por las razones ya expuestas en la providencia, al citarse como infringido el art. 76.3.b) CDFA, siendo este un precepto genérico, a modo de principio informador, que se limita a establecer la igualdad de los padres respecto de los hijos menores de edad en sus relaciones familiares.

El Acuerdo no jurisdiccional de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 30 de diciembre de 2011, determina la inadmisibilidad cuando en el recurso se denuncie «*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 (artículo 481.1 LEC)*».

Vistos los preceptos legales citados,

LA SALA ACUERDA

No admitir el presente recurso de casación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Oscar David Bermúdez Meleiro, en nombre y representación de D. Pablo G. O., frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, en fecha 22 de diciembre de 2015.

Se declara la firmeza de dicha resolución.

No se hace especial pronunciamiento sobre las costas de este recurso.

Se decreta la pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal.

Devuélvanse las actuaciones, con testimonio de este auto, al Tribunal de procedencia.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

NÚM. 9

S. TSJA 12/2016 de 20 de abril de 2016

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GASTOS DE ASISTENCIA A LOS HIJOS: Contribución proporcional en los casos de custodia compartida: La fijación de la proporcionalidad de la contribución de cada progenitor entra de lleno en el espacio de los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad, que constituye materia reservada al Tribunal de instancia, y por consiguiente, no puede ser objeto del recurso de casación. En los casos de custodia compartida es habitual que cada progenitor subvenga a los gastos ordinarios que la convivencia comporta durante los periodos en que tiene a los hijos consigo, siendo frecuente la apertura de una cuenta común para el pago de los demás gastos ordinarios. Si los recursos de uno y otro no son equivalentes, la proporcionalidad que impone el art. 82.1 determina que la contribución a la cuenta común tampoco sea igual. La no fijación de una pensión periódica para la mujer no comporta vulneración del art. 82.3 que la prevé «si es necesario». Y la recurrente no ha justificado esa necesidad.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 80, 82 CDFA.

PONENTE: Ilma. Sra. Dª Carmen Samanes Ara.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el primero de los motivos en los que se asienta el presente recurso se alega vulneración del artículo 80 del CDFA.

Razona la parte que la preferencia por la custodia compartida que establece dicho precepto no significa que no haya de analizarse si existen motivos para considerar

más conveniente la custodia individual. Pero —se afirma en el escrito de recurso— tanto en la sentencia de primera instancia como en la de apelación se omite todo pronunciamiento referente al interés superior del menor o *favor filii*. Y se queja, en fin, la parte, de que la sentencia de instancia no ha atendido algunos elementos relevantes al interés de los menores, señaladamente la actuación del padre antes y después de la separación.

El motivo no puede prosperar.

Como en tantas ocasiones hemos dicho, el legislador aragonés establece como preferente el sistema de guarda y custodia compartida. Así resulta del propio Preámbulo de la Ley 2/2010, del conjunto de sus normas y, especialmente, de los preceptos hoy contenidos en los arts. 75.2, 76 y 80.2 del CDFA. La redacción del primer inciso de este último revela que, en efecto, se considera que la custodia compartida es el régimen que, en principio, satisface mejor el interés del menor: *El juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores...* Por ello, conforme a la también reiterada doctrina de esta Sala se establecerá la custodia compartida siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias y no concurran otros elementos que hagan más conveniente la custodia individual en atención al interés del menor.

En este punto la sentencia de primera instancia —después confirmada— está ampliamente motivada como es de ver por lo expresado en los fundamentos segundo y tercero, donde recuerda el contenido del artículo 76 del CDFA y la necesidad de que prevalezca siempre el interés de los menores en la toma de decisiones que les afecten. Analiza las circunstancias concurrentes —con especial atención al informe pericial— para resolver que las mismas no conducen a apartarse del régimen preferente. La atención prestada al interés de

los menores se patentiza, además, en la decisión (que la sentencia justifica adecuadamente) de separar a los hermanos, con objeto de que el mayor, que por su problemática precisa más dedicación, pueda tenerla.

Por tanto, no es cierto en absoluto que se haya omitido todo pronunciamiento referente al *favor filii*. Y la parte no justifica una vulneración de la norma que dice infringida, que existiría si la custodia compartida se hubiese acordado a partir de datos que, en el caso concreto, la hicieran inconveniente para el interés de los menores, como lo sería una acreditada inidoneidad del padre para ostentar la custodia de aquellos. Pero no es así, pues la sentencia establece que ambos padres «no solamente poseen la capacidad para poderse ocupar de los hijos, sino que además mantiene (sic) un estrecho vínculo con los mismos sin que se haya detectado ninguna problemática en relación con los mismos».

En suma, no se ha acreditado que el interés de los menores exija que su custodia sea ejercida individualmente por la madre, y no procede aquí rebatir la valoración de la prueba realizada en la instancia lo que, como también ha dicho esta Sala con reiteración, está vedado en el recurso de casación en el que, partiendo de los hechos probados, debe analizarse si se ha producido una correcta aplicación de las normas aplicables al caso.

SEGUNDO.- En el segundo motivo se alega vulneración del artículo 82 del CDFA, reproduciendo la recurrente, en el primero de los párrafos que dedica al desarrollo del motivo, los cuatro apartados de dicho precepto.

Aduce la parte que la desigualdad de ingresos se ha reconocido expresamente en la sentencia, pero que no se ha tenido en cuenta para la contribución a los gastos de los menores.

En lo tocante a este extremo, la sentencia de primera instancia partió de la diferente capacidad económica entre ambos progenitores (aunque variables, sobre todo los de la madre, los ingresos del padre son bastante superiores) y los gastos a los que debían hacer frente, resolviendo que los ordinarios (distintos de los de manutención y vestido, que corresponderían a cada progenitor durante el periodo de guarda) se satisfarían con lo ingresado en una cuenta conjunta a razón de 250 euros el padre y 150 la madre. Y los extraordinarios se abonarían en una proporción el 70% para el padre y 30% para la madre. No tiene razón, pues, la parte cuando afirma que no se ha tenido en cuenta la desigualdad entre ambos progenitores.

Por lo demás, ya ha dicho la Sala, con referencia a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas su sentencia n° 721/2011, de 28 de octubre de 2.011, recurso 926/2010), referida al principio de proporcionalidad del artículo 46 del Código civil, que *«corresponde a los tribunales que resuelven las instancias y no debe entrar en él el Tribunal Supremo a no ser que se haya vulnerado claramente el mismo o no se haya razonado lógicamente con arreglo a la regla del art. 146, de modo que la fijación de la entidad económica de la pensión y la integración de los gastos que se incluyen en la misma, entra de lleno en el espacio de los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad, que constituye materia reservada al Tribunal de instancia, y por consiguiente, no puede ser objeto del recurso de casación»*.

Y ese mismo criterio (STSJA de 21 de octubre de 2014) ha de seguirse en la interpretación del artículo 82.1 del CDFA, sin que pueda el recurrente sustituir el criterio judicial por el propio.

Afirma también la recurrente —como ya hiciera en el recurso de apelación— que, al no fijarse una pensión para la Sra. R. en los meses en los que tenga a sus hijos

en su compañía, no existe proporción alguna respecto de los gastos ordinarios de habitación, sustento y vestido. Ello evidencia que, en realidad, la verdadera razón de la disconformidad de la parte no es tanto la alegada falta de proporcionalidad sino la no fijación, en la sentencia, de una pensión de 100 euros por hijo para la Sra. R. en los meses en los que los tenga en su compañía (todos, pues cuando no tenga al mayor tendrá a los pequeños, según ha quedado expuesto).

El artículo 82.3 establece que «El Juez asignará a los padres la realización compartida o separada de los gastos ordinarios de los hijos teniendo en cuenta el régimen de custodia, y si es necesario fijará un pago periódico entre los mismos».

Lo normal, en los casos de custodia individual, es que el progenitor no custodio abone al otro una pensión de alimentos para los hijos, en tanto que la contribución del progenitor custodio se materializa haciéndose cargo de los gastos ordinarios que la convivencia comporta. En los casos de custodia compartida, como el que nos ocupa, es asimismo habitual que cada progenitor subvenga a dichos gastos durante los periodos en que los tiene consigo, siendo frecuente la apertura de una cuenta común para el pago de los demás gastos ordinarios. En estos casos, la proporcionalidad que impone el artículo 82.1 determina que, si los recursos de uno y otro no son equivalentes, la contribución tampoco sea igual, como de modo congruente se ha acordado en el caso presente por la sentencia de instancia. Existe, por tanto, proporción. El hecho de que la sentencia no fije, además, una pensión periódica para la Sra. R. no comporta vulneración del precepto que la prevé «si es necesario». Y la recurrente no justifica esa necesidad, como pone de relieve la sentencia de apelación y asimismo el Ministerio Fiscal en su escrito de oposición al recurso.

Por todo ello, el motivo debe ser igualmente rechazado, pues no se ha infringido el artículo 82 en ninguno de sus apartados.

TERCERO.- En el tercero y último motivo se alega vulneración del art. 81.3 en relación con el 79.5 del CDFa. Por lo que enseguida se dirá, resulta incomprensible el planteamiento de este motivo.

Indica la parte que la vulneración se produce porque «en ningún caso se atiende a las circunstancias concurrentes en la familia, sin tener en cuenta ni analizar la situación económica de los progenitores».

Según ha quedado expuesto más arriba, no es cierto que no se hayan tenido en cuenta dichas circunstancias que, precisamente, son las que han llevado a otorgar a la madre (por ser su interés el más necesitado de protección) el uso de la vivienda. La sentencia de primera instancia, en lo atinente a este particular, señala:

«En cuanto al plazo de uso del domicilio familiar, por la demandada, se manifestó en el acto de la vista que la vivienda se encontraba ya a la venta, existiendo la posibilidad, según refirió la parte demandante de que para el supuesto de que esta no se efectúe y no poder hacer frente al pago del crédito hipotecario poderse realizar una dación en pago.

Al margen de ello y puesto que han quedado acreditados en las actuaciones los problemas económicos de ambas partes para hacer frente al préstamo hipotecario, se dispone un plazo máximo de uso de la vivienda por parte de la Sra. R. de un año a contar desde la fecha de la presente resolución, tiempo suficiente para poder encontrar otra residencia en la que poder ubicarse y facilitar de forma más rápida la venta del inmueble».

Y en el Fallo (que queda confirmado, como los demás pronunciamientos, por la sentencia de apelación) tal como ha que-

dado recogido en los antecedentes de la presente, se expresa:

«Se atribuye el uso del domicilio familiar ubicado en la calle ... de Utebo a la Sra. R. por un período de un año a contar desde la fecha de la presente resolución.

(...).

Concluido el plazo antes indicado deberá ponerse la vivienda a la venta, sin perjuicio de que las partes puedan alcanzar un acuerdo para proceder a esta con anterioridad (como parece que así ha sido) a la finalización del señalado si así les conviene y están conformes con el precio, con preferencia de ambos sobre terceros para su adquisición, **permaneciendo mientras en el uso la Sra. R. hasta la materialización de dicha venta (...)**».

Afirma la parte que no se opone a la limitación temporal, pero entiende que, estando ambas partes de acuerdo en la venta de la vivienda, «debía fijarse dicha limitación al momento de la venta de la vivienda». Pues bien, a tenor de las expresiones del fallo que hemos resaltado, no otra cosa es lo que dispone la sentencia, lo que, como ha quedado ya dicho, priva de todo sentido al motivo.

Es consecuencia de lo que ha quedado expuesto la desestimación del recurso.

CUARTO.- Las costas del presente recurso serán abonadas por la parte recurrente, de conformidad con lo prevenido en el artículo 398.1, en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FALLO

Primero.- Desestimamos el presente recurso de casación núm 63 de 2015, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D.^a Carmen Fernández Gómez, en nombre y representación de D.^a Pilar R. C.,

contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial con fecha 14 de octubre de 2015.

Segundo.- Condenamos a la parte recurrente al pago de las costas.

10

NÚM. 10

S. TSJA 13/2016 de 9 de mayo de 2016

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: El riesgo de desequilibrio del menor: Se establezca uno u otro sistema de custodia, el riesgo de desequilibrio de los menores inmersos en el proceso de ruptura de la convivencia de sus progenitores está siempre presente. Y en el supuesto actual el cambio de un sistema de custodia seguido desde la ruptura (año y medio antes de presentarse la demanda) a otro puede potenciar el desequilibrio. Como el psicólogo observa que la vinculación del menor con ambos progenitores es buena, no hay certeza de que el establecimiento de la custodia compartida pueda generar un desequilibrio de relevancia superior a la propia de la situación de cese de la convivencia.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 80.2 CDFA.

PONENTE: *Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los litigantes, D.^a Sara O. P. y D. Jairo L. H. mantuvieron relación de convivencia durante varios años, en la que nació el día 29 de marzo de 2009 el hijo común Lorién L. O. , por lo que cuenta en la actualidad con siete años de edad. Terminada la relación estable, D.^a Sara presentó ante el Juzgado de Primera Instancia

de Daroca la demanda rectora de este procedimiento con el fin de que se acuerden medidas reguladoras de la relación de los progenitores con el menor. Todas las medidas solicitadas partían de la base previa de que la custodia acordada para cuidado del menor fuera la individual atribuida a la madre y demandante. Partiendo de ello, concretó luego el régimen que estimaba más oportuno respecto de visitas, vacaciones y comunicaciones del menor con su padre, así como el modo de contribución de los progenitores al pago de los gastos ordinarios y extraordinarios derivados del cuidado del niño y la atribución del uso de la vivienda que era el domicilio familiar.

El padre demandado contestó a la demanda e interesó que el régimen de custodia a seguir fuera el de custodia compartida, en la que por meses alternos el hijo menor permanecería con uno de los progenitores, con propuesta asimismo de fijación de régimen de visitas y vacaciones, y pago de gastos distinto del propuesto por la madre, sin que mostrara disconformidad respecto de la atribución de uso de la vivienda familiar a ella.

SEGUNDO.- El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia el día 24 de abril de 2015 en la que, respecto del régimen de custodia a seguir, tras citar la regulación recogida en el artículo 80.2 del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA), razonó lo siguiente: «En el caso de autos se va a establecer un sistema de custodia individual a favor de la actora, atendiendo al superior interés del menor y ello en función del informe psicológico obrante en las actuaciones que así lo aconseja, manifestando que el sistema planteado por la parte demandada no se considera lo más beneficioso para el niño e incluso podría generar desequilibrio en las rutinas del niño, a mayor abundamiento teniendo en cuenta la posibilidad de conciliar la vida

laboral con la familiar, la actora tiene el mismo horario laboral que el horario escolar, sin embargo, el padre el horario laboral de verano es rotativo e incluso tiene que salir de su domicilio durante 3 o 4 días, delegando en aquellos supuestos la guardia al padre del progenitor, sin embargo éste reside en distinta localidad y carece de carnet de conducir.»

Con base en tales consideraciones, la custodia establecida por la sentencia fue la individual atribuida a la madre, lo que se acompañó del acuerdo respecto del resto de medidas reguladoras de la relación personal y atención patrimonial de los progenitores y el menor.

La sentencia referenciada fue apelada por el padre, que solicitó su revocación especialmente en lo referente al sistema de custodia fijado, e interesó que fuera acordada la custodia compartida, tal y como en su contestación a la demanda había interesado. El Tribunal de segunda instancia, Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, dictó el día 1 de diciembre de 2015 la sentencia ahora recurrida, en la que desestimó el recurso de apelación y confirmó en su integridad la sentencia recurrida, estando así al régimen de custodia individual acordado por el Juzgado de Primera Instancia.

TERCERO.- La anterior sentencia ha sido ahora recurrida en casación ante esta Sala por el padre. El recurso se sustenta en un solo motivo, la infracción del artículo 80.2 del CDFA en relación con el artículo 76.2 del mismo Código y los artículos 39.2 y 4 de la Constitución Española. Estima la parte recurrente, con cita de numerosa jurisprudencia de esta Sala, que la sentencia dictada por la Audiencia Provincial no da adecuado cumplimiento a la previsión establecida en la legislación aragonesa de preferencia del régimen de custodia compartida respecto del de custodia individual, ya que los elementos de juicio en que se sus-

tenta la resolución no son concluyentes ni suficientes para eludir la preferencia legalmente establecida.

En concreto, el razonamiento final de la sentencia recurrida respecto del régimen de custodia a establecer fue el siguiente: «Los extremos expuestos ponen de manifiesto que la solución adoptada por el Juzgador de instancia preserva de forma adecuada el superior interés del menor al valorar prioritariamente, de forma razonada, su estabilidad y bienestar, los que no quedarían salvaguardados en el sistema propuesto por el recurrente, carente de garantías en el correcto desarrollo del cuidado del hijo (artículo 80 del Código de Derecho foral de Aragón)».

La forma razonada en que resolvió el Juzgado de Primera Instancia y a que se refiere el párrafo transcrito de la sentencia recurrida ya fue recogida en el Fundamento de Derecho segundo.

Los extremos de referencia que tal párrafo considera que impiden que queden salvaguardadas la estabilidad y bienestar del menor son los que la propia sentencia indica con anterioridad en los siguientes términos:

«El hijo menor (...) cuenta con 6 años de edad. Reside con su madre en C. y acude al colegio de M., donde vive con el padre. El padre trabaja como peón especialista forestal en la base de D., con horario de mañanas de octubre a julio, y el resto del año en turnos rotativos de mañana y tarde, debiendo atender emergencias durante seis meses.

La madre trabaja como auxiliar de guardería en la Comarca Campo de D., servicio ubicado en M.

El padre carece de apoyos familiares, su padre reside en Zaragoza».

CUARTO.- El artículo 80.2 del CDFA, norma imperativa aplicable a la cuestión, establece que el Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual resulte más conveniente. Así, cuando debe tomarse la decisión judicial no se está ante la posibilidad de valorar discrecionalmente y partiendo del vacío legal sobre cuál sea el régimen de custodia que la autoridad judicial puede establecer. En Derecho Aragonés el juez parte de una primera valoración, hecha por el legislador, de que el interés del menor debe dar lugar, *prima facie*, a la fijación del régimen de custodia compartida. Cabrá que, aun partiendo de tal preferencia legalmente impuesta, la autoridad judicial considere que en el caso concreto de que se trate esté presente algún motivo que justifique hacer salvedad del régimen de custodia compartida y fijar la custodia individual. Para llegar a tal conclusión debería a su vez, ponderar los presupuestos que el texto legal expone a continuación de modo expreso o cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.

Además, el Juez valorará también los informes periciales obrantes en autos, relativos a la idoneidad del modo de ejercicio de la autoridad familiar y del régimen de custodia de los menores.

Por tanto, y como ha indicado constante jurisprudencia de esta Sala (por ejemplo, sentencias de 27 de mayo de 2015 en recurso de casación 7/2015, o de 18 de febrero de 2016 en recurso de casación 61/2015) la posible exclusión de la preferencia legal a favor del sistema de custodia compartida exige que la autoridad judicial valore detenidamente la concreta prueba practicada hasta obtener la conclusión debidamente justificada de que existen las razones relevantes exigidas por el apartado segundo del artículo 82 para poder ceder

el sistema principal de custodia compartida hacia el legalmente establecido como secundario, de custodia individual.

QUINTO.- Pues bien, en el procedimiento actual la sentencia recurrida cita diversos datos de los que luego concluye que la custodia compartida no salvaguarda en el presente caso la estabilidad y bienestar del menor, ya que carece de garantías para el correcto desarrollo del cuidado del hijo menor.

La competencia atribuida a este Tribunal de casación no autoriza, salvo casos excepcionales que no están ahora presentes, a reconsiderar las conclusiones sobre prueba que hayan podido ser adoptadas por los tribunales de instancia, y, además, debe también entenderse que no corresponde tampoco, salvo también casos especiales que no se dan ahora, que el órgano de casación invada el ámbito de decisión discrecional que tiene reconocido el propio tribunal de instancia. La competencia propia de esta Sala se dirige a determinar si la sentencia recurrida, dictada por la Audiencia Provincial, es ajustada a derecho o si, por el contrario, ha infringido la norma de aplicación, complementada con la jurisprudencia a observar en cada caso. Por ello, en el supuesto ahora enjuiciado no procede modificar las conclusiones probatorias obtenidas por la sentencia recurrida ni tampoco el margen de discrecionalidad otorgado a la Audiencia Provincial. Pero sí debe estudiarse y resolverse si su sentencia dio cumplimiento a la orden legal de establecer preferentemente la custodia compartida, salvo que existan motivos relevantes que aconsejen otro tipo de cuidado del menor. Y asimismo procede valorar en este recurso si el ámbito de discrecionalidad reconocido al tribunal de instancia respetó el marco en que puede desenvolverse conforme a la legislación aragonesa.

SEXTO.- Respecto de la posible presencia de factores de relevancia que des-

aconsejen en este caso establecer la custodia compartida, la sentencia recurrida enumera, sin vincularlos entre ellos ni directamente con la conclusión final que obtiene, diversos datos. El primero es que el niño tiene seis años cuando la sentencia se dicta (en la actualidad ha cumplido ya siete años). No es este un dato que por sí solo pueda determinar la exclusión de la custodia compartida, ya que es una edad que permite, sin duda, la convivencia por periodos alternos del niño.

Cita igualmente la resolución que el niño vive con la madre en C. y acude al colegio en M., donde trabaja la madre y donde vive el padre, el cual trabaja en D. Cabe indicar que las tres poblaciones citadas están en la provincia de Zaragoza y que C. dista de M. un total de 9 km., mientras que D. está a 15 Km. de M. Es decir, según tales datos, la madre se traslada con el niño a trabajar a la misma población en que vive el padre. Y éste, a su vez, trabaja cerca de tal lugar. Ciertamente, la situación óptima en casos de separación de los progenitores, sea cual sea el régimen de custodia, sería que vivieran en el mismo núcleo urbano, pero el hecho de que esto no sea así en el caso tratado no parece que sea de especial relevancia para negar la idoneidad de la custodia compartida, menos cuando el traslado de la madre con el hijo al lugar donde vive el padre es continuo por motivos laborales.

Señala también la sentencia como extremo que desaconseja la custodia compartida el hecho de que el padre trabaja como peón especialista forestal, con turnos que varían según la temporada del año. Durante diez meses al año es en horario de mañanas. Y los otros dos en turnos rotativos de mañana y tarde. Este horario, a falta de mayor concreción en la sentencia, no parece que deba concluirse que impide de modo relevante la custodia compartida pues, al contrario, al tratarse mayoritaria-

mente de horario continuo y no partido, parece correcto para poder atender al niño. El hecho que también se cita de que el padre deba atender urgencias durante seis meses, y también a falta de mayores y más precisos datos sobre asistencias que deba hacer, no es cuestión tampoco concluyente respecto al tipo de custodia a fijar, ya que tales urgencias debe entenderse que son de localización, y la proximidad de las localidades indicadas como de residencia del padre y de prestación de su trabajo permite entender que ningún problema habrá para desplazarse de una a otra caso de ser preciso.

Se señala asimismo que el padre carece de apoyos familiares, y que su padre reside en Zaragoza. No se recoge si la madre tiene apoyos familiares. En cualquier caso, la distancia entre Zaragoza y D. no es excesiva para caso de urgencia, y, además, no sólo el apoyo familiar es el posible en un caso de emergencia. El hecho de que una persona viva con la familia extensa a una hora de distancia, no se observa realmente, ni así lo indica la sentencia, como factor de trascendencia para la fijación de la custodia compartida.

Asimismo, la sentencia indica que el informe pericial evidencia buena vinculación del menor con ambos progenitores, pero no considera la custodia compartida como el mejor sistema de vida del menor, al suponer el cambio un factor generador de desequilibrio en el niño, y aconseja que quede bajo la custodia de la madre. Como ya se tuvo en cuenta en sentencia de esta misma Sala de 6 de abril de 2015 en recurso de casación 1/2015, el informe pericial es de relevancia indudable al tiempo de determinar si procede la exclusión de la custodia compartida, y así lo previene el texto legal y debe considerarlo el tribunal. Pero, como también se señaló en tal sentencia, la decisión sobre la custodia no corresponde tomarla al perito psicólogo,

sino al tribunal. El ámbito técnico de la actuación pericial se circunscribe a la competencia propia del perito psicólogo, que excluye el conocimiento jurídico y, por tanto, la posible conclusión de cuál sea la custodia procedente conforme a lo legalmente ordenado. Por ello, la trascendencia de las conclusiones periciales debe ser convenientemente valorada por el tribunal; en su propio ámbito técnico para luego extraer el órgano judicial las consecuencias jurídicas que puedan derivar de la expertización realizada por el perito conocedor de la materia de que se trate. En este marco de la competencia pericial, en el caso presente, y según expone la sentencia, la psicóloga valoró la buena vinculación del menor con padre y madre, y que el cambio de la custodia compartida es un factor generador de desequilibrio del niño.

Sin duda, se establezca uno u otro sistema de custodia, el riesgo de desequilibrio de los menores inmersos en el proceso de ruptura de la convivencia de sus progenitores está siempre presente. Y en el supuesto actual el cambio de un sistema de custodia seguido desde la ruptura (que las partes admiten fue un año y medio antes de presentarse la demanda) a otro puede potenciar el desequilibrio. Este riesgo general de perjuicio de los menores cuando padre y madre comienzan su vida por separado y que, precisamente, trata de paliar la normativa reguladora de los efectos de la separación, no recoge la sentencia recurrida que se concrete de modo especial en el presente caso, pues, según se indica, el psicólogo observa que la vinculación del menor con ambos progenitores es buena. Ausente en este caso la certeza de que el establecimiento de la custodia compartida pueda generar un desequilibrio de relevancia superior a la propia de la situación de cese de la convivencia que el legislador ya ha observado, no cabe entender que lo recogido por el perito en su informe peri-

cial psicológico deba dar lugar al efecto jurídico de excluir la custodia preferente.

Por último, la sentencia hace suyo el razonamiento excluyente de la custodia compartida que recogió el Juzgado de Primera Instancia. Este razonamiento, transcrito al Fundamento de Derecho segundo de esta resolución, hacía propia a su vez la conclusión del informe psicológico. De las consideraciones que recogió el Juzgado se ha hecho ya antes referencia a la escasa relevancia a reconocer al potencial desequilibrio del menor, al trabajo del padre, o la relativa lejanía de la familia extensa. Igualmente se ha hecho referencia antes también al no reconocimiento del perito como decisor del sistema de custodia que legalmente debe ser establecido. En definitiva, por tanto, no añade argumento nuevo a los ya expuestos la remisión que la sentencia recurrida hace a la dictada en primera instancia.

SEPTIMO.- Como resulta de lo expuesto debe concluirse que la sentencia recurrida no expone razones fundadas en hechos probados que justifiquen la presencia de motivos de relevancia excluyentes de la custodia compartida. Por tanto, no observó la previsión del artículo 80.2 del CDEA que extrae del ámbito de discrecionalidad de la autoridad judicial la custodia que preferentemente procede establecer.

Procede así casar la sentencia recurrida, que debió ser revocatoria de la dictada por el Juzgado de Primera instancia, y establecer el sistema de custodia compartida como regulador de las relaciones paternofiliales en el presente caso.

Casada la resolución, queda este Tribunal como juzgador de instancia, por lo que procede valorar ahora qué especie, dentro del género de custodia compartida, puede establecerse.

OCTAVO.- Ante las propuestas concretas de aplicación del régimen hechas por

el demandado solicitante del establecimiento de custodia compartida nada opuso la parte contraria. De oficio no cabe observar que lo interesado pueda ser contrario al correcto desenvolvimiento del sistema ni, especialmente, al interés predominante de prestar la adecuada atención al hijo menor. Por ello se respetarán en lo esencial las peticiones del demandado, si bien con las concreciones que se recogerán en el fallo y que se estiman necesarias y útiles para el mejor desarrollo del régimen de vacaciones, visitas y contribución a los gastos.

NOVENO.- De conformidad con lo establecido en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo estimado el recurso de casación, y habiendo debido ser estimado el de apelación, no procede hacer imposición de las costas causadas en tales trámites. Respecto de las producidas en primera instancia, la existencia de resoluciones distintas evidencia la complejidad fáctica del asunto, y la consiguiente dificultad jurídica, por lo que tampoco procede hacer imposición a ninguna de las partes de las costas causadas por el trámite ante el Juzgado de Primera Instancia.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

PRIMERO.- Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Jairo L. H. contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza el día 1 de diciembre de 2015 que casamos, dejándola sin efecto.

SEGUNDO.- En su lugar acordamos que, salvo acuerdo de las partes, las relaciones familiares entre los demandantes y su

hijo menor se regirán por las siguientes medidas:

- La guarda y custodia del hijo Lorién será compartida entre ambos progenitores, cada uno de los cuales tendrá la custodia de su hijo por el plazo de un mes natural, salvo en los meses de julio y agosto, que será quincenal en la forma que luego se indicará. El día uno de junio del corriente año 2016 comenzará la custodia del padre y luego se desarrollará por los correspondientes periodos sucesivos alternos.

- Durante el mes en que uno de los progenitores no tenga la custodia del menor lo recogerá los martes y jueves a la salida del colegio o, en su defecto o en época vacacional, a las 16.30 horas y permanecerá en su compañía hasta las 20 horas, en que lo reintegrará al domicilio donde viva el que ejerce la custodia.

- El progenitor que no tenga la custodia en el periodo mensual disfrutará de fines de semana alternos de la compañía del menor, para lo cual lo recogerá el viernes a la salida del colegio o, en su defecto, a las 16.30 horas y lo reintegrará a las 20 horas del domingo. Caso de que haya puente festivo la recogida o reintegro del menor se entenderá que es en la víspera o al día siguiente del puente.

- En los periodos de vacaciones escolares de Semana Santa y Navidad cada progenitor tendrá la compañía del menor la mitad del periodo. Los años impares corresponderá al padre el primer periodo, que en Navidad terminará el día 30 de diciembre, y los pares a la madre.

- En los meses de julio y agosto la custodia compartida será por periodos quincenales sucesivos, del 1 al 15 de julio, del 16 al 31 de julio, del 1 al 15 de agosto y del 16 al 31 de agosto. El reintegro del menor al terminar cada periodo lo hará el progenitor custodio a las 20 horas del día en que termine la quincena en el domicilio del

otro progenitor. En los años impares corresponderá al padre el primer periodo, y los pares a la madre.

- 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.

- Los gastos ordinarios diarios de mantenimiento del menor serán de cuenta del progenitor que en cada momento tenga su custodia. Los extraordinarios necesarios serán abonados por mitad por ambos. Los extraordinarios no necesarios serán abonados por el progenitor que decida hacerlos.

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.

Devuélvase 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 los Magistrados Ilmos. Sres. D. Javier Seoane Prado y D.^a Carmen Samanes Ara, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA
EL MAGISTRADO ÍLMO.
SR. D. JAVIER SEOANE PRADO,
Y SE ADHIERE LA MAGISTRADA ÍLMA.
SRA. D.^a CARMEN SAMANES ARA**

Con absoluto respeto a la decisión de la mayoría, lamento tener que formular voto particular al amparo de lo prevenido en el artículo 260 de la Ley Orgánica del

Poder Judicial y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que baso en las razones que expongo a continuación.

Acepto el encabezamiento, los antecedentes de hecho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La razón por la que me opongo con total respeto al voto de la mayoría radica en que entra a decidir el caso como si se tratara de una instancia más, contradiciendo el criterio sustentado en las dos instancias, en el informe psicológico y por Ministerio Fiscal en la segunda instancia y en este recurso de casación.

SEGUNDO.- Ya he dicho en otras ocasiones, con criterio que ahora reitero, que el interés superior del menor es la guía para decidir toda medida que pueda afectarle, entre las que se encuentran las relativas a su guarda y custodia. Así ha sido indicado por esta Sala, entre otras, en SSTSJA 8 y 10/2011, de 13 de julio y 30 de septiembre, en recta interpretación de la normativa aplicable, entre la que destaca como específico para los procesos de ruptura de la convivencia familiar el art. 76.2 CDFA, conforme al que:

Toda decisión, resolución o medida que afecte a los hijos menores de edad se adoptará en atención al beneficio e interés de los mismos.

La STC 141/2000, de 29 mayo, en la misma línea que multitud de resoluciones del TS como las n.º 87/2012, 323/2012, 800/2011, 614/2009 o 565/2009, tiene a este principio 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 y C 403/09, y el TEDH en los casos RAHIMI c. GRECIA y LYUBENOVA c. BULGARIA.

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.

TERCERO.- Ocurre que el interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado que ha de ser integrado en cada caso concreto, labor para la que la legislación estatal disponía de una parca guía legal hasta la reciente reforma de la LO 1/1996 por la LO 8/2015, que supone un significativo avance al establecer los *cri- terios generales* que sirven para determinar qué responde mejor al interés del menor, así como los *elementos generales* a que hay que atender para realizar la necesaria ponderación para decidir en cada caso.

Así dispone el nuevo art. 2 L 1/1996:

«A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto:

a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.

b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.

c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia.

d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.

3. Estos criterios se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales:

a) La edad y madurez del menor.

b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante.

c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo.

d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro.

e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales.

f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores.

Los anteriores elementos deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara.

4. 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.

En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados.»

CUARTO.- El legislador aragonés, a diferencia de otros sistemas legales que confían por completo al juez la determinación de los criterios y elementos generales a los que ha de atender para decidir en cada caso el sistema de custodia que mejor

se adapta al interés del menor, opta por establecer unos criterios a los que se ha de atender en tal cometido.

Participo de 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, por el contrario, una jerarquía o preferencia 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.

Y tampoco implica que no corresponda al juez decidir porque el legislador aragonés lo haya hecho por él, ni una merma en la facultad-deber de averiguar de oficio el interés del menor que rige el derecho de familia.

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 aquel interés lo exige, a cuyo fin se establece una lista abierta de factores no jerarquizada y carente de indicación de en qué sentido opera cada uno de ellos a los que ha de atender el juzgador para determinar si, en el caso concreto que decide, es el sistema de custodia compartida el que mejor se acomoda al interés del menor.

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.

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.

No puedo compartir por lo dicho las afirmaciones de la sentencia mayoritaria de que en la decisión sobre el régimen de custodia «no se está ante la posibilidad de valorar discrecionalmente y partiendo del vacío legal sobre cuál sea el régimen de custodia que la autoridad judicial pueda establecer» (fundamento cuarto), y que el art. 80.2 CDFA «extrae del ámbito de la discrecionalidad de la autoridad judicial la custodia que preferentemente pueda establecer», al menos en el sentido que parece desprenderse del contexto de la sentencia de negar discrecionalidad al juez —su literalidad es ambigua a mi modo de ver, ya que no puedo concluir de ella con seguridad si la opinión mayoritaria entiende que la decisión sobre la custodia del caso concreto es o no discrecional—. Si así fuera entraría en contradicción con la doctrina sentada sin discrepancia en la reciente sentencia de esta sala de 21/2015, Rc 17/2015:

«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»

QUINTO.- Es constante la doctrina jurisprudencial que limita el ámbito del recur-

so 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 nº 32/2012 (contribución a gastos de los hijos) o 903/2005 (decisión sobre la vivienda).

En particular, y por lo que se refiere a las medidas relativas a la custodia de los menores, el Tribunal Supremo ha dicho (S 614/2009 de 28 septiembre) que, establecido que el interés del menor es el criterio legal de decisión:

«el problema procesal se plantea en torno al órgano que debe apreciar dicho interés, porque como señala la doctrina más autorizada, en esta cuestión, la discusión sobre si se ha aplicado o no la norma fundando la decisión en el interés del menor tiene aspectos casacionales, mientras que la delimitación de la realidad que determina en cada caso concreto cuál es el interés del menor, no los tendrá. Este Tribunal ha considerado que por tratarse de una facultad discrecional del juzgador, en el segundo aspecto no cabe impugnación casacional, a menos que en las actuaciones figuren “esas graves circunstancias que aconsejen otra cosa”».

En parecidos términos se pronuncian las SS nº 228/2010, la nº 578/2011, o la nº 373/2013, de 31 de enero de 2013

Por nuestra parte hemos dicho que el tribunal de casación no puede actuar como un tribunal de tercera instancia en la revisión de la decisión sobre el sistema de custodia que ha de ser aplicado; así lo hemos resaltado en SS como las 49/2015, recurso 36/2015; 27/2015, recurso 31/2015; o 19/2015, recurso 13/2015:

«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.»

Por su parte, la ya citada sentencia de esta sala nº 21/2015 remacha esta idea cuando, tras señalar que la decisión sobre custodia pertenece al ámbito discrecional de la instancia, afirma que en la tomada por los tribunales de instancia «solo podría apreciarse su infracción [la del art. 80.2 CDFA] en el caso de que la misma [decisión] resultara irracional, ilógica o arbitraria, o claramente atentatoria contra el interés del menor.»

La sentencia de la que discrepo lo afirma también cuando en su fundamento de derecho quinto razona:

«además, debe también entenderse **que no corresponde tampoco, salvo también casos especiales que no se dan ahora, que el órgano de casación invada el ámbito de decisión discrecional que tiene reconocido el propio tribunal de instancia.** La competencia propia de esta Sala se dirige a determinar si la sentencia recurrida, dictada por la Audiencia Provincial, es ajustada a derecho o si, por el contrario, ha infringido la norma de aplicación, complementen-

tada con la jurisprudencia a observar en cada caso».

Sin embargo, olvida tal parecer cuando entrando en el fondo de la cuestión decide sustituir la apreciación discrecional de la sala por la suya y actuar como órgano de tercera instancia.

SEXTO.- En el asunto que nos ocupa, el juzgador de primer grado expresa la razón de su decisión en el fundamento de derecho segundo de su sentencia en los siguientes términos:

«En el caso de autos se va a establecer un sistema de custodia individual a favor de la actora, atendiendo el superior interés del menor y ello en función del informe psicológico obrante en las actuaciones que así lo aconseja, manifestando que el sistema planteado por la parte demandada no se considera lo más beneficioso para el niño e incluso podría generar desequilibrio en las rutinas del niño, a mayor abundamiento teniendo en cuenta la posibilidad de conciliar la vida laboral con la familiar, la actora tiene el mismo horario laboral que el horario escolar sin embargo, el padre el horario laboral de verano es rotativo e incluso tiene que salir de su domicilio durante tres días, delegando en aquellos supuestos la guardia al padre del progenitor, sin embargo éste reside en distinta localidad y carece de carnet de conducir.»

Por su parte, la sentencia de apelación, que acepta los fundamentos de la apelada y por tanto los incorpora, justifica así el rechazo del recurso de apelación interpuesto por Jairo contra la anterior decisión:

«El hijo menor, Lorién, nacido el 29 de marzo de 2009, cuenta con 6 años de edad. Reside con su madre en Cerveruela y acude al colegio en Mainar, dónde vive el padre. El padre trabaja como peón especialista forestal en la base de Daroca, con

horario de mañanas de octubre a julio, y el resto del año en turnos rotativos de mañana y tarde, debiendo atender emergencias durante seis meses.

La madre trabaja como auxiliar de guardería en la Comarca Campo de Daroca, servicio ubicado en Mainar.

El padre carece de apoyos familiares, su padre reside en Zaragoza.

El informe pericial evidencia una buena vinculación del menor con ambos progenitores, sin embargo, no considera la alternancia que propone el padre como el mejor sistema de vida del menor, al suponer tal cambio un factor generador de desequilibrio en el niño, aconsejando que quede bajo la custodia de la madre, aumentando los contactos con el padre...

Los extremos expuestos ponen de manifiesto que la solución adoptada por el Juzgador de instancia preserva de forma adecuada el superior interés del menor al valorar prioritariamente, de forma razonada, su estabilidad y bienestar, los que no quedarían salvaguardados con el sistema propuesto por el recurrente, carente de garantías en el correcto desarrollo del cuidado del hijo (artículo 80 del Código de Derecho Foral de Aragón).

El recurso, en suma, debe ser desestimado y confirmada la Sentencia dictada en todos sus extremos, por cuanto, incluso, el sistema de visitas instaurado, es lo suficientemente amplio (con una pernocta intersemanal) para permitir un contacto frecuente entre padre e hijo.»

Como se ve, las sentencias dan razones en justificación del pronunciamiento por el que atribuyen la custodia individual del menor de la madre, en particular, las conclusiones alcanzadas por el informe psicológico, y la total compatibilidad que a tal fin supone el trabajo de la madre en el mismo centro escolar de la localidad de Mainar al

que acude el menor, que contrasta con la mayor dificultad del padre derivada de su trabajo como peón especialista forestal en la base de Daroca, con horario de mañanas de octubre a julio y el resto del año en turnos rotativos de mañana y tarde, debiendo atender emergencias durante seis meses, lo que se ve agravado con la falta de apoyo de la familia paterna, pues el padre del recurrente reside en Zaragoza.

Tales razones se ajustan a los criterios señalados expresamente en el art. 80.2 CDFA, por lo que no cabe entender sino que los órganos de primera instancia se han mantenido dentro de los límites de discrecionalidad que comportan, sin que su decisión pueda ser tachada de *irracional, ilógica o arbitraria, o claramente atentatoria contra el interés del menor*, circunstancias que la sentencia de la que discrepo no aprecia que concurren, como expresamente afirma en el pasaje más arriba transcrito de su fundamento de derecho quinto.

Finalmente, no puedo dejar de señalar que la sentencia mayoritaria margina la cuestión principal de qué es lo más conveniente al interés del menor en el caso concreto, y se conforma en el criterio general establecido en la norma, pues no dedica ni una sola línea a justificar la razón por la que entiende que la custodia compartida que impone satisface mejor aquel interés que la individual de la madre, frente al criterio unánime de quienes están más próximos a los autos: juez de primera instancia, tribunal de apelación, ministerio fiscal en la instancia y en casación, y perito asignado a los juzgados de familia.

Así las cosas, entiendo que no cabe apreciar la infracción del precepto que se entiende quebrantado.

SÉPTIMO.- 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.

VISTOS los artículos citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

1. Desestimar el recurso casación formulado contra la sentencia de fecha 1 de diciembre de 2015 dictada por la Secc. Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza en el Rollo nº 501/2015.

2. No hacer imposición de las costas del recurso.

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

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno

Voto particular que firman los Magistrados expresados en Zaragoza a nueve de mayo de dos mil dieciséis.

dría si la servidumbre se entiende como voluntariamente constituida. La sentencia recurrida, en decisión derivada de la valoración de la prueba, concluye que la finca no tenía acceso hábil o habitable a camino público, de modo que la vendedora venía obligada a dar el paso debatido (arts. 564 Cc. y hoy 579 CDEFA), por lo que lo establecido en el contrato fue una servidumbre forzosa, no voluntaria. Interpretación que no ofrece viso alguno de ser ilógica, arbitraria o infractora de norma legal. Y ante la realidad actual de que la finca ya tiene acceso a vial público, procede la extinción de la servidumbre forzosa por aplicación del art. 580 CDEFA. La servidumbre no fue inscrita en el Registro de la Propiedad.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 564 Cc., 579 y 580 CDEFA.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida, dictada el día 4 de noviembre de 2015 por la Audiencia Provincial de Teruel, desestimó el recurso de apelación interpuesto por el ahora recurrente en casación contra sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Teruel, que estimó la demanda presentada por la parte ahora recurrida en solicitud de declaración extintiva de servidumbre de paso en la que su finca, (finca registral número...) era sirviente respecto de la finca de los demandados y recurrentes (registral número...).

La situación fáctica a observar, según descripción recogida en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial se delimita de la siguiente forma:

- En Escritura de 10 de junio de 1948, la finca... pasó a ser propiedad del dueño

NÚM. 11

S. TSJA 14/2016 de 16 de mayo de 2016

84: SERVIDUMBRES: SERVIDUMBRE FORZOSA DE PASO: Extinción: *La cuestión nuclear planteada en la litis es la discrepancia sobre la naturaleza que debe atribuirse a la servidumbre de paso, si voluntaria como argumenta el recurrente o si forzosa como sostiene el demandante y ahora recurrido; de ello depende el efecto inmediato de valorar cuándo puede entenderse extinguida la carga real que supone, si cuando deja de ser necesaria para el predio dominante, como ocurriría caso de ser forzosa, o si cuando lo decidan las partes, como deven-*

de la colindante... La... tenía en aquel momento una importante pendiente de norte a sur, con un muro o escarpe de terreno en el sur, que limitaba entonces con la Rambla A. (hoy calle B. los A.) por la que discurría un camino.

- El dueño de ambas fincas edificó en la..., según declaración de obra nueva recogida en Escritura Pública de 26 de junio de 1950, lo que incluyó colocar muros de cerramiento, de modo que la finca quedó con dos accesos mediante puertas.

- Las puertas colocadas en la... eran el único acceso también hacia la finca...

- En 1989 ambas parcelas fueron adquiridas por la demandante del presente procedimiento, Doña Clara R. U.

- En Escritura de 25 de junio de 1991 la propietaria de ambas vendió la número... a un tercero.

- Finalmente la finca... fue adquirida el día 7 de enero de 1998 por los demandados en el presente procedimiento. Cuando adquirieron esta finca no tenía paso a vial público. El acceso al terreno, como la propia Escritura de 1998 recogió, tenía lugar por las dos puertas que se citaron, que estaban colocadas en la finca..., que era propiedad de la demandante, Sra. R. U.

- Después la finca... fue muy transformada, pues en ella se ha construido un edificio de viviendas y sótano, para lo cual se han demolido los muros perimetrales y se ha modificado su nivel, de modo que en la actualidad tiene acceso desde viales públicos.

SEGUNDO.- El paso que se estableció cuando se edificó por el dueño común de las parcelas se recogió en la Escritura de obra nueva citada de 1950 en los siguientes términos, siempre por referencia a la parcela...: «cercada de pared por su frente donde tiene hueco de entrada, por el

Norte donde saca puerta accesoria y por el sur». Luego, en la descripción hecha en la Escritura de 1991 de la finca... la referencia a los accesos de la... se recoge en los siguientes términos: «tiene accesos, por debajo del A. del A. , en su linde Sur, mediante puerta señalada con el número diez; y por puerta abierta en la Calle los B., número once».

La cuestión nuclear planteada en la litis es la discrepancia sobre la naturaleza que debe atribuirse a la servidumbre que constituye el derecho a paso a la finca... a través de las puertas situadas en el cerramiento de la... La parte demandante y ahora recurrida sostiene que la servidumbre se constituyó como servidumbre forzosa, impuesta por el hecho de que la finca... quedó enclavada cuando se separa de la..., mientras que la parte demandada y actual recurrente argumenta que el paso fue voluntariamente establecido por la dueña de ambas cuando vende la finca... Definición de la naturaleza de la servidumbre que conlleva el efecto inmediato de valorar cuándo puede entenderse extinguida la carga real que supone, si cuando deja de ser necesaria para el predio dominante, como ocurriría caso de ser servidumbre forzosamente establecida, o si cuando lo decidan las partes, como devendría si la servidumbre se entiende como servidumbre voluntariamente constituida.

TERCERO.- La Audiencia Provincial, como hizo en su momento el Juzgado de Primera Instancia, concluye que la servidumbre debe entenderse como servidumbre forzosa y, consecuentemente con ello, declara extinguida la servidumbre en atención a que en la actualidad cuenta con acceso a vial público. Parte la sentencia recurrida de que en el contrato de compraventa en que fue establecida la servidumbre la finca que es ahora de los demandados (la...) no tenía salida a camino público, y que por esta razón la vendedora

hizo constar que el acceso al inmueble tendría lugar por las puertas de la que no vendía (la...). De modo que, una vez que el cambio de la conformación física de la finca... ya permite su acceso a vial público procede la extinción de la servidumbre por aplicación del artículo 580 del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA en adelante).

CUARTO.- Si bien en su contestación a la demanda el demandado no alegó precepto alguno, luego en el recurso de apelación fundó su pretensión opositora respecto del fondo de la cuestión en los artículos 33.3 de la Constitución, 568 del Código civil y 34 de la Ley Hipotecaria. Ahora, en el recurso de casación presentado, cita como infringidos los artículos 33.3 de la Constitución, 3, 571, 577 y 579 y 580, todos ellos del CDFA, y 34 de la Ley Hipotecaria.

Debe excluirse ahora el posible estudio de la infracción del precepto constitucional que se cita como vulnerado, ya que el motivo primero de casación que se refería a él no fue admitido a trámite. Y cabe tratar conjuntamente la infracción de los artículos 3 y 577 y 579 del CDFA, ya que, aun cuando se recoge su cita de modo diferenciado en los motivos segundo y tercero del recurso, el fundamento que contienen es el mismo, esto es, determinar el contenido de la voluntad manifestada por las partes cuando en 1991 se otorga la Escritura que recogió el derecho de paso a la finca... a través de los accesos que tenía la finca...

Centrada así la pretensión en las cuestiones indicadas, debe excluirse, por la obligada congruencia de las resoluciones judiciales con la causa de pedir de los interesados, la posibilidad de tratar si podría considerarse que, aparte de la voluntad expresada en la Escritura, pudiera haber otras razones legales para entender constituida la servidumbre.

QUINTO.- A lo largo de la exposición de los motivos segundo y tercero sostiene el recurrente que la voluntad plasmada respecto de la servidumbre discutida en la Escritura de referencia, otorgada el día 25 de junio de 1991 para venta de la finca, era la de establecer una servidumbre voluntaria de paso. Al no entenderlo así la sentencia recurrida, considera el impugnante que ha infringido el artículo 3 del CDFA, por no haber estado a lo pactado por las partes, y los artículos 577 y 579 del CDFA porque su interpretación, relacionada con lo expuesto por los contratantes y la conformación física que las fincas tenían entonces, da lugar a interpretar lo manifestado en el sentido de que la carga que se constituyó era una servidumbre voluntaria de paso a través de la finca... a favor de la...

En relación con tales argumentos, la primera consideración a hacer es que la cuestión a estudiar no es tanto si ha sido respetada o no la voluntad de las partes libremente manifestada al amparo del principio *standum est chartae* recogido en el artículo 3 del CDFA, porque no ofrece duda que la resolución impugnada respeta plenamente tal principio cuando está, como cuestión esencial de su decisión, a lo que los contratantes pactaron en la Escritura de 25 de junio de 1991. Lo que realmente se dilucida en la sentencia no es si fue correcto o no que los interesados pactaran una servidumbre o cualquier otra cuestión, sino cuál fue realmente el contenido de lo consensuado, esto es, si la servidumbre que las partes establecieron fue una servidumbre legal o voluntaria. Ambas podían ser acordadas, ya que si la servidumbre voluntaria, por su propia definición, ha de ser siempre establecida por acuerdo de los interesados, sin embargo la servidumbre legal podrá constituirse por dar los interesados eficacia directa a la norma legal que la establezca, por decisión judicial que la ordene, y también (en tal sentido, por ejemplo sentencia del Tribunal Supremo

de 17 de noviembre de 2011, recurso 2210/2008, con cita de otras) por admisión voluntariamente aceptada en pacto celebrado por los interesados.

SEXTO.- En el caso presente es la última de las posibilidades mencionadas la que se presenta: cuando las partes pactaron la compraventa de la finca..., añadieron a las estipulaciones propias de tal contrato la descripción de los pasos que la finca iba a tener a través de otra, la...

El pacto antes ya transcrito no ofrece, realmente, la claridad necesaria respecto de la naturaleza de la servidumbre que se establecía. La sentencia recurrida procede, en consecuencia, a interpretar cuál fue realmente la voluntad de los otorgantes al constituir la carga real del paso sobre una de las fincas. Y lo hace atendiendo especialmente a la situación real de las fincas cuando el pacto se celebra, que conduce a concluir que la finca vendida no contaba con paso a camino público, ya que su inclinación y la existencia de muro o escarpe de terreno en el límite cercano a un camino impedía el acceso, a lo que luego se unió la dificultad de paso derivada de los cerramientos hechos en la finca...

Frente a ello el recurrente insiste en su recurso, especialmente en el motivo tercero, en que la interpretación de la voluntad otorgada por los contratantes debió ser otra. Considera la parte que debe valorarse que se dan dos accesos en lugar de uno, como habría exigido una servidumbre forzosa; que los anchos pasos establecidos (4 y 4.60 metros) no son los propios de una servidumbre legal (que cifra en una anchura de 3 metros); o que el desnivel que impedía el paso al camino podía haber sido salvado fácilmente.

La interpretación que propone el recurrente en sustitución de la hecha por el Tribunal sobre cuál fue la voluntad manifestada en el año 1991 es una de las posibles a

valorar. Especialmente, si se partiera del hecho de que la finca tenía acceso fácilmente habilitable a camino público, debería concluirse que la servidumbre más parecería voluntariamente establecida para mayor comodidad del predio dominante que forzosamente constituida para dar paso a la finca que no lo tiene. Pero es que tal punto de partida fáctico preconizado por la parte es distinto del recogido en la sentencia impugnada, la cual, en decisión derivada de la valoración de la prueba que, salvo casos excepcionales, sólo al tribunal de instancia corresponde, concluye que la finca no tenía acceso hábil o habilitable a camino público. Y partiendo de tal hecho declarado probado, no cabe duda de que la servidumbre debía necesariamente establecerse al vender la finca que iba a ser predio dominante (la número...), porque, conocedora la vendedora de la situación, era de plena aplicación lo ordenado entonces en el artículo 564 del Código civil y hoy en el artículo 579 del CDFA y venía, por tanto, obligada a dar el paso debatido.

Y en atención a tal obligación normativa impuesta a la vendedora, la interpretación del contrato respecto de cuál fue su voluntad y la de la contraparte, lleva, en la sentencia recurrida, a concluir que lo establecido fue una servidumbre forzosa, no voluntaria. Interpretación plenamente coherente con lo que se consideró probado y que no cabe alterar en casación, pues, como recuerda, entre otras, la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2016, recurso 1826/2013: «constante doctrina de esta Sala declara que la interpretación del contrato es función que corresponde al tribunal de instancia, de tal manera que, además de exigir la invocación como infringido de alguno o algunos de los preceptos que contienen las reglas de interpretación contractual —lo que no ha sido el caso—, su revisión solo será posible cuando la realizada por el tribunal sentenciador sea contraria a las normas legales, ilógica o arbitraria,

sin que pueda instrumentarse el recurso de casación para conseguir una interpretación distinta, más favorable al recurrente, si la contenida en la sentencia es una de las posibles, ya que «el único objeto de discusión a través del recurso de casación sobre la interpretación contractual, no se refiere a lo oportuno o conveniente, sino a la ilegalidad, arbitrariedad o contradicción del raciocinio lógico. Por ello, salvo en estos casos, prevalecerá el criterio del tribunal de instancia aunque la interpretación contenida en la sentencia no sea la única posible, o pudiera caber alguna duda razonable acerca de su acierto o sobre su absoluta exactitud».

Doctrina que resulta de plena aplicación en el caso actual ya que la interpretación contractual declarada por el tribunal de instancia no ofrece viso alguno de ser ilógica, arbitraria o infractora de norma legal, sino que, por el contrario es, por lo ya dicho, congruente con el hecho considerado probado de que no tenía paso a camino público la finca que se vendía y se constituía como predio dominante.

Por tanto, procede la desestimación de los motivos segundo y tercero del recurso de casación formulado.

SÉPTIMO.- El motivo cuarto del recurso viene fundado en la infracción alegada del artículo 571 por relación con el artículo 580, ambos del CDFA, referentes al modo de extinción de las servidumbres, sean legales, sean voluntarias. En concreto, considera el recurrente que al ser la servidumbre voluntaria no es de aplicación el artículo 580 del CDFA que previene la extinción de la servidumbre forzosa de paso cuando éste deje de ser necesario por haber obtenido ya acceso a una nueva vía.

La conclusión a que se llegó al tratar los motivos segundo y tercero de recurso conducen a la inmediata desestimación de este motivo cuarto de recurso. Porque respetada la decisión del tribunal de instancia

de entender que la servidumbre fue forzosa, sí resulta de plena observancia la disposición del artículo 580 CDFA y, conforme a él, y ante la realidad actual de que la finca que fue predio dominante ya tiene acceso a vial público, procede la extinción de la servidumbre forzosa que en su momento se estableció a favor de esta finca que estuvo enclavada y ya no lo está ahora.

OCTAVO.- El quinto y último motivo de recurso de casación se basa en la infracción del artículo 34 de la Ley Hipotecaria (LH) que, a entender del impugnante, no ha sido respetado al desampararle de la protección registral que correspondía «como adquirentes de un derecho inscrito en el Registro de la Propiedad inmobiliaria».

La protección que otorga el Registro de la Propiedad, y en concreto el artículo 34 de la LH, no se extiende, como pretende el recurrente, a toda cita de derecho que conste en el acto o contrato que tenga acceso a la inscripción en el Registro de la Propiedad. Así resulta de lo establecido en los artículos 29, 34 y 98 de la LH y ha sido reiterado en constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre la que cabe reseñar la sentencia 7 de noviembre de 2006, cuando, con cita de otras anteriores, indica que «La mención (...) cae bajo el imperio del art. 29 de la Ley Hipotecaria: la fe pública del Registro no se extenderá a la mención de derechos susceptibles de inscripción separada y especial. No hay duda de que aquel derecho de aprovechamiento que aparece mencionado, podría, de existir, ser objeto de inscripción, conforme al artículo 2,2º de la misma Ley (...) Asimismo, el art. 98 de la misma Ley añade que las menciones de derecho susceptibles de inscripción especial y separada, como es el caso cuya inscripción se pretende, no tendrán la consideración de gravámenes a los efectos de esta Ley y serán cancelados por el Registrador a instancia de parte interesada. Lo cual es reiterado por la disposición transitoria 1ª A de la misma Ley

y los artículos 51 regla 7ª y 353.3 de su Reglamento. La práctica y la doctrina han corroborado que las menciones que se han practicado después de 1945, como los del presente caso, se cancelan por razón de caducidad en caso de práctica de cualquier asiento relativo a la finca (...) En definitiva, el régimen vigente según la Ley hipotecaria es de inoperancia de las menciones registrales (...). De modo que, como indicaba sentencia del mismo Tribunal de 30 de abril de 1993, en procedimiento en que se debatía sobre existencia de una servidumbre de paso: «Al tratarse de un derecho real sobre bienes inmuebles, puede ser inscrito en el Registro para que produzca efectos frente a terceros, debiendo la inscripción figurar como carga en el asiento del predio sirviente, y pudiendo también figurar en la inscripción del predio dominante pero como una cualidad del mismo.»

Igualmente debe observarse que la doctrina jurisprudencial es constante cuando se refiere a la exclusión de la protección registral respecto de las citas de mero hecho de las inscripciones registrales, pues como indica, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2015, por transcripción de otras anteriores: «el principio de legitimación registral así como el de fe pública (artículo 34 de la Ley Hipotecaria) debe ser matizado ya que, siguiendo doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo, la fe pública del registro asegura la existencia y contenido jurídico de los derechos reales inscritos, pero no garantiza la exactitud de los datos de mero hecho relativos a la inscripción de la finca quedando ello sometido al resultado de las pruebas practicadas.»

En el caso presente, la aplicación de la anterior doctrina y legislación conduce a la desestimación del último motivo de recurso. Porque, como ha sido ya expuesto, el derecho de servidumbre objeto del procedimiento no fue inscrito en el Registro de la

Propiedad, cuando pudo y debió ser inscrito como carga del predio sirviente para obtener la protección registral. Y la única mención que el Registro recoge respecto de tal servidumbre lo es por mera cita como dato fáctico descriptivo de la conformación física de las fincas en Escrituras que tenían como único objeto la compraventa, sin referencia alguna a convenio sobre la pretendida servidumbre, por lo que al tratarse de dato de mero hecho no está amparado por la protección registral.

NOVENO.- De conformidad con lo previsto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, desestimado el recurso de casación procede imponer a la recurrente el pago de las costas causadas en su tramitación.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Joaquín M. T. y D.ª Manuela V. J., contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel, Sección Primera, de fecha 4 de noviembre de 2015.

Se impone a la parte recurrente el pago de las costas causadas por el recurso de casación.

NÚM. 12

S. TSJA 15/2016 de 9 de junio de 2016

64: Relaciones entre ascendientes y descendientes: Guarda y custodia de los hijos: Doctrina jurisprudencial: Ciertamente, el régimen de custodia compartida es el preferente y predeterminado por el legislador aragonés, según se establece en el art.

80.2 CDFA, lo que se hace en busca del interés del menor y en orden al pleno desarrollo de su personalidad. Pero el citado precepto permite que, en interés del menor, el Juez adopte un sistema de custodia individual cuando sea más conveniente, atendiendo a los factores que el propio precepto señala, y motivando suficientemente las razones que conducen para establecer este régimen de guarda y custodia (en este sentido, SSTSJ 4/2012, 39/2012, 35/2013, 41/2013). El interés del menor es prevalente al momento de establecer el sistema de su guarda y custodia, siendo dicho interés un concepto jurídico indeterminado, que en cada caso es necesario determinar, evitando siempre eventuales arbitrariedades (STSJA 4/2016).

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 80.2 CDFA.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Fernando Zubiri de Salinas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

HECHOS RELEVANTES

PRIMERO.- Resultan acreditados en las instancias los siguientes hechos, relevantes para la resolución del recurso de casación interpuesto:

1.- D. Jesús B. B. y D^a Sagrario F. R. contrajeron matrimonio en Zaragoza el día 5 de septiembre de 1999.

2.- De dicha unión nació y vive un hijo llamado Juan, nacido en Zaragoza el 16 de junio de 2002.

3.- El matrimonio se disolvió por divorcio, acordado en sentencia de 27 de marzo de 2009. El fallo de dicha sentencia atribuyó a D^a Sagrario la guarda y custodia del hijo común, con un régimen de visitas a favor del padre.

4.- Promovido proceso de modificación de medidas, recayó sentencia del Juzgado de Primera Instancia n^o Dieciséis de Zaragoza, de 21 de diciembre de 2012, en la que se acordó la custodia compartida por ambos progenitores respecto del hijo común. Esta modificación del régimen de custodia produciría efectos desde el 11 de enero de 2013. Dicha decisión fue confirmada por la Audiencia Provincial de esta ciudad, en sentencia de 22 de noviembre de 2013.

5.- En el mes de julio de 2014 el menor manifestó su deseo de vivir con la madre y de suprimir todo contacto con el padre, como consecuencia de un enfado con éste y de divergencias en cuanto a las relaciones personales.

6.- El 16 de septiembre de 2014 D^a Sagrario interpuso la demanda que da origen a los presentes autos, en la que instó la modificación de medidas definitivas de los efectos del divorcio, solicitando que se otorgue la guarda y custodia del menor a su favor, y formuló otros pedimentos relativos a pensión de alimentos y a la forma de sufragar los gastos del hijo.

7.- En este proceso recayó sentencia del Juzgado de Primera Instancia n^o Dieciséis de Zaragoza, de fecha 25 de mayo de 2015, que desestimó la demanda, confirmando las medidas adoptadas en la sentencia anterior, aunque estableció un sistema transitorio en cuanto al régimen de visitas entre el padre y el hijo, al efecto de recuperar la relación entre ellos.

8.- La representación de D^a Sagrario interpuso recurso de apelación contra la citada sentencia, y tras su admisión y tramitación recayó sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 19 de enero de 2016, que lo estimó, acordando atribuir a D^a Sagrario F. R. la guarda y custodia individual del hijo común Juan B. F., con ejercicio comparti-

do de la autoridad familiar en lo que exceda de su ámbito ordinario, además de establecer otros pronunciamientos respecto al régimen de visitas con el padre y a la pensión de alimentos, que no son objeto de este recurso.

MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACIÓN

SEGUNDO.- Frente a la citada sentencia de la Audiencia Provincial, la representación procesal de D. Jesús B. B. interpone recurso de casación, que funda en dos motivos:

1.- Por infracción del artículo 80.2 y del artículo 79.5 del Código de Derecho Foral de Aragón (en adelante, CDFA), al considerar que no ha sido respetada la preferencia que establece la norma de la custodia compartida sobre la custodia individual, invocando además la falta de motivación y justificación de las razones que motivan la revocación de la guarda y custodia compartida acordada previamente. En el desarrollo del motivo la parte recurrente considera, además, que en la sentencia de segunda instancia se ha infringido por inaplicación lo dispuesto en el artículo 75.2 del CDFA.

2.- Por infracción del artículo 79.5 del CDFA, entendiendo que no concurren circunstancias relevantes para modificar las medidas que contemplaban la guarda y custodia compartida, expresando que la modificación de medidas debe quedar sometida al régimen general indicado en el artículo 775 de la Ley Enjuiciamiento Civil.

En atención a que ambos motivos se refieren a la infracción del artículo 79.5 del CDFA y a la procedencia de la decisión judicial sobre la guarda y custodia del menor, van a ser objeto de examen conjunto. Las consideraciones jurídicas que seguirán han de referirse a las infracciones denunciadas, si bien no se detendrán en las alegaciones referidas al artículo 75.2 del CDFA que, en sede de disposiciones gene-

rales acerca de los efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo, se refiere a la finalidad de esta sección —la sección tercera del capítulo segundo, libro primero, del CDFA— y establece un principio general dirigido a promover unas relaciones continuadas de los progenitores con sus hijos, mediante una participación responsable, compartida e igualitaria en su crianza y educación, como principio inspirador de las normas jurídicas subsiguientes; además de que su cita en el motivo primero del recurso se incluye, en deficiente técnica casacional, en el desarrollo de aquel y sin indicación de las razones por las que se considera infringido por inaplicación.

EXAMEN DE LOS MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACIÓN

TERCERO.- Para el examen de los motivos del recurso es necesario partir de los hechos acreditados en las instancias, y que sucintamente se han relatado en el primero de estos fundamentos jurídicos. En lo que atañe a la procedencia de la modificación de medidas, el artículo 79.5 del CDFA y el artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establecen la posibilidad de que la medidas judiciales adoptadas en esta clase de procesos pueden ser modificadas cuando concurren circunstancias relevantes, que en el caso de autos se concretan en la edad actual de Juan, que cumplirá catorce años el próximo día 16 de junio, y en los problemas habidos en la relación con su padre, con el que no ha mantenido contacto en los últimos meses. De esta forma resultaba procedente la tramitación del proceso de modificación de medidas y posible la adopción de un nuevo sistema de guarda y custodia, acorde a lo pedido y conforme al resultado de la prueba practicada.

Ciertamente, el régimen de custodia compartida es el preferente y predeterminado por el legislador aragonés, según se

establece en el artículo 80.2 del CDFA, lo que se hace en busca del interés del menor y en orden al pleno desarrollo de su personalidad. Pero el citado precepto permite que, en interés del menor, el Juez adopte un sistema de custodia individual cuando sea más conveniente, atendiendo a los factores que el propio precepto señala, y motivando suficientemente las razones que conducen para establecer este régimen de guarda y custodia —en este sentido, sentencias de esta Sala de 1 de febrero de 2012 (nº 4/2012), 27 de noviembre de 2012 (nº 39/2012), 17 de julio de 2013 (nº 35/2013), 30 de septiembre de 2013 (nº 41/2013).

En el caso de autos la sentencia de la Audiencia Provincial recoge los siguientes criterios valorativos, que expresa en el fundamento de derecho segundo:

«La modificación de medidas instada, dada la fecha de las que constituyen su objeto —sentencia de 21-12-12—, queda sometida al régimen general indicado del artículo 775 de la LEC, de modo que el interesado en ella debe alegar y probar una alteración relevante de las circunstancias que presidieron su adopción, extremo éste en el que es de señalar que la STSJA 26-5-14, tras señalar las diferencias entre los presupuestos de la modificación en los arts. 91 CC y 79.5 CDFA —alteración sustancial en el primero, alteración relevante en el segundo, lo que denota en este segundo caso una mayor flexibilidad— declara, en relación a estas medidas, relativas a menores, que no se trata ya de constatar si ha quedado acreditada una alteración sustancial de circunstancias existentes en el momento en que recayó la previa decisión judicial, sino si concurren o no aquellas causas o circunstancias que por su relevancia justifican su modificación, teniéndola todas aquellas que evidencien que las acordadas ya no se convienen con el interés del menor. Conclusión ésta que la prueba practicada autoriza sin duda.

Del padre, diagnosticado de trastorno bipolar en febrero de 2008, el Centro de Salud Mental de referencia refiere una buena adheren-

cia al tratamiento, y la psicóloga manifiesta que en el momento del informe —mayo 2015— se encontraba en un periodo de estabilización con predominio de fases depresivas moderadas. Y la trabajadora social informa que dispone de recursos suficientes y total disponibilidad para el cuidado de su hijo, pero carece de habilidades domésticas y de organización familiar.

La Sra. F., por su parte, posee recursos suficientes, una sólida red de apoyo y su horario le permite compatibilizar su vida familiar y laboral.

En cuanto a Juan cumplirá 14 años el 16-6-2016. Vive con su madre en casa de la abuela paterna y desde la segunda quincena de 2014, cuando deja el domicilio de su padre, hasta enero de 2015 estuvo con su padre en dos ocasiones, no habiendo mantenido contacto con él desde entonces. Ante la Psicóloga refirió que con su madre realiza actividades programadas y ha iniciado actividades con amigos, mientras que con su padre apenas participa en actividades conjuntas y no lo ayuda en los deberes a pesar de que se lo pide; que con su padre el periodo de custodia compartida no era real, ya que pasaba la mayor parte del tiempo con su madre, que se ocupaba de sus rutinas y sobre todo del control de sus deberes, limitándose a pernoctar en el domicilio materno; y expresó su preferencia por vivir con ella, aunque sin mostrar rechazo a relacionarse con su padre ni ruptura de la relación afectiva con él. Y en términos similares se manifestó en la exploración realizada en primera instancia, al igual que en esta alzada, en la que con muestras de perceptible madurez, sin indicio de influencia materna, insistió en que no quiere estar con su padre, con el que no hace nada, sino con su madre y en su entorno, que da una mejor respuesta a las exigencias propias de su edad.

Realizado el estudio de la situación familiar la psicóloga aconseja que el menor permanezca con la madre, teniendo en cuenta que su desarrollo evolutivo ha dado lugar a cambios en sus necesidades y exigencias, que necesita relacionarse con sus iguales y llevar a cabo actividades que favorecen el desarrollo de su personalidad, y que las condiciones y circunstancias maternas res-

ponden de manera más adecuada a sus necesidades. Recomendando un régimen de visitas consistente en fines de semana alternos de viernes a la salida del colegio al lunes a la entrada en el mismo, y una tarde a la semana, el miércoles, desde la salida del colegio a la entrada al día siguiente, así como la mitad de las vacaciones escolares.

La custodia compartida por parte de ambos progenitores es el régimen preferente y predeterminado por el legislador aragonés, que se aplicará 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), pero puede establecerse un sistema de custodia individual cuando éste resulte más conveniente para el interés del menor, evaluados los parámetros establecidos en el art. 80.2 del Código (Sentencias citadas y la de 15 de diciembre de 2011), siendo relevante para adoptar la decisión la prueba practicada, especialmente los informes psicosociales —art. 80.3 CDFA— y la opinión de los hijos menores, cuando tengan suficiente juicio —art. 80.2 c) CDFA—.

Y todo ello ponderado, si para negarse a la vuelta con su padre adujo el menor razones nimias en principio, como el enfado con él por no querer llevarlo a casa de un primo o la respuesta del padre a su aviso de que se iba con su madre y algunos desacuerdos en tema de limpieza de la vivienda y control de su ropa e higiene, la prueba practicada ha puesto de relieve, como se ha dicho, razones más profundas que permiten concluir que la custodia individual resulta en este caso más conveniente para el interés del menor, justificando el desplazamiento del tipo de custodia preferente acordado en la primera instancia del procedimiento.»

CUARTO.- Como indicamos en la sentencia de esta Sala de 3 de febrero de 2016 (nº 4/2016), el interés del menor es prevalente al momento de establecer el sistema de su guarda y custodia, siendo dicho interés un concepto jurídico indeterminado, que en cada caso es necesario determinar, evitando siempre eventuales arbitrariedades.

En el caso presente la sentencia de la Audiencia Provincial no desconoce la prioridad legal a favor de la custodia compartida, pues así lo expresa en el fundamento jurídico que se ha reseñado. Y no se trata de una expresión retórica, ya que el resto de la fundamentación se centra en justificar la decisión adoptada que, separándose del criterio preferencial, opta por la guarda y custodia de la madre.

A estos efectos son destacables los siguientes argumentos: a) el padre dispone de recursos suficientes y total disponibilidad para el cuidado de su hijo, pero carece de habilidades domésticas y de organización familiar; b) la Sra. F., por su parte, posee recursos suficientes, una sólida red de apoyo y su horario le permite compatibilizar su vida familiar y laboral; c) de la exploración del menor realizado ante la psicóloga resulta que Juan con su madre realiza actividades programadas y ha iniciado actividades con amigos, mientras que con su padre apenas participa en actividades conjuntas y no lo ayuda en los deberes a pesar de que se lo pide; d) que con su padre el periodo de custodia compartida no era real, ya que pasaba la mayor parte del tiempo con su madre, que se ocupaba de sus rutinas y sobre todo del control de sus deberes; e) el menor se manifestó en la exploración realizada en primera instancia, al igual que en la alzada, con muestras de perceptible madurez, sin indicio de influencia materna, y en ellas insistió en que no quiere estar con su padre, con el que no hace nada, sino con su madre y en su entorno, que da una mejor respuesta a las exigencias propias de su edad.

Estos argumentos revelan que la Audiencia Provincial ha atendido a los factores recogidos por el legislador en el art. 80.2 del CDFA, de modo que su decisión, suficientemente motivada, se ajusta a la norma y adopta una de las decisiones posibles conforme a aquélla.

QUINTO.- Es consolidada la doctrina jurisprudencial que recoge la STS de 29 de junio de 2015, (nº 417/2015), citada por esta Sala en nuestra sentencia de 16 de diciembre de 2015 (nº 36/2015), conforme a la cual:

«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 .»

De este modo la finalidad del recurso de casación no consiste en llevar a cabo una nueva valoración de la prueba, o una comparación entre la sentencia dictada en primera y segunda instancia, sino la de determinar, en la función nomofiláctica que esencialmente corresponde a la casación, si la sentencia de la Audiencia ha infringido el ordenamiento jurídico, en cuanto a las normas a que se refieren los motivos del recurso.

Desde esta perspectiva la sentencia impugnada, que respeta el criterio preferente y justifica su opción por considerar la custodia individual para la madre —atendidas las circunstancias concurrentes— más adecuada al interés del menor, en modo alguno vulnera el artículo 80.2, sin que la Sala aprecie atisbo de irracionalidad o arbitrariedad en tal decisión.

En este punto hemos de hacer, para concluir, una referencia a la argumentación de la sentencia cuando afirma que *«la prueba practicada ha puesto de relieve, como se ha dicho, razones más profundas que permiten concluir que la custodia individual resulta en este caso más conveniente para el interés del*

menor». Si existiese únicamente esa argumentación y se entendiese como apelación a razones que quedan en el arcano de la conciencia, podría razonarse sólidamente a favor de la casación por razón de arbitrariedad o de falta de motivación; pero el examen completo de la argumentación —que actúa como expresión lingüística de un razonamiento—, sin sacar de contexto una sola frase, revela que el tribunal provincial no ha pretendido excluir la motivación sobre las verdaderas razones de la decisión, sino valorar como relevantes, y no nimias, las discrepancias del menor con el estilo educativo que ejercía su padre.

Procede en consecuencia desestimar el recurso de casación.

COSTAS

SEXTO.- La desestimación del recurso conduce a la confirmación de la sentencia recurrida, con imposición a la parte recurrente 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 Disposición Adicional 15ª de la LOPJ.

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

FALLAMOS

1. Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Jesús B. B., contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 19 de enero de 2016, sentencia que confirmamos.

2. Con imposición a la parte recurrente de las costas del recurso.

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

NÚM. 13

S. TSJA 16/2016 de 10 de junio de 2016

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: ASIGNACIÓN COMPENSATORIA: Parejas estables no casadas: *La parte actora había solicitado en su demanda una compensación económica con fundamento expreso en el art. 310.1.b CDFA; la sentencia del Juzgado, examina los requisitos de dicho precepto y, negando la concurrencia de los mismos en la Sra. Navarro, desestima su petición. En el recurso de apelación se rebate la valoración de la prueba de la sentencia del Juzgado, sin embargo la sentencia de la Audiencia, sin citar precepto alguno, acuerda la fijación de una asignación compensatoria (sic) en base al tiempo de convivencia, trabajos e ingresos de uno y otro y dedicación de ella a la familia, concluyendo que «es claro el descenso económico provocado por la ruptura en la Sra. Navarro». Los parámetros que indica y la propia denominación que utiliza denotan que se concede una asignación compensatoria del art. 83 CDFA. No se articuló motivo de infracción procesal sobre el desajuste entre lo pedido y lo resuelto. En esta situación, sólo cabe decir que no siendo aplicable el art. 310, no cabe alegar su infracción. Existiendo hijos a cargo, resulta también aplicable a las parejas no casadas la posible asignación compensatoria del art. 83, por lo que éste es el precepto aplicable y no el art. 310.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 6, 60, 75, 76, 79, 80, 83, 310 CDFA

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasierra

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De la relación entre la actora y el demandado nació su hijo Guillermo el 5 de mayo de 2003.

Tras las demandas interpuestas por ambos progenitores en las que cada uno solicitaba para sí la guarda y custodia del menor, que fueron acumuladas en el procedimiento del que trae causa el presente recurso, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 2 de Zaragoza dictó sentencia de 9 de marzo de 2015 en el que atribuyó la guarda y custodia del menor a la madre condicionada a que ambos progenitores y el hijo se sometieran durante un período de seis meses a la terapia que se les marcará desde el IASS y Protección de la Infancia y Tutelas del Gobierno de Aragón en relación con ADCARA, siendo estas instituciones desde las que se fijaría el régimen de visitas entre padre e hijo. Si transcurridos los seis meses no se hubiera producido mejora en la relación entre ambos, la sentencia autoriza al IASS y al Servicio de Protección de la Infancia y Tutela para llevar a cabo el cambio de la tutela a favor del Gobierno de Aragón a fin de sacar al menor de la situación de riesgo en que se encuentra.

No se establece en la sentencia régimen de visitas entre padre e hijo, siendo las instituciones intervinientes en la terapia familiar las que habrían de establecer el régimen más adecuado conforme evolucionase la terapia a la que se va a someter el grupo familiar.

Se fija una pensión alimenticia para el hijo a cargo del padre de 500 euros mensuales, no se señala uso de la vivienda familiar, sin perjuicio de su adjudicación a su propietario, el Sr. V., y no se da lugar a la compensación económica solicitada por la Sra. N.

Ambas partes interpusieron recurso de apelación. La actora en solicitud de que se dejara sin efecto la autorización otorgada al IASS para asumir la tutela del hijo, que se establezca el mantenimiento de la terapia familiar mientras progrese la relación paterno filial, y que se fije una compensación eco-

nómica de 1.300 € mensuales durante cinco años a cargo del Sr. V.; y el demandado en solicitud de que se le otorgue la custodia del hijo con el régimen de visitas que establezca el IMLA para la madre.

La sentencia dictada por la Audiencia Provincial desestimó el recurso del Sr. V. y estimó parcialmente el de la Sra. N. en el sentido de mantener a su favor la custodia del hijo, sin condición alguna, suprimiéndose la autorización concedida al IASS para la asunción de su tutela y (suprimiéndose) las visitas hasta ahora existentes con el padre al haber cesado la terapia instaurada. Y establece a favor de la Sra. N. una compensación económica de 400 € mensuales durante cinco años, actualizable anualmente conforme a las variaciones del IPC.

SEGUNDO.- El primer motivo del recurso de casación interpuesto por la representación del Sr. V. se basa en infracción de lo establecido en el artículo 80.2 del CDA en consonancia con el artículo 76.2, con vulneración del artículo 39.2 de la Constitución, e incorrecta aplicación del principio de protección del interés del menor al no establecer la custodia del menor a favor de su padre.

La sentencia de primera instancia (fundamento tercero) parte de la afirmación de que no existe ningún impedimento para que la guarda y custodia del menor sea atribuida tanto a la madre como al padre. Destaca del informe del Gabinete Psicosocial del IMLA que *«es evidente que la influencia de la madre es perjudicial para el menor por cuanto le está alejando tanto del padre como del entorno paterno; sin embargo, tal y como postula la propia psicóloga del IMLA, la atribución en este momento de la guarda y custodia al padre sería todavía más perjudicial para éste que mantener la guarda y custodia con la madre como hasta ahora se estaba produciendo, por cuanto considera que en atención a la edad de Guillermo éste podría no solo escaparse al estar con su padre sino que además podrían*

producirse situaciones violentas de enfrentamiento con el padre».

Y, en búsqueda de la solución más adecuada para el menor, coincidiendo con la psicóloga del IMLA, *«a pesar de considerar que D^a M^a Pilar N. no es una buena influencia (por no decir una mala influencia) para su hijo, no se le puede atribuir de forma repentina la guarda y custodia a D. Julián pues es un cambio excesivamente brusco y extremo que puede producir un mayor rechazo del menor hacia su padre.»*

No obstante, la sentencia somete la decisión a los dictámenes o informes que emita Protección de la Infancia y Tutela de la DGA, en colaboración con el IASS y con la Asociación de Desarrollo Comunitario en Áreas de Aragón (ADCARA). Y si la actuación de estas instituciones no produce efecto en el plazo de seis meses, *«debido a la situación de riesgo del menor al haber perdido todo el contacto con el padre y el entorno paterno, y considerando que es la madre la causante de este deterioro, se debería atribuir la patria potestad al Gobierno de Aragón para que Guillermo, desde un entorno neutral inicie una nueva relación con su padre y con su madre, sin la influencia de uno ni de otro, para que se vuelvan a establecer los vínculos afectivos con ambos pero en condiciones de igualdad.»*

La sentencia de apelación da cuenta del resultado de la exploración del menor en la alzada (fundamento segundo): *«... manifestando de forma tranquila y razonada estar contento y adaptado a su actual sistema de vida en S. I. , a su nuevo colegio en este barrio, donde se lleva bien con sus compañeros, juega a balonmano y se siente integrado alegando no sentirse cómodo en presencia de su padre, con el que le resulta difícil hablar y con el que hay tensión, suponiéndole las visitas supervisadas establecidas un gran esfuerzo y pérdida de tiempo, por los traslados que comportan y porque no tiene interés en verle, cumpliéndolas porque lo manda el Juez».*

También refiere la sentencia, aunque no aparece como manifestación en el acta de exploración, que el menor alude haber presenciado incidentes violentos por parte de su padre que le provocan un gran rechazo. Y que desde el inicio del verano la situación se ha radicalizado, negándose el niño a ver a su padre.

A continuación (fundamento tercero) la sentencia se refiere a la forma en que se han desarrollado las visitas entre padre e hijo, tuteladas por el P.E.F., en un ambiente tenso y con gran malestar del menor, habiendo acudido la madre y el menor voluntariamente a tratamiento en la Fundación ADCARA, e informando el IASS del cese de su intervención tras un incidente conflictivo ocurrido en julio de 2015 entre padre e hijo motivador del retroceso en los avances conseguidos.

Resume el informe del IASS *«en el que comunica la suspensión de la terapia familiar implantada ante el retroceso del menor que se niega a asistir a la misma, y ello tras el incidente acaecido en julio de 2015 que derivó en denuncia penal. El IASS ante la influencia negativa de la madre y su entorno hacia el padre propone una separación provisional del menor de la madre para restablecer los vínculos con ambos progenitores en condiciones de igualdad, considerando el sometimiento de D^a Pilar a intervención psiquiátrica. Ambos informes indican también la negativa influencia de la abuela materna en la actitud del menor respecto de su padre, la falta de constancia de una actitud deliberada de la madre en la influencia del menor respecto de su padre, y en la necesidad de que este último adquiriera habilidades de acercamiento y destreza respecto del niño, centrándose más en sus necesidades que en las suyas propias.»*

Y concluye la sentencia: *«Tales informes y lo hasta ahora actuado determinan que, en interés del niño, y ante su clara actitud de rechazo, se mantenga la custodia individual a favor de la madre para preservar su estabilidad y serenidad, entorno en el que se desenvuelve de forma*

adecuada, social y académicamente, sin establecer visitas con el padre, interrumpidas ya tras el cese de las terapias».

La sentencia resuelve así, simultáneamente y con los mismos razonamientos, lo relativo a la guarda y custodia (individual para la madre) y al régimen de visitas del padre (que no se acuerda). Y rechaza que exista situación de desamparo del menor, a pesar de constatar el informe del IASS maltrato psicológico por influencia de la madre y de la familia materna que llevan al rechazo paterno, por no contemplar la autónoma voluntad del menor, también derivada de determinados comportamientos paternos por él rechazables. Afirma que no se cumple el supuesto de ausencia de recursos familiares previsto en el Reglamento de medidas de protección de menores en situación de riesgo o desamparo (Decreto 190/2008, de 7 de octubre, del Gobierno de Aragón), para adoptar medidas como la combatida.

TERCERO.- Afirma la parte recurrente que se ha producido la infracción del artículo 80.2 del CDFA al no conceder la guarda y custodia del menor a favor del padre porque, aunque en la atribución de la custodia individual no hay criterio preferente, se debe atender también para ello a los factores señalados en el artículo 80.2 para valorarlos respecto a cada uno de los progenitores individualmente.

Considera que no son inconveniente respecto a él ni la edad del hijo y su arraigo social y familiar con la familia paterna, pues el menor mantenía con todos una buena relación hasta la separación. Niega la aptitud y voluntad de la madre, que afirma para sí, por no ser consciente del grave daño que provoca al hijo con su actitud. Y también afirma sus posibilidades de conciliación de la vida laboral.

Se ocupa especialmente del valor de la opinión del menor que, dada la influencia y manipulación de la madre y de la abuela ma-

terna sobre el mismo, hace que la opinión del menor sea realmente la de ellas dos.

La sentencia recurrida, como hemos visto, reproduce ampliamente los informes de las entidades y asociaciones que los emitieron, de los que se deduce la difícil situación que debe ser afrontada ya que constatan la tensa relación entre padre e hijo con referencia a la negativa influencia de la madre y su entorno, y también a la necesidad de que el padre adquiera habilidades de acercamiento y destreza respecto al niño.

Con similares informes ya la sentencia de primera instancia había llegado a la misma conclusión de atribuir la custodia del menor a la madre, a pesar de la negativa influencia para el menor de ella y de su entorno, por apartarle del padre. Ahora la sentencia de apelación tiene en cuenta, además, el resultado de la exploración del menor, que en el momento de su realización contaba con doce años de edad (con derecho a ser oído conforme a lo dispuesto en el artículo 76.4 en relación con el artículo 6, ambos del CDFA).

En base a todo ello la sentencia recurrida concluye que el interés del menor aconseja mantener la custodia individual de la madre para preservar su estabilidad y serenidad. Frente a ello el motivo del recurso que examinamos pretende alterar la valoración de la prueba argumentando, fundamentalmente, la negativa influencia de la madre y de la abuela materna tendente a perjudicar la relación del menor con su padre.

La sentencia, según hemos visto, no ignora la realidad de la mala influencia en el menor de la madre y de la abuela materna, y así lo constata al citar el contenido del informe del P.E.F. y el del IASS, destacando también de los mismos que no consta una actitud deliberada de la madre en la influencia del menor respecto de su padre, y la necesidad de que este último

adquiera habilidades de acercamiento y destreza respecto del niño.

En base a tales informes y al manifestado rechazo del niño acuerda la custodia individual de la madre por resultar más acorde al interés del menor, y este resultado probatorio, debidamente justificado, no puede ser alterado por las subjetivas apreciaciones de la parte recurrente, pues no se acredita que resulte arbitrario, irracional o ilógico, o claramente atentatorio contra el interés del menor.

Como ha manifestado reiteradamente esta Sala (por todas, la sentencia nº 4/2016, de 3 de febrero, recurso de casación 57/2015, y las allí citadas), el interés del menor es el prevalente para establecer el sistema de guarda y custodia, siendo un concepto jurídico indeterminado que es preciso concretar en cada caso, de modo que no resulta desconocido ni infringido cuando se opta por el de custodia individual frente al preferente de compartida, por resultar más conveniente para el menor (artículo 80.2 CDFA). En el presente caso, en el que se resuelve la petición de custodia individual de cada uno de los progenitores, la sentencia, valorando las difíciles circunstancias de la situación, opta por mantener la custodia de la madre teniendo en cuenta todas las circunstancias ya expuestas, como mejor forma de preservar el interés del menor.

En consecuencia, no resultan infringidos los artículos 80.2 y 76.2 del CDFA, por lo que el motivo debe ser desestimado.

CUARTO.- Los motivos segundo y tercero, que en el recurso se exponen conjuntamente, se interponen por infracción de lo establecido en los artículos 80.1 y 79.2 del CDFA en consonancia con los artículos 76.3.a) y 75.2, con vulneración también del principio del beneficio e interés del menor, y artículo 39 CE al no fijar un régimen de visitas a favor del padre, infringién-

dose así el derecho del menor a un contacto directo y frecuente con su padre y familia paterna.

Argumenta la parte recurrente que el no señalamiento de visitas para el padre significaría condenarle a no ver más a su hijo, con pérdida para el menor de la referencia de la figura paterna, y los trastornos emocionales y psicológicos que ello conllevaría. A su juicio ninguno de los informes obrantes en las actuaciones aconseja no establecer un régimen de visitas sino que, al contrario, lo que aconseja el IASS es la separación temporal del menor con su entorno materno por resultar perjudicial para él.

El Ministerio Fiscal considera que debe estimarse este motivo del recurso por resultar infringidos los preceptos citados al no señalar régimen de visitas por las circunstancias conflictivas que afectan a ascendientes y descendiente. La negativa del menor no justificaría la supresión del régimen de comunicación, estancias o visitas, y se infringiría el artículo 80.1, en perjuicio del propio menor y del ascendiente que no ha sido privado de las funciones de la autoridad familiar.

La parte recurrida muestra su conformidad con lo resuelto en este punto por la sentencia de la Audiencia Provincial, si bien pone de manifiesto que ya desde el procedimiento de medidas cautelares previas estimaba que debía establecerse un sistema progresivo de visitas que se fuera incrementando conforme fuera mejorando la relación entre padre e hijo. De hecho, en el suplico de su demanda solicitó que se estableciera un régimen progresivo de visitas en sábados alternos desde las 11 hasta las 20 horas, con entrega y recogida en el P.E.F.

Considera dicha parte que el régimen de visitas acordado por el Juzgado de Violencia en las medidas cautelares previas, más amplio, no dio el resultado apetecido,

sino al contrario, por el rechazo del hijo. Dado que las entrevistas entre ambos se habían producido en un ambiente de gran tensión y malestar para el menor y que, según el informe de ADCARA, se debía profundizar en las habilidades parentales y destrezas de acercamiento al hijo, que sufría crisis de ansiedad por tales vistas, las pruebas aconsejaban suprimir las vistas con el padre.

Como ya se ha expuesto, la sentencia recurrida resuelve de forma conjunta la atribución de la custodia a favor de la madre y el no establecimiento de visitas en favor del padre centrando sus razonamientos en la conclusión de los distintos informes sobre la conveniencia de mantener la custodia individual y, de forma explícita, en la voluntad expresada por el menor en la exploración judicial. No contiene la sentencia un razonamiento específicamente dirigido a justificar la no continuación del régimen de visitas.

El párrafo tercero del artículo 80.1 del CDFA determina que, en los casos de custodia individual, se fijará un régimen de comunicación, estancias o visitas con el otro progenitor que le garantice el ejercicio de las funciones propias de la autoridad familiar.

Se configura este régimen de comunicación en la doble vertiente del derecho de los menores a un contacto directo con los padres de modo regular (artículo 76.3.a), y el derecho de los padres para garantizar el ejercicio de las funciones propias de la autoridad familiar (artículo 80.1, en relación —artículo 59 b— con el derecho y obligación de los padres, aunque no vivan con el menor, e incluso cuando no ostenten la autoridad familiar, a visitarlo y relacionarse con él), añadido a las medidas a adoptar por los jueces para garantizar la continuidad y la efectividad del mantenimiento de los vínculos de los hijos menores con cada uno de sus progenitores, así como de la relación con

sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas (artículo 79.2.a). No se trata de un derecho libremente disponible, tampoco para el menor, que en última instancia (artículo 60) será dotado de eficacia, o suspendido, modificado o denegado por el juez, atendiendo a su interés. Y para solicitar la intervención judicial se legitima a todos los interesados, lo que también indica que no se trata de un derecho exclusivo del menor aunque permanentemente concebido en su interés y dirigido al mismo.

En las relaciones entre ascendientes y descendientes (Título II del Libro Primero del CDFA), y dentro de los efectos de la filiación (Capítulo primero), el artículo 60.1 del CDFA configura las relaciones de los hijos con ambos padres, con sus abuelos y otros parientes y allegados, como un derecho de los primeros, salvo si, excepcionalmente, el interés del menor lo desaconseja (el subrayado es nuestro).

Así pues, el no establecimiento de un régimen de comunicación, estancias o visitas entre padres e hijos y los demás parientes citados, exige que, excepcionalmente, se justifique por desaconsejarlo el interés del menor. En el presente caso se ha atendido exclusivamente a la voluntad del menor que, como señala el Ministerio Fiscal, no puede suponer, por sí sola, el elemento decisorio tratándose de un niño de doce años, pues tal decisión puede suponer un perjuicio para él mismo. De hecho, los informes periciales subrayaban, ya para la decisión sobre la custodia, la necesidad de mantener los vínculos con su padre para contrarrestar la negativa influencia del entorno materno. Y la representación de la madre avalaba la necesidad de mantener tal relación mediante un régimen progresivo de visitas, sin perjuicio de que no haya dado resultado positivo, lo que requerirá un esfuerzo mayor de todos los implicados para conseguir su efecto beneficioso, que nadie niega.

Por ello, no habiéndose dado la justificación excepcional que la norma exige para no establecer un régimen de comunicación, estancias o visitas entre padre e hijo, se han infringido los preceptos citados y en tal sentido debe ser casada la sentencia.

Asumiendo la instancia por tal motivo, se confirma en este punto lo resuelto por la sentencia de 9 de marzo de 2015 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 2, en los términos del apartado 2º de su fallo.

QUINTO.- El cuarto motivo del recurso se articula por infracción de los apartados 1 y 3 del artículo 83 del CDF, en relación a la fijación de una compensación económica a favor de la Sra. N., su cuantía y duración. Y el motivo quinto por infracción de lo establecido en el artículo 310, apartado 1, del CDFA, en relación al establecimiento de una compensación económica a favor de la Sra. N., su cuantía y duración.

Ambos motivos se refieren a una misma cuestión, la compensación económica en favor de la Sra. N., aun con contenidos y fundamentos distintos, por lo que se resolverán conjuntamente.

En el cuarto motivo alega la parte recurrente que el Juzgado, valorando las pruebas practicadas, llegó a la conclusión de la inexistencia de desequilibrio, pero la sala de apelación, sin haber valorado el conjunto probatorio, concluye que existe desequilibrio y fija una cantidad de 400 euros mensuales durante cinco años. La parte recurrente centra sus argumentos en cuestiones de hecho sobre las circunstancias económicas de ambos, para defender que no se ha producido desequilibrio.

De forma parecida alega sobre las circunstancias de hecho para negar que se haya producido desigualdad patrimonial entre los convivientes a la que se refiere el artículo 310 del CDFA, como supuesto de

hecho para poder exigir una compensación económica.

La parte actora había solicitado en su demanda una compensación económica con fundamento expreso en el artículo 310.1.b) del CDFA. La sentencia del Juzgado, razonando (primer párrafo del fundamentos sexto) que habrá de resolver sobre la compensación económica del artículo 310 y no sobre una pensión compensatoria, examina los requisitos de dicho precepto sobre contribución económica del reclamante a la adquisición de los bienes y su dedicación al hogar o a los hijos del otro y, negando la concurrencia de los mismos en la Sra. Navarro, desestima su petición.

En el recurso de apelación de esa parte específicamente se rebate la valoración de la prueba de la sentencia del Juzgado sobre los requisitos del artículo 310 (convivencia de la pareja, dedicación al hogar y al hijo común dejando su trabajo por ello, y el patrimonio de su pareja).

Sin embargo, la sentencia recurrida se refiere en su fundamento cuarto a la fijación de una asignación compensatoria (sic) y la acuerda para D^a M^a Pilar en base al tiempo de convivencia, trabajos e ingresos de uno y otro y dedicación de ella a la familia, concluyendo que *«es claro el descenso económico provocado por la ruptura en la Sra. N.»*. No se cita precepto alguno pero los parámetros que indica y la propia denominación que utiliza denotan que se concede una asignación compensatoria del artículo 83 CDFA.

En el motivo sexto de los de infracción procesal, que resultó inadmitido, la parte recurrente alegaba infracción del artículo 218.2 LEC por falta de motivación al señalar la compensación económica y manifestaba que la sentencia no citaba precepto alguno por lo que ignoraba si se reconocía la compensación con base en el artículo 310 o en el artículo 83 del CDFA. Pero no

articulaba motivo de infracción procesal que pusiera de manifiesto el posible desajuste entre lo pedido por la parte con su justificación y lo resuelto en la sentencia de apelación, por lo que nada cabe razonar ni decidir al respecto. Y en el auto de 18 de marzo de 2016 inadmitiendo los motivos de infracción procesal ya se puso de manifiesto que no había falta de motivación pues la sentencia señalaba las circunstancias tenidas en cuenta para fijar la compensación, aunque no se enmarcaban en un precepto u otro.

En esta situación solo cabe examinar si se han infringido los preceptos citados, para lo que hay que partir de que, a la vista del fundamento cuarto de la sentencia, lo acordado en la misma es una asignación compensatoria del artículo 83 pues, al margen de la propia denominación, los parámetros examinados son los que llevan a la existencia de un desequilibrio económico provocado por la ruptura (descenso económico en la Sra. N., dice la sentencia). Por ello, no siendo aplicado el artículo 310, no cabe alegar su infracción.

Y, fundamentalmente, existiendo hijos a cargo (Título II, Capítulo II, Sección 3^a, del CDFA), resulta aplicable también a las parejas no casadas la posible asignación compensatoria del artículo 83, por lo que éste es el precepto aplicable y no el artículo 310.

En el motivo cuarto del recurso, que examinamos, la parte recurrente expone su desacuerdo con la valoración de los parámetros realizada en la sentencia, aun habiendo afirmado antes la falta de motivación, y aunque escuetamente motivados no cabe en casación la mera discrepancia con los mismos pretendiendo una nueva valoración de la prueba. En definitiva, debe respetarse la valoración de la prueba efectuada y, con ello, la decisión sobre la asignación compensatoria, por no haber sido infringido el artículo 83 del CDFA.

SEXTO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por la estimación parcial del recurso, no procede la imposición de las costas del mismo.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

PRIMERO.- Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Julián V. de P.

SEGUNDO.- Casar y anular, dejándola sin efecto parcialmente, la sentencia de fecha 28 de diciembre de 2015, dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, en el rollo de apelación núm. 335/2015, tan solo en lo relativo a la supresión del régimen de visitas, extremo en el que se confirma lo resuelto por la sentencia de 9 de marzo de 2015 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 2, en los términos del apartado 2º de su fallo.

TERCERO.- No hacer imposición de costas causadas en el presente recurso.

Con devolución del depósito constituido.

motivación del recurso, así como de la doctrina jurisprudencial supuestamente infringida. Por ello, no habiendo sido expresada y justificada la doctrina de la Sala, o del TS, o la ausencia de doctrina supuestamente infringida, no queda tampoco justificado el interés casacional, como exige el art. 481.1 Lec., por lo que debe ser inadmitido el recurso de casación a tenor de lo dispuesto en el art. 483.2.2º y 3º del mismo texto procesal.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 481 y 483 Lec.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasiera

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 484.1 LEC, en el trámite de admisión del recurso de casación la Sala debe examinar en primer lugar su competencia, pronunciándose seguidamente, si se considerase competente, sobre la admisibilidad del mismo.

Presentado recurso de casación y también extraordinario por infracción procesal contra sentencia dictada por órgano judicial con sede en la Comunidad Autónoma de Aragón, con fundamento el de casación en infracción de normas del Derecho civil aragonés (artículo 82.2 del Código del Derecho Foral de Aragón), la competencia para su conocimiento corresponde a esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, en relación con el artículo 73.1.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 478.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Respecto al recurso extraordinario por infracción procesal, es igualmente compe-

NÚM. 14

A. TSJA de 10 de junio de 2016

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO.

OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL:

Falta de justificación del interés casacional: *La justificación del interés casacional y su correcta expresión en el recurso viene exigida por el principio de igualdad procesal de las partes y la prohibición de indefensión, de forma que se permita a la parte recurrida la perfecta identificación del objeto y de la*

tente este órgano jurisdiccional según lo dispuesto en el régimen transitorio señalado en la disposición final decimosexta, apartado 1, regla 1ª, de la misma, si se interpone por los motivos previstos en su artículo 469 respecto de las resoluciones que sean susceptibles de recurso de casación conforme a lo dispuesto en el artículo 477. En este caso el recurrente interpone este recurso extraordinario al amparo del artículo 469.1.2º y 4º LEC, por infracción de los artículos 216, 217.2 y 3 LEC, en relación con el artículo 218, por error en la valoración de la prueba y falta de motivación, vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE.

Conforme a lo previsto en el artículo 1, y en el artículo 2.2 en relación con el artículo 3.3 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, la resolución será susceptible de recurso de casación, según lo señalado en el párrafo segundo anterior, en el caso de presentar el asunto interés casacional y fundarse en infracción de normas del Derecho civil aragonés.

SEGUNDO.- Tratándose de recurso de casación interpuesto al amparo del artículo 477.3 LEC y artículos 2 y 3.1 la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, es decir, por presentar su resolución interés casacional, debe comprobarse si se cumple tal requisito.

Como se puso de manifiesto en la providencia de 4 de mayo de 2016, como justificación del interés casacional se transcribían en el escrito de recurso los tres apartados del citado artículo 3 pero no se concretaba cual de ellos amparaba el recurso.

En el escrito de alegaciones a la anterior providencia la parte recurrente hace referencia al apartado 1 del artículo 3, pero no concreta si es por oposición de la sentencia recurrida a doctrina de esta Sala o del Tribunal Supremo en aplicación de normas del Derecho civil aragonés, o por

no existir dicha doctrina en relación con las normas aplicables.

La justificación del interés casacional y su correcta expresión en el recurso viene exigida por el principio de igualdad procesal de las partes y la prohibición de indefensión, de forma que se permita a la parte recurrida la perfecta identificación del objeto y de la motivación del recurso, así como de la doctrina jurisprudencial supuestamente infringida. Por ello, no habiendo sido expresada y justificada la doctrina de la Sala, o del Tribunal Supremo, o la ausencia de doctrina supuestamente infringida, no queda tampoco justificado el interés casacional, como exige el artículo 481.1 LEC, por lo que debe ser inadmitido el recurso de casación a tenor de lo supuesto en el artículo 483.2.2º y 3º del mismo texto procesal.

TERCERO.- En cuanto al recurso de casación, se puso de manifiesto en la citada providencia de 5 de mayo que en la sentencia de primera instancia y en la de apelación se tuvieron en cuenta las necesidades del menor y los ingresos del padre. En el escrito de alegaciones insiste el recurrente en que no se han tenido en cuenta la disminución de sus ingresos, pero expresamente indica la sentencia recurrida (fundamento tercero) los que percibía en el momento de fijarse la pensión alimenticia y los actuales, considerando que la pensión de 210 euros mensuales es asumible cuando se perciben ingresos superiores al salario mínimo interprofesional.

En definitiva, se pretende la revisión de la adecuación de la pensión alimenticia del hijo al principio de proporcionalidad que, como esta Sala ha expresado reiteradamente, es función que corresponde a los tribunales de instancia, no revisable en casación salvo en los supuestos de falta de lógica o arbitrariedad, lo que no se da en este supuesto.

Por ello, el motivo de casación resulta inadmisble conforme a lo dispuesto en el artículo 483.2.2º en relación con el artículo 477.1 de la LEC.

CUARTO.- Inadmitido el recurso de casación por los motivos expresados, debe inadmitirse, sin más trámites, el recurso extraordinario por infracción procesal (Disposición final 16ª.1, regla 5ª, párrafos primero y segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

QUINTO.- Deben ser impuestas las costas a la parte recurrente conforme a lo dispuesto en los artículos 398.1 y 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

LA SALA ACUERDA

1.- Declarar la competencia de esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón para el conocimiento del presente recurso de casación y extraordinario por infracción procesal.

2.- Inadmitir el recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación de D. Antonio Agustín B. A.

3.- Declarar la firmeza de la sentencia recurrida.

4.- Imponer las costas a la parte recurrente.

da por el art. 218 Lec., la sentencia cita las SSTC 101/2015, 13/2001 y 9/2015, añade que igual criterio sostiene el TEDH en su interpretación del art. 6 del Convenio de 1950, en diversas sentencias, en las que se señala que dicha norma incluye la obligación de los tribunales de dar razones suficientes de su decisión, pero que no puede ser entendida en el sentido de que impone una respuesta detallada a cada argumento, ni que requiera que un tribunal de apelación haya de dar razones más detalladas cuando aplica simplemente una concreta previsión legal para rechazar el recurso, de tal forma que puede ser bastante, en los casos en que la apelación es rechazada, la simple remisión a las razones dadas por el tribunal inferior. La jurisprudencia más reciente ha acuñado el «principio de economía motivadora», con arreglo al cual no se explica lo obvio (STS 290/2014). Termina la exposición de la doctrina general con la cita de la STSJA 26/2013. Considera que los argumentos de la sentencia recurrida son bastantes para entender cumplida la exigencia de motivación.

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: ASIGNACIÓN COMPENSATORIA: Carácter temporal o indefinido: *La aplicación al caso concreto de los criterios del art. 83.2 para determinar la cuantía y naturaleza temporal o indefinida de la asignación compensatoria forma parte de las facultades discrecionales de los tribunales de instancia, de modo que las decisiones por ellos tomadas no son revisables en casación, sino en aquellos casos en que suponen infracción del precepto legal por aparecer como absolutamente ilógicas, irracionales o asentadas en parámetros distintos de los legales o establecidos por la jurisprudencia (SSTSJA 26/2013 o 1/2012). En las SSTSJA 35/2014 y 35/2015 se ha destacado que el establecimiento de un plazo de duración es tan solo una posibilidad cuyo uso dependerá de que con él no se resienta la función de restablecer el equilibrio que*

NÚM. 15

S. TSJA 18/2016 de 27 de junio de 2016

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: MOTIVOS DE INFRACCIÓN PROCESAL: Motivación de la sentencia: Sobre la motivación de las sentencias requeri-

cumple. En el caso el tiempo indefinido de la asignación por el que se ha inclinado la sentencia no responde a una adecuada valoración de las circunstancias concurrentes de acuerdo a las pautas que resultan de la jurisprudencia de esta Sala para situaciones semejantes. El plazo de 10 años de la sentencia de primera instancia parece más razonable. Un elemento que incide en la temporalidad es la atribución de bienes a la esposa en la liquidación del haber conyugal.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 218 Lec., 83 CDFa.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. Pedro impugna únicamente, por la doble vía de la infracción procesal y de casación, el pronunciamiento por el que la sentencia recurrida torna en indefinida la asignación compensatoria que por importe de 1.000 € mensuales y tiempo de 10 años fijó la sentencia de primera instancia a favor de la que fuera su esposa, D^a Belén, hasta la sentencia de divorcio recaída en los autos de que trae causa el recurso.

Reclama el recurrente en primer lugar la declaración de nulidad de la sentencia y la reposición de las actuaciones al momento anterior de que fuera dictada por la Audiencia Provincial por haber incurrido esta en falta de motivación y errónea valoración de la prueba, a cuyo efecto articula dos motivos de infracción procesal. Subsidiariamente a tal pretensión, sostiene como motivo de casación la infracción del art. 83.2 CDFa, y solicita con carácter principal la reducción de dicha pensión a un tiempo de 1 año y a un importe de 500 € al mes, y, subsidiariamente el mantenimiento

de la limitación temporal fijada en la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO.- La parte recurrida, en uso de la posibilidad establecida en el art. 485 LEC, alega que concurren causas de inadmisibilidad de los recursos por motivo de infracción procesal y de casación interpuestos que esta Sala no ha advertido en trámite de admisión.

En cuanto al recurso por motivo de infracción procesal, sostiene que los dos motivos de los que consta adolecen de carencia manifiesta de fundamento.

En lo que toca al recurso de casación afirma que incurre en defectuosa formulación por no respetar la base fáctica.

Si bien es cierto que el recurso por motivo de infracción procesal, como ahora el de casación, es susceptible de ser inadmitido por causa de carencia manifiesta de fundamento, tal palmaria falta no es de apreciar en el presente caso en el primero de los motivos procesales, pues el recurrente expresa razones por las que entiende que a su parecer la sentencia de apelación no contiene una exhaustiva respuesta a todas las cuestiones planteadas en la apelación, ni justifica la razón por la que revoca el criterio de la primera instancia.

Y lo mismo cabe decir del segundo, en el que el recurrente sostiene que la Sala ha errado en la valoración de la prueba en cuanto a las situación económica de los esposos que condujo a la decisión sobre la asignación compensatoria, pues el recurso sostiene con suficiente explicación las razones por las que entiende que la Sala ha dejado de tener en consideración relevantes elementos de prueba.

En definitiva, con independencia de su prosperabilidad, lo que será objeto de estudio en los siguientes fundamentos de derecho, el recurso por motivo de infracción procesal no presenta una falta de funda-

mento de tal entidad que justifique su inadmisión.

A igual solución llega la Sala en cuanto al recurso de casación. Sostiene la parte recurrida que el recurso no respeta los hechos tenidos como probados por la Sala de apelación, pero a tal efecto no puede ser obviado que se ha interpuesto conjuntamente el recurso por infracción procesal en los que los discute, y por otra parte plantea una neta cuestión jurídica sobre la temporalidad de la asignación compensatoria que la Sala de apelación torna en definitiva, por lo que tampoco en relación a este recurso entendemos que se den elementos de entidad suficiente para inadmitir el recurso.

TERCERO.- Recurso por motivo de infracción procesal.

Dos son los motivos de impugnación. El primero sostiene falta de motivación de la sentencia con infracción del art. 218.2 LCE; el segundo errónea valoración de la prueba practicada.

Por lo que se refiere a la primera de las infracciones procesales, el recurrente sostiene que la Sala no da *el más mínimo razonamiento jurídico ... que nos permita comprender por qué se llega a esa conclusión tan diferente a la de la instancia y tan perjudicial para mi representado* hasta el punto de que *la redacción de la sentencia, impide a esta parte conocer el análisis jurídico hecho por el Tribunal de segunda instancia, porque omite cualquier fundamentación jurídica y eso nos impide combatir la sentencia adecuadamente.*

Ciertamente el art. 218 LEC exige que las sentencias sean claras, precisas y congruentes y que sean motivadas expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la solución que pronuncian

El TC ha señalado en su STC 101/2015, de 25 de mayo de 2015:

Este Tribunal viene expresando reiteradamente que la motivación se integra en el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE y consiste en la expresión de los criterios esenciales de la decisión o, lo que es lo mismo, su ratio decidendi (SSTC 119/2003, de 16 junio; 75/2005, de 4 abril, y 60/2008, de 26 mayo), por lo que se produce infracción constitucional cuando no hay motivación —por carencia total—, o es insuficiente, pues está desprovista de razonabilidad, desconectada con la realidad de lo actuado. Del mismo modo, hemos afirmado que ‘la arbitrariedad e irrazonabilidad se producen cuando la motivación es una mera apariencia. Son arbitrarias o irrazonables las resoluciones carentes de razón, dictadas por puro capricho, huérfanas de razones formales o materiales y que, por tanto, resultan mera expresión de voluntad (STC 215/2006, de 3 de julio), o, cuando, aun constatada la existencia formal de la argumentación, el resultado resulte fruto del mero voluntarismo judicial, o exponente de un proceso deductivo irracional o absurdo (STC 248/2006, de 24 de julio)’

Ahora bien, el mismo Tribunal Constitucional se ha ocupado de circunscribir dicha exigencia a sus propios límites en sentencias tales como la n° 13/2001 y la 9/2015, en la primera de las cuales se dice con criterio reiterado en la segunda:

Ahora bien, de acuerdo con una consolidada doctrina constitucional, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, como derecho a obtener una decisión fundada en Derecho, no es exigible un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se debate, sino que basta con que el Juzgador exprese las razones jurídicas en las que se apoya para tomar su decisión, de modo que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, esto es, la ratio decidendi que determina aquélla. No existe, por lo

tanto, un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación, puesto que su función se limita a comprobar si existe fundamentación jurídica y, en su caso, si el razonamiento que contiene constituye, lógica y jurídicamente, suficiente motivación de la decisión adoptada, cualquiera que sea su brevedad y concisión, incluso en supuestos de motivación por remisión (por todas, SSTC 184/1998, de 28 de septiembre, FJ 2; 187/1998, de 28 de septiembre, FJ 9; 215/1998, de 11 de noviembre, FJ 3; 206/1999, de 8 de noviembre, FJ 3, 187/2000, FJ 2).

Igual criterio sostiene el TEDH en su interpretación del art. 6 de Convenio de 1950 en SS tales como *Bolea v Rumania*, *Kuznssov y otros v Rusia*, *Pronia v Ucrania*, *Dimitrelos v Grecia*, *Pérez v Francia*, *García Ruiz v España*, *Bwg y otros v Francia*, *Gorou v Grecia*, *Kukkonen v Finlandia*, *Helle v Finlandia*, *Tatishvili v Rusia* ... en las que se señala que dicha norma incluye la obligación de los tribunales de dar razones suficientes de su decisión, pero que no puede ser entendida en el sentido de que impone una respuesta detallada a cada argumento, ni que requiera que un tribunal de apelación haya de dar razones más detalladas cuanto aplica simplemente una concreta previsión legal para rechazar el recurso, de tal forma que puede ser bastante, en los casos en que la apelación es rechazada, la simple remisión a las razones dada por el tribunal inferior.

La jurisprudencia más reciente ha acuñado el «principio de economía motivadora», con arreglo al cual no se explica lo obvio, pues tan perturbador puede ser en ocasiones la penuria o pobreza motivadora como una acumulación agotadora de argumentos que se van amontonando y pueden llegar a aturdir por su obviedad, dificultando el hallazgo de los puntos clave, los puntos realmente controvertidos (STS 2ª n° 290/2014 de 21 de Marzo de 2014).

Para terminar con la exposición de esta doctrina general, es de citar la que recoge

nuestra S n° 26/2013, dictada en el recurso n° 5/2013, en el que dijimos:

Sobre la infracción del artículo 218.2 LEC basada en la necesidad de que el tribunal superior motive suficientemente el cambio de criterio de la primera instancia, la STS de 1 de octubre de 2012 (recurso 29/2010) dice en su apartado 63: «1) que la segunda instancia atribuye al tribunal de apelación plena libertad para la valoración de la prueba; 2) que no es precisa una motivación específica polemizando con la sentencia de la primera instancia, sino la propia de toda valoración probatoria; y 3) que no se ajusta a la verdad la pretendida falta de motivación, ya que, como se ha indicado, la sentencia expuso de forma clara y precisa los indicios que condujeron a las conclusiones de hecho sobre las que asienta su decisión.»

Pues bien, en el presente caso, la sentencia recoge como elementos de hecho específicamente para decidir sobre la asignación compensatoria los que siguen:

El matrimonio ha durado más de 21 años, la esposa de 48 años de edad, licenciada en filología inglesa, no ha desempeñado nunca trabajo alguno fuera del hogar, habiendo contraído matrimonio con 24 años de edad, y dedicado ese tiempo al cuidado de la familia (cuatro hijos), período en que el esposo ha desarrollado una amplia labor profesional como economista, no sólo en el campo del ejercicio libre, sino también en el de la docencia (Universidad de Zaragoza) y de la empresa, obteniendo no sólo los importantes ingresos descritos en la Sentencia impugnada, sino también, el considerable patrimonio que apunta, que ha permitido sufragar el elevado nivel de vida de la familia.

Anteriormente, ya había señalado como circunstancia relevante para la decisión del litigio que:

El nivel de vida de la familia ha sido elevado con gastos mensuales de jardinero, asistenta doméstica, abonos periódicos de esquí y de vehículos.

Y sobre tales circunstancias razona que:

Es claro que la edad de la esposa y su nula experiencia laboral hacen poco factible su incorporación al mercado de trabajo, en condiciones que le permitan afrontar no sólo su independencia, sino su propia subsistencia, resultando así difícil la obtención de un periodo mínimo de cotización para ser acreedora de una pensión en el futuro.

La liquidación de la sociedad conyugal no puede afectar al importe de las pensiones, al suponer la concreción para cada litigante del haber consorcial (S.T.S. 22-6-2011).

La fijación de una pensión temporal no va a permitir superar el desequilibrio concurrente a la esposa, vista la situación económica que detenta el esposo y la ostentada durante el matrimonio.

En consecuencia, procede establecer a favor de D^a Belén María una pensión de 1.000 € mensuales, con carácter indefinido.

Tales argumentos son bastantes para entender cumplida la exigencia de motivación cuyo incumplimiento se erige como motivo de recurso, pues exteriorizan y dan a conocer razones bastantes en hecho y derecho de la decisión tomada que permiten a la parte conocer el porqué del pronunciamiento, y le permiten su impugnación, como por otra parte muestra la extensa redacción del recurso, en que se discute los argumentos dados por la sentencia.

CUARTO.- Segundo motivo de infracción procesal. Error en la valoración de la prueba.

En la explicación de este motivo no indica el recurrente la contradicción entre la prueba practicada y el juicio de hecho llevado a cabo por el tribunal de apelación, lo que dice en su desarrollo es que la Sala de apelación ha dejado de valorar elementos relevantes a su juicio que de haber sido

debidamente tenidos en cuenta habrían conducido a la solución sobre la asignación compensatoria que se propugna en el recurso. A tal efecto, afirma que la Sala no ha tenido en cuenta: 1) que D^a Belén ha rechazado un puesto de trabajo como administrativa en la empresa familiar de D. Pedro; 2) que el matrimonio dispuso de empleada del hogar a tiempo completo durante todo el tiempo que duró el matrimonio; y 3) que en el inventario a partir en la liquidación de la sociedad conyugal se ha recogido un activo de 600.000 € y no figura en él ninguna partida como pasivo.

Pues bien, todos estos elementos de hecho figuran debidamente recogidos en la sentencia apelada, sea directamente en su texto, bien por la asunción explícita o implícita de lo dicho en la sentencia de primera instancia, de tal forma que lo que en realidad se denuncia no es una errónea valoración de la prueba, como dice en la enunciación del motivo, sino la valoración que de los hechos que resultan probados realiza la Sala para decidir sobre el importe y duración de asignación en disputa, y tal propósito, por pertenecer a la subsunción jurídica, es por completo ajeno al recurso por motivo de infracción procesal que se ha hecho valer, y así lo hemos puesto de relieve en sentencias tales como la n^o 35/2014, en la que dijimos, para desestimar un motivo en el que se invocaba la existencia de error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba:

El motivo ha de ser desestimado. La sentencia recurrida no ha ignorado el devenir profesional de la recurrida sino que, haciendo suyos los hechos de la sentencia de primera instancia, que expresamente reproduce, llega a la conclusión de la procedencia de mantener la citada asignación con carácter indefinido.

La sentencia de primera instancia había incluido esa vida laboral en el relato de hechos probados, que hemos transcrito en el segundo fundamento jurídico, y aunque no relataba

pormenorizadamente todo el devenir de su actividad profesional, consignaba los documentos donde está recogida, de forma que el contenido de esta documental quedó integrado en el factum.

No aprecia esta Sala que en la valoración de estos hechos la Audiencia haya incurrido en error notorio o haya infringido las reglas de la lógica, sino que ha ponderado los diferentes hechos relevantes para justificar la decisión de mantener la asignación compensatoria, con carácter indefinido.

Frente a ello, la parte recurrente trata de sustituir el criterio valorativo efectuado por el tribunal de apelación por su propia valoración, especialmente en cuanto al juicio prospectivo de la futura evaluación de la situación personal y profesional de la contraria. Pero esta sustitución no tiene cabida en un recurso extraordinario como el presente.

QUINTO.- Único motivo de casación. Infracción del art. 83.2 CDFA.

Sostiene el motivo que la decisión recurrida al decidir una pensión indefinida por el importe de 1.000 € contraviene la doctrina sentada por esta Sala de casación por las siguientes razones: 1) rechazar como elemento relevante la atribución a Dª Belén de lo que le corresponda de los bienes inventariados en el procedimiento de liquidación del régimen consorcial aragonés; 2) contradecir el criterio de la Sala en relación a las posibilidades de empleo de la esposa; 3) contradecir el criterio de la Sala que señala que la asignación en disputa no tiene por fin igualar los patrimonios ni ser un medio indefinido de vida; 4) no haber tenido en cuenta que la esposa dispuso durante todo el tiempo de convivencia de la ayuda de una empleada del hogar a tiempo completo; 5) no haber tenido en cuenta que el uso del domicilio ha sido atribuido a la esposa y sus hijos durante 10 años; 6) no respetar el criterio de esta Sala de que debe haber una proporción entre

la duración de la asignación y la del matrimonio cuya ruptura da lugar a ella.

De acuerdo con el art. 83.2 CDFA que se dice infringido:

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.

La aplicación de tales criterios al caso concreto forma parte de las facultades discrecionales que corresponden a los tribunales de instancia, de tal forma que las decisiones por ellos tomadas no pueden ser corregidas mediante el recurso de casación, dada su finalidad nomofiláctica, sino en aquellos casos que suponen infracción del precepto legal por aparecer como absolutamente ilógicas, irracionales o asentadas en parámetros distintos de los legales o establecidos por la jurisprudencia, y así lo hemos dicho en reiteradas ocasiones, como en las SS nº 26/2013, en el recurso nº 5/2013, o 1/2012, en recurso 22/2011.

Así, en la primera de dichas sentencias sostuvimos:

En definitiva, se produce una circunstancia habitual en estos casos, al considerar la parte recurrente que su propia valoración de los parámetros legalmente establecidos para la fijación de esta asignación y su duración temporal, responde mejor a la prospectiva que se requiere para la

superación del desequilibrio que la realizada por el tribunal, lo que no es posible salvo la acreditación de que esta última resulta ilógica, irracional y, en definitiva, arbitraria.

Y en la segunda:

En realidad, lo que propone en su recurso es, partiendo de los hechos probados recogidos en la sentencia recurrida, una distinta valoración de los mismos, lo que no es posible porque tal función corresponde a los juzgados y a los tribunales de apelación. Las sentencias del Tribunal Supremo de 9 y 17 de octubre de 2008 (RC 516/2005 y RC 531/2005), de 28 de abril de 2010 (RC 707/2006) y de 4 de noviembre de 2010 (RC 514/2007), afirman que las conclusiones alcanzadas por el tribunal de apelación, ya sea en el sentido de fijar un límite temporal a la pensión, ya en el de justificar su carácter vitalicio, deben ser respetadas en casación siempre que aquellas sean consecuencia de la libre y ponderada valoración de los factores a los que se refiere de manera no exhaustiva el artículo 97 CC y que han de servir tanto para valorar la procedencia de la pensión como para justificar su temporalidad, siendo posible la revisión casacional únicamente cuando el juicio prospectivo sobre la posibilidad de superar el inicial desequilibrio en función de los factores concurrentes se muestra como ilógico o irracional, o cuando se asienta en parámetros distintos de los apuntados por la jurisprudencia.

[...]

Así pues, la fijación de la pensión o asignación compensatoria de forma indefinida o temporal depende de las específicas circunstancias de cada caso cuya valoración corresponde a los tribunales de instancia y apelación que, como hemos dicho, no puede ser revisada en esta vía casacional salvo cuando el juicio prospectivo sobre la posibilidad de superar el inicial desequilibrio en función de los factores concurrentes se muestra como ilógico o irracional, o cuando se asienta en parámetros distintos de los apuntados por la jurisprudencia, lo que no se aprecia en el

presente supuesto por lo que debe ser rechazado el motivo y desestimado el recurso.

El recurrente, como decimos, sostiene que la decisión que combate incurre en infracción de la doctrina sentada por esta Sala, tanto en lo que se refiere a la temporalidad de la pensión como a su cuantía.

En relación a lo primero, ya destacamos en las SS 35/2014 y 35/2015 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, por lo que su establecimiento es tan solo una posibilidad para el órgano jurisdiccional cuyo uso dependerá de que con él no se resienta la función de restablecer el equilibrio que cumple, a cuyo efecto habrá de valorar la idoneidad o aptitud del beneficiario para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto mediante un juicio prospectivo cuya realización corresponde a los tribunales de instancia y que no es 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.

Sostiene el recurrente que el tiempo indefinido por el que se ha inclinado la sentencia de primer grado no responde a una adecuada valoración de las circunstancias concurrentes de acuerdo con las pautas que resultan de la jurisprudencia de esta Sala, y no podemos sino acoger tal alegato.

Como con acierto señala el motivo, nos hemos pronunciado por la temporalidad en situaciones semejantes a la presente. Así en nuestra S 35/2015 mantuvimos la temporalidad (5 años) de la asignación de que se trata en relación a una persona de 45 años que no tenía limitación alguna y que había superado parte de los estudios de

derecho, y en la sentencia 1/2012 dimos por bueno el razonamiento de que la *esposa deberá trabajar en el futuro por mucho que casi tenga 50 años y escasas cotizaciones* para mantener también la pensión compensatoria.

Por lo demás, en el presente caso, la esposa permanece en la vivienda conyugal con la descendencia común, integrada por dos hijos ya mayores de edad, si bien no son independientes, un tercero de 17 años y una cuarta de 7 años de edad, cuya atención no impide acometer el inicio de la procura de trabajo en el tiempo de 10 años fijado en la sentencia de primer grado, en el que es razonable suponer que las cargas familiares sean cada vez más livianas.

Por último, y en lo que toca las consecuencias que hayan de ser reconocidas a la atribución de bienes a la esposa (aproximadamente 300.000 €) en la liquidación del haber conyugal, la sentencia de primer grado la tiene en consideración a estos efectos, mientras que la de segundo grado le niega expresamente relevancia es estos efectos. Pues bien, uno de los elementos que han de ser tenidos en cuenta de acuerdo con el art. 83.2 CDFA es *los recursos económicos de los padres*, y esta Sala ha mencionado el haber común partible como elemento a valorar para establecer la asignación compensatoria en SS 3/2016, 25/2013 y 1/2012.

Por el contrario, esta Sala ha rechazado la estricta proporcionalidad entre la duración de la asignación y la del matrimonio en la S 26/2016 en la que señalamos que la sola afirmación de que una duración del matrimonio de catorce años debe conllevar un plazo igual de catorce años de asignación para restaurar el desequilibrio ocasionado por el divorcio resulta arbitraria pues no se encuentra respaldada por norma alguna y debería ser puesta en relación, al menos, con la cuantía de la misma.

Así las cosas, hemos de concluir que la valoración de las circunstancias concurrentes realizadas por el juzgador de primer grado es más adecuada a los criterios sostenidos por esta Sala en la interpretación del art.83.2 CDFA, por lo que el recurso debe ser estimado en este punto.

SEXTO.- La respuesta al recurso ha de ser otra en cuanto al concreto importe de la asignación en el que convergen las sentencias de las dos instancias.

Sostiene el recurrente que ha de ser de 500 € al mes, pero a diferencia de lo que acontece en relación a la decisión de temporalidad o tiempo indefinido de la asignación que ha sido objeto de estudio en el anterior fundamento, no concurren razones para variar la valoración hecha por los juzgadores de instancia dentro del margen de discrecionalidad que en tal menester les reconoce en la jurisprudencia que ha quedado más arriba reseñada.

SÉPTIMO.- Las costas del recurso se rigen por el art. 398 LEC, y el depósito para recurrir por la DA 15 LEC.

VISTOS los artículos citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

1. Desestimar los dos motivos de recurso por infracción procesal interpuesto contra la sentencia de fecha 26 de enero de 2016 dictada por la secc. 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza en el rollo 485/2015.

2. Estimar en parte el único motivo de recurso casación interpuesto contra dicha sentencia, que casamos en cuanto revoca la limitación temporal a 10 años de la asignación compensatoria establecida en la sentencia de primer grado, que mantenemos.

3. No hacer imposición de las costas.

4. Devolver el depósito constituido para interponer el recurso a la parte que lo ha hecho valer.

16

NÚM. 16

S. TSJA 19/2016 de 30 de junio de 2016

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Prueba de que la custodia individual es más conveniente: *El Juzgado estableció un sistema de custodia compartida que la Audiencia revoca y sustituye por la custodia individual materna. Recuerda el TSJ que el sistema preferente de custodia compartida puede sustituirse por la custodia individual cuando ésta se considere más conveniente para el menor, a cuyo fin se establece una lista abierta de factores no jerarquizada y carente de indicación de en que sentido opera cada uno de ellos a los que ha de atender el juzgador para decidir el sistema de custodia que mejor se acomoda al interés del menor, contando para ello con un margen de discrecionalidad, no revisable en casación salvo que se patentice que no se ha utilizado de modo lógico (SSTSJA 3/2/2016, 13/1/2016, 17/9/2015), no pudiendo actuar el tribunal de casación como un tribunal de tercera instancia (SSTSJA 18/2/2016, 30/6/2015). En el caso de autos, la Audiencia razona y justifica los motivos que le llevan a aplicar la custodia individual, con una fundamentación suficiente, atendiendo de modo especial al informe pericial, destacando la corta edad de la menor y las dificultades de conciliación laboral y familiar del padre. No hay vulneración de los preceptos invocados.*

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 80.2 CDFA.

PONENTE: Ilma. Sra. D^a Carmen Samanes Ara.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Actor y demandada mantuvieron relación de pareja en la que nació una hija llamada Naira el día 14 de marzo de 2013, por lo que cuenta en la actualidad con tres años de edad. Dicha relación concluyó en abril de 2014. El padre presentó demanda de guarda, alimentos y régimen de visitas de la hija, solicitando, en lo que ahora interesa, la custodia individual para él y subsidiariamente, la custodia compartida. A ello se opuso la madre.

SEGUNDO.- El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia en la que, tras citar la regulación recogida en el artículo 80.2 del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA) y la sentencia de esta Sala de 6 de abril de 2015, lleva a cabo una amplia exposición de la valoración que le merece el informe pericial. Y termina indicando:

«En suma, considera quien ahora juzga que se dan en el presente supuesto las circunstancias necesarias y apropiadas para establecer un sistema de custodia compartida respecto de la hija común de ambos progenitores pues: 1º/Ambos padres reúnen las cualidades y aptitudes precisas para hacerse cargo de la menor, 2º/Existe un fuerte vínculo afectivo entre la menor y cada uno de los progenitores, 3º/Ambas partes tienen similar disponibilidad horaria pues si bien el Sr. M. está sujeto a disponibilidad fuera de su horario laboral en situaciones de emergencia, se trata de supuestos excepcionales y no habituales y para los cuales dispone de apoyo familiar hasta que la madre pudiese hacerse cargo de la menor. En consecuencia, en atención a todo lo hasta aquí expuesto, procede acordar la custodia compartida de la menor Naira (...).»

TERCERO.- Las razones que proporciona la sentencia de segunda instancia, aquí recurrida, para revocar la anterior en el extremo relativo a la custodia de la

menor son las que a continuación se reproducen:

«... La madre reside en Zaragoza en el domicilio de su madre, con la hija menor y otra habida de otra unión, y trabaja desde octubre de 2014, a tiempo parcial, en labores de limpieza.

El padre es militar de profesión, Cabo adscrito a la Unidad Militar de Emergencias de Garrapinillos (...). Reside en casa de sus padres en Cadrete. Su horario laboral es de 7.15 h de lunes a miércoles, el jueves hasta las 17 h. y el viernes hasta las 14.30 h, teniendo además un horario flexible según las necesidades del servicio y de la Unidad, que se prolonga hasta el fin de semana y festivos.

La perito psicóloga, emisora del informe de autos (f. 125 y ss) recomienda la custodia materna, con fundamento en la escasa edad de la menor, que precisa de un entorno estable sin alteración de rutinas y con organización concreta que favorezca su desarrollo, y en la escasa disponibilidad del padre cuya actividad laboral le exige una constante disponibilidad y continuos desplazamientos, que siempre ha suplido la madre adecuadamente. Conclusiones que ratificó en el plenario.

TERCERO.- Con estas premisas, teniendo en cuenta que los apoyos del padre, sus padres, trabajan, que su domicilio se halla en Cadrete y su centro de trabajo en Garrapinillos, que su horario laboral se inicia a las 7 de la mañana, debiendo estar permanentemente disponible por razones del servicio, que la madre trabaja 6 horas a la semana, residiendo en Zaragoza con su madre, la que no trabaja, y que ha atendido desde su nacimiento a la menor afrontando los periodos de ausencia del padre, debe concluirse que el bienestar e interés de la menor quedan mejor salvaguardados con la custodia individual materna (...).»

CUARTO.- El recurso de casación se articula en dos motivos. El primero, por infracción de lo dispuesto en los artículos 79.1 y 80.2 del CDFA en relación con el artículo 91 del Código civil, y el segundo con base en lo dispuesto en el artículo 3.1 de la Ley de casación aragonesa, al entender la parte que la sentencia recurrida se opone a la doctrina sentada por esta Sala sobre el precepto del artículo 80.2. Realmente, el segundo no constituye un motivo autónomo, sino que, aludiendo a algunas sentencias dictadas por esta Sala de casación, sirve como refuerzo de lo expresado en el primero.

QUINTO.- Como hemos expresado en muchas sentencias anteriores, en materia de custodia de hijos menores, el legislador aragonés considera que, con carácter general, la custodia compartida es el sistema idóneo con el que satisfacer el interés del menor. Y a diferencia de otros sistemas legales que confían por completo al juez la determinación de los criterios y elementos generales a los que ha de atender para decidir en cada caso el sistema de custodia que mejor se adapta al interés del menor, opta por establecer unos criterios a los que se ha de atender en tal cometido. Ahora bien, como la propia parte indica en su escrito de recurso, este régimen preferente puede sustituirse por la custodia individual cuando ésta se considere más conveniente para el menor. Es decir, el juzgador ha de optar por un sistema diferente al de la custodia compartida cuando las circunstancias del caso evidencien que aquel interés lo exige, a cuyo fin se establece una lista abierta de factores no jerarquizada y carente de indicación de en qué sentido opera cada uno de ellos a los que ha de atender el juzgador para determinar si, en el caso concreto que decide, es el sistema de custodia compartida el que mejor se acomoda al interés del menor.

SEXTO.- Dijimos en nuestra sentencia de 3 de febrero de 2016:

«...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 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.

(...).

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 es el criterio legal de decisión:

“el problema procesal se plantea en torno al órgano que debe apreciar dicho interés, porque como señala la doctrina más autorizada, en esta cuestión, la discusión sobre si se ha aplicado o no la norma fundando la decisión en el interés del menor tiene aspectos casacionales, mientras que la delimitación de la realidad que determina en cada caso concreto cuál es el interés del menor, no los tendrá. Este Tribunal ha considerado que por tratarse de una facultad discrecional del juzgador, en el segundo aspecto no cabe impugnación casacional, a menos que en las actuaciones figuren “esas graves circunstancias que aconsejen otra cosa”».

En la sentencia de 17 de septiembre de 2015 también hemos expresado que el artículo 80.2 confiere al juzgador un margen de discrecionalidad al efecto de determinar, en el caso concreto, qué tipo de custodia satisface más el interés del menor.

SÉPTIMO.- En el caso que nos ocupa, la parte recurrente no razona ni justifica que la sentencia recurrida haya infringido el precepto. Se hace una extensa alusión al contenido de la sentencia de primera y de segunda instancia, así como al informe psicosocial, cuya valoración no combate. Y a continuación expresa que, poniendo en

relación con el caso concreto los factores del artículo 80.2, «todos ellos juegan a favor de que se otorgue la custodia compartida». Mas esto no es sino la particular apreciación de la parte, que no llega a alegar que la decisión de la sentencia recurrida al establecer la custodia individual, fundamentada y avalada por una prueba pericial que así lo aconseja, sea irrazonable y vulnere por ende el precepto.

En ocasiones anteriores hemos dicho que el tribunal de casación no puede actuar como un tribunal de tercera instancia en la revisión de la decisión sobre el sistema de custodia que ha de ser aplicado; así lo hemos resaltado en sentencias como la de 18 de febrero de 2016 que cita de la de 30 de junio de 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.»

En la ya aludida sentencia de esta sala de 17 de septiembre de 2015 tras señalar que la decisión sobre custodia pertenece al ámbito discrecional de la instancia, se afirma que en la tomada por los tribunales de instancia «solo podría apreciarse su infracción [la del art. 80.2 CDA] en el caso

de que la misma [decisión] resultara irracional, ilógica o arbitraria, o claramente atentatoria contra el interés del menor».

Así las cosas, en el caso que nos ocupa apreciamos que la Audiencia Provincial razona y justifica los motivos que le llevan a aplicar la posibilidad legal de custodia individual, por considerarla más conveniente para la menor, con una fundamentación suficiente, atendiendo de modo especial al informe pericial tal como se prevé en la norma aragonesa, y destacando la escasa edad de la menor y las dificultades de conciliación laboral y familiar del padre. Por ello, de acuerdo con lo postulado por el Ministerio Fiscal, se concluye que no hay vulneración de los preceptos invocados, por lo que el recurso debe ser desestimado.

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.

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

FALLAMOS

1. Desestimar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 23 de febrero de 2016, dictada por Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza.

2. No hacer pronunciamiento de condena en las costas del recurso.

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

17

NÚM. 17

S. TSJA 20/2016 de 7 de septiembre de 2016

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Doctrina jurisprudencial: *En reiteradas sentencias de esta Sala hemos puesto de relieve que el legislador aragonés ha establecido el régimen de custodia compartida como el preferente, que debe ser adoptado por el Juez competente, porque a través de este sistema se atiende más adecuadamente al interés del menor, asegurando la relación normalizada con ambos progenitores, de forma que tenga presente la figura paterna y materna en su ámbito de formación y sociabilidad (SSTSJA 22/2012, 1/2014, 11/2015, Preámbulo). Aunque el sistema establecido no es rígido, salvo en el mandato de atender siempre al superior interés del menor, recogido en normas generales y convenios internacionales de los que España es parte, el establecimiento de la custodia individual requiere que de la prueba practicada, a la que se refiere el art. 80.3, resulte claramente la preferencia en el caso concreto para la custodia individual de uno de los progenitores, y que se razone suficientemente acerca de esta prioridad. La decisión adoptada es revisable en casación para comprobar si los juicios de valor que llevan a adoptar la custodia individual se ajustan a las previsiones legales del art. 80.2 CDFIA (STSJA 44/2013).*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 775 Lec. 79.5 y 80.2 CDFIA.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Fernando Zubiri de Salinas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1.- D. Íñigo G. G. y D^a María Eugenia C. L. mantuvieron una relación sentimental, de la que nació su hija Julia el día 29 de agosto de 2006.

2.- Producida la ruptura de dicha relación, el Juzgado de Primera Instancia n^o 16 de Zaragoza dictó sentencia de fecha 25 de noviembre de 2008 por la que aprobó el convenio regulador suscrito entre las partes en fecha 12 de noviembre anterior, en el que se pactaba otorgar a la madre la guarda y custodia de la hija menor Julia, con un régimen de visitas y comunicaciones de ésta con su padre.

3.- En el mismo Juzgado se tramitaron autos de modificación de medidas n^o 136/2011, a instancia de D. Íñigo, quien solicitaba la custodia compartida, en los que recayó sentencia de 17 de noviembre de 2011 desestimatoria de dicha pretensión, aunque modificó el régimen de visitas para la hija común Julia, ampliando el anteriormente existente.

4.- Instada de nuevo la modificación de medidas ante el referido Juzgado, que fue tramitada como autos 143/2015, tras los trámites pertinentes recayó sentencia en primera instancia de fecha 10 de septiembre de 2015 por la que se acordó no haber lugar a la demanda. Las razones esenciales en que se funda la desestimación fueron: que a la vista de la prueba practicada se desprende que no se ha producido, más allá del natural crecimiento de la hija, un cambio de circunstancias sustancial, y que conforme al informe psicológico practicado es conveniente proteger la estabilidad emocional de la niña, sin introducir una variación en sus hábitos y costumbres, resultando incierta cual sería la adaptación si se instaurase el sistema solicitado.

5.- Recurrida en apelación dicha sentencia, tras los trámites legales y la exploración de la menor practicada en segunda instancia, la Audiencia Provincial de Zara-

goza dictó sentencia de 8 de marzo de 2016, desestimatoria del recurso de apelación y confirmatoria de la sentencia recurrida.

6.- La representación procesal de D. Íñigo interpuso recurso de casación para ante esta Sala, fundado en dos motivos, de los que únicamente ha sido admitido el primero, que se funda en la infracción del párrafo segundo del artículo 80 del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA).

SEGUNDO.- El motivo de recurso de casación que ha sido admitido a trámite denuncia, según se ha expuesto, la infracción del artículo 80.2 del CDFA, en cuanto que el legislador establece como forma preferente de custodia para los hijos menores el de custodia compartida, salvo que la individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el Plan de Relaciones Familiares y los factores que el mismo precepto expresa, entendiendo el recurrente que, conforme a la prueba practicada, no resultan elementos suficientes para resolver conforme a la excepción y no seguir el criterio preferente establecido por el legislador aragonés.

El Ministerio Fiscal ha apoyado el recurso, solicitando se estime la custodia compartida conforme a la doctrina jurisprudencial de esta Sala que sigue el mandato del legislador y entendiendo que en el caso concreto la aptitud y actitud de ambos progenitores y el principio de no discriminación e igualdad entre ellos son razones que avalan el establecimiento de la custodia compartida.

La parte recurrida, al oponerse al recurso, sostiene la bondad de los fundamentos jurídicos de la sentencia impugnada de contrario, entendiendo que en ellos se hace una valoración de los aspectos más relevantes recogidos en el informe psicosocial, como el deseo de la menor de no introducir cambios en su vida, y que el resul-

tado de la exploración judicial practicada en la Audiencia Provincial ha llevado a ésta a la convicción de que debe mantenerse la custodia individual de la madre como situación más acertada para preservar el superior interés de la hija menor.

TERCERO.- Antes de entrar a decidir sobre la denunciada infracción de la norma sustantiva, conviene hacer referencia al procedimiento seguido, que es el de modificación de medidas regulado en el artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Conforme al mismo el Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o incapacitados y, en todo caso, los cónyuges, podrán solicitar del Tribunal la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas.

Conforme a dicho régimen, para que proceda la modificación de medidas ya adoptadas habrá de alegarse y acreditarse que han variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas. En similares términos se pronuncia el artículo 79.5 del CDFA.

En diversas sentencias de esta Sala tenemos declarado que, una vez transcurrido el plazo de un año recogido en la Disposición Transitoria Primera de la Ley 2/2010 y Sexta del CDFA, los interesados en la modificación del régimen de custodia deben alegar y acreditar una sustancial alteración de las circunstancias que en su momento fueron valoradas —sentencia de 3 de octubre de 2013, n° 42/2013—, y que, en caso en el que la pretensión se ejercita conforme a dichos preceptos, lo relevante es considerar si, a la vista del cambio de las circunstancias concurrentes, resulta necesario modificar el régimen de custodia en los términos interesados por el demandante —sentencia de 19 de noviembre de 2014, n° 37/2014—.

En este caso, y frente a lo expresado en la sentencias de primera y segunda instancia, la Sala considera que se ha producido un cambio sustancial de las circunstancias, debido fundamentalmente al crecimiento en edad de la hija. Ésta, nacida el 29 de agosto de 2006, tenía dos años de edad cuando se fijó el sistema de guarda y custodia para la madre, en convenio regulador que fue aprobado judicialmente. Cuando se interpuso la demanda que da origen a los presentes autos, en febrero de 2015, la menor tenía más de ocho años de edad, y cuando recae la sentencia recurrida tiene más de nueve años. Este crecimiento vital afecta al desarrollo de su personalidad, a sus hábitos y costumbres, así como a sus posibilidades de relación social, todo lo cual implica un cambio cualitativo a considerar, a los efectos de aplicación de los preceptos citados, por lo que puede plantearse legítimamente un cambio del régimen de custodia, considerando siempre el superior interés de la menor.

CUARTO.- El único motivo del recurso de casación que ha resultado admitido denuncia la infracción del artículo 80.2 del CDFA, al entender la parte recurrente que en la sentencia del tribunal provincial no se aplica la custodia compartida, que es el régimen preferente y ha de ser adoptado por el juez en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente. En el desarrollo del motivo el recurrente expone las razones por las que, a su juicio, se ha producido esa vulneración, razones que centra en la evolución madurativa de Julia, juntamente con que el principio de interés del menor o *«favor filii»* ha de encaminarse a un régimen de autonomía personal de la menor y no perpetuar un régimen de sobreprotección. Añade que, estando el padre y madre capacitados para la custodia de la hija, y siendo la situación laboral absolutamente compatible para que ambos progenitores puedan disfrutar de periodos similares de perma-

nencia en compañía de su hija, la correcta aplicación al caso del precepto citado ha de dar lugar a la casación de la sentencia y a la aprobación del Plan de Relaciones Familiares con la petición de custodia compartida.

QUINTO.- En reiteradas sentencias de esta Sala hemos puesto de relieve que el legislador aragonés ha establecido el régimen de custodia compartida de los hijos menores como el preferente, que debe ser adoptado por el Juez competente, porque a través de este sistema se atiende más adecuadamente al interés del menor, asegurando la relación normalizada con ambos progenitores, de forma que tenga presente la figura paterna y materna en su ámbito de formación y sociabilidad. Así se recoge en las sentencias de 6 de junio de 2012 (nº 22/2012), 10 de enero de 2014 (nº 1/2014) y 6 de abril de 2015 (nº 11/2015), entre otras. Como expresa el preámbulo de la ley aragonesa (apartado VI del que inicia el Decreto Legislativo) *«la custodia compartida se fundamenta en la conjugación de dos derechos básicos: por una parte, el derecho de los hijos a mantener una relación equilibrada y continuada con ambos padres y, por otra, el derecho-deber de los padres de crianza y educación de los hijos en ejercicio de la autoridad familiar»*.

Aunque el sistema establecido no es rígido, salvo en el mandato de atender siempre al superior interés del menor, recogido en normas generales y convenios internacionales de los que España es parte, el establecimiento de la custodia individual requiere que de la prueba practicada, a la que se refiere el apartado 3 del citado artículo 80, resulte claramente la preferencia en el caso concreto para la custodia individual de uno de los progenitores, y que se razone suficientemente acerca de esta prioridad. En este punto expresamos en la Sentencia de 9 de octubre de 2013 (nº 44/2013), respecto a la revisabilidad en

casación de la decisión adoptada, que *«Sobre las premisas anteriores y con respeto a los hechos que resultan probados en ambas instancias, se deberá comprobar si los juicios de valor que en la sentencia recurrida llevan a la adopción de la custodia individual materna se ajustan a las previsiones legales (artículo 80 CDFA) que en nuestro ordenamiento civil permiten excepcionar la regla preferente de la custodia compartida»*.

SEXTO.- La aplicación de la norma citada al caso de autos conduce a la necesaria estimación del motivo de recurso de casación.

En efecto, la Audiencia Provincial ha desestimado el recurso de apelación y confirmado la sentencia de primera instancia, que no dio lugar a la solicitud de guarda y custodia compartida, fundándose en el informe pericial y en la exploración judicial de la menor practicada en la segunda instancia. Del primero extrae como consecuencia que la menor presenta un deseo de compartir más tiempo con su padre, pero sin introducir variaciones en sus condiciones cotidianas de vida, y recomienda un sistema de relaciones acorde con tal deseo, pero sin introducir la custodia compartida.

Del resultado de la exploración judicial la Audiencia valora que la menor presenta una buena relación con ambos progenitores, debiéndose permitir que mantenga una relación frecuente con los dos, pero sin introducir variaciones sustanciales en el actual sistema, dado que se encuentra bien adaptada y sin que sea adecuado añadir la noche del martes solicitada por la menor en la exploración, pero que no se considere necesario teniendo en cuenta las recomendaciones dadas por el informe pericial psicológico. Concluye afirmando que procede mantener el sistema fijado por la sentencia apelada, que finalmente confirma en todos sus pronunciamientos, incluyendo entre ellos la introducción de una

pernocta intersemanal de la menor con su padre, tal como aparece en el fallo de primera instancia.

Los anteriores razonamientos no tienen en cuenta que en el caso de autos, y según se expresa claramente en la fundamentación jurídica de primera instancia, el padre recurrente «se encuentra plenamente capacitado para cuidar y atender a su hija» —fundamento de derecho primero—, y que «la menor mantiene buena relación con ambos progenitores obteniendo resultados académicos buenos y satisfactorios» —fundamento de derecho tercero—. Que también el padre puede flexibilizar su horario de trabajo, lo que le permite conciliar la vida laboral y familiar, y que la menor ha expresado su deseo de compartir más tiempo con su padre.

De tales datos se desprende que concurren los requisitos establecidos en la norma para fijar un sistema de guarda y custodia compartida, que es el preferente conforme a la norma aragonesa, sin que los posibles obstáculos que se esgrimen para la inaplicación de ésta tengan relevancia en el caso para concluir aplicando la excepción.

Ambas sentencias, y especialmente la de primera instancia, se refieren a que la situación ha causado a la niña una gran alteración emocional, asumiendo una carga y una responsabilidad que no le corresponde por el mero hecho de intentar satisfacer y contentar a ambos progenitores, y que todo ello está creando un estado emocional desadaptativo, frente al cual el Juzgado, y posteriormente la Audiencia Provincial, consideran necesario y prioritario proteger su estabilidad emocional.

Pero esta situación proviene de una sobrevaloración del resultado de la exploración de la menor, y por tanto de la consideración de la opinión de ésta como dato relevante para la decisión del litigio. Como se ha expuesto en el precedente fundamento, la opinión de la menor es un factor a

considerar por el tribunal, pero no puede convertirse en el elemento decisorio, habida cuenta la joven edad de la menor Julia y las condiciones concurrentes.

Es de considerar, como ya lo ha realizado esta Sala en casos similares, que la adaptación a un régimen de custodia compartida puede necesitar de apoyos para que la estabilidad de la menor no sufra, pero que el mantenimiento del «*statu quo*» no puede resultar de hecho la razón para no aplicar la norma contenida en el artículo 80.2 del CDFA, y no hacer posible el despliegue de los efectos beneficiosos que la custodia compartida reporta. Como expresamos en la sentencia de 17 de julio de 2013 (nº 35/2013), no es posible priorizar el *statu quo*, frente a la preferencia legalmente establecida a favor de la custodia compartida. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2016, nº 166/16, se refiere al interés del menor, que no resulta definido legalmente ni en el artículo 92 del Código Civil ni en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, desarrollada en la ley 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, indicando que este interés exige que las situaciones de separación se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquél.

SÉPTIMO.- Por las razones expuestas estimamos el recurso de casación. Y la Sala, constituyéndose en instancia, acuerda establecer un régimen de guarda y custodia compartida en los términos solicitados en el Plan de Relaciones Familiares expuesto por el recurrente, al resultar ajustado a los intereses de la menor, sin perjuicio de la

posibilidad de que ambos progenitores, de común acuerdo, puedan modificar alguno de sus contenidos.

Ello conlleva la necesidad de dejar sin efecto la pensión de alimentos que actualmente abona el recurrente a la demandada, por cuanto en el régimen de custodia compartida que se instaura la hija menor disfrutará del mismo tiempo de convivencia con cada uno de ellos y, en consecuencia, ambos contribuirán por igual al sostenimiento de los gastos y asistencia y educación de la menor.

OCTAVO.- En cuanto a costas procede: a) mantener el pronunciamiento de no imposición, que se estableció en el fallo de primera instancia; b) no hacer imposición de las costas de la apelación, pues aunque esta debió ser estimada, el asunto presenta relevantes dudas de derecho; c) no hacer imposición de las costas del recurso de casación, que ha sido estimado.

Todo ello por aplicación de lo dispuesto en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FALLAMOS

PRIMERO.- Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Íñigo G. G., contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en fecha 8 de marzo de 2016, en autos de modificación de medidas núm. 143/2015, procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Zaragoza, que casamos y anulamos.

SEGUNDO.- Estimar la demanda deducida por la citada representación y, modificando las medidas adoptadas sobre la separación de D. Íñigo G. G. y Doña María Eugenia C. L., declaramos:

a) La guarda y custodia de la menor Julia será compartida entre ambos progenitores, en ejercicio de la autoridad familiar.

b) Cada uno de los progenitores ostentará la custodia de la hija menor, por periodos mensuales.

c) El régimen de visitas del progenitor no custodio y el de reparto de fines de semana, permanencia intersemanal y periodos de vacaciones, así como el régimen de gastos extraordinarios, se llevará a cabo conforme al Plan de Relaciones Familiares presentado por el actor y acompañado a la demanda, a salvo de la posibilidad de que ambos progenitores, de común acuerdo, puedan modificar alguno de sus contenidos.

d) Dejamos sin efecto la pensión de alimentos que actualmente abona el recurrente a la demandada.

TERCERO.- No hacemos imposición de costas de las instancias ni de este recurso.

CUARTO.- Hágase entrega al recurrente del depósito constituido, tanto para interponer recurso de apelación como de casación.

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

SEXTO.- Esta sentencia es firme por ministerio de la ley y contra ella no cabe recurso jurisdiccional alguno.

Así por esta nuestra sentencia, 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 ya expuestas en otros

anteriores, como el emitido en el RC 5/2016, al que me remito, y se resumen en señalar que la Sala, nuevamente en contradicción con el criterio sustentado en la instancia por las dos sentencias dictadas en ella y de la opinión sostenida en ella en el informe sicosocial, el Ministerio Fiscal y la opinión que la misma menor expresó en la exploración practicada ante el ponente en la alzada, actúa como tribunal de tercera instancia, y, sustituyendo el criterio discrecional del tribunal de apelación, decide aplicar como preferente el sistema de custodia compartida en ciega aplicación del art. 80.2 CDFA.

En consecuencia, entiendo que el fallo de la sentencia debió haber sido:

FALLAMOS

1. Desestimar el recurso casación formulado contra la sentencia de fecha 8 de marzo de 2016 dictada por la Secc. Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza en el Rollo nº 715/2015.

2. No hacer imposición de las costas del recurso.

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

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno

Voto particular que firma el Magistrado disidente en Zaragoza a siete de septiembre de dos mil dieciséis.

NÚM. 18

S. TSJA 21/2016 de 14 de septiembre de 2016

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Derecho

transitorio: *La Sala recuerda el régimen transitorio previsto en la DT 1ª de la Ley 2/2010 (DT 6ª CDEA), que duró un año desde el 8 de septiembre de 2010, durante el cual fue posible solicitar la revisión de la custodia individual establecida con anterioridad siendo causa suficiente para ello el solicitar la custodia compartida, sin necesidad de probar que se había producido una alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta al establecer la custodia individual. Pero transcurrido el plazo de un año de la citada DT, se requiere, conforme a los arts. 775 Lec. y 79.5 CDEA, una alteración de las circunstancias tenidas en consideración al acordar el régimen de custodia individual inicial que ahora se quiere cambiar (SSTSJA 3/10/2013 y 23/5/2014).*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 79.5, 80.2, DT 6ª CDEA.

PONENTE: *Excmo. Sr. D. Manuel Bellido Aspas.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes relevantes.

1. Los litigantes mantuvieron una relación sentimental de la que es fruto una hija menor de edad, Mónica, nacida el 14 de octubre de 2012.

2. Una vez cesó la convivencia, iniciaron un proceso judicial de guardia y custodia y alimentos de hijos menores no matrimoniales, en el que recayó sentencia en fecha 13 de diciembre de 2013, aprobando el pacto de relaciones familiares consensuado. En dicho pacto se atribuye la guardia y custodia de la hija común a la madre, se fija el régimen de visitas y una pensión de 150 euros mensuales que debe abonar el padre por alimentos a la hija.

3. Por demanda que tuvo entrada en fecha 13 de noviembre de 2014 la madre, Dª Florina Cristina C., interesa la modificación de las medidas acordadas por la mencionada sentencia de diciembre de 2013, en lo que se refiere al régimen de visitas de fin de semana, supresión de las visitas intersemanales y reparto de las vacaciones escolares; así como el incremento de la pensión por alimentos a 300 euros mensuales.

4. A su vez, el padre, D. Sergio C. E., por escrito de demanda de fecha de entrada 20 de noviembre de 2014 —acumulada a la anterior— interesa se acuerde la custodia compartida, con la consiguiente modificación de la pensión alimenticia, puesto que cada progenitor asumirá los gastos ordinarios de la hija común, y los extraordinarios al 50%.

5. Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Zaragoza, en sentencia de fecha 3 de septiembre de 2015, se estima parcialmente la demanda presentada por la Sra. C., en el solo sentido de modificar el régimen de reparto de las vacaciones escolares y de comunicación entre ambos progenitores, desestimando la demanda acumulada interpuesta por el padre.

6. El recurso de apelación interpuesto por el Sr. C., en el que solicita la atribución de la custodia compartida y consiguiente modificación del régimen de alimentos, así como la reforma del régimen de reparto de las vacaciones escolares, es desestimado por la sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 19 de abril de 2016.

SEGUNDO.- Fundamentación del recurso de casación.

7. El recurso de casación se interpone por la representación del Sr. C. al amparo del art. 477.2.3º y 3 LEC, por entender que presenta interés casacional al oponerse a la

doctrina jurisprudencia de este Tribunal. Se consideran infringidos los arts. 80, 77.3.c) y 79.5 CDFA.

8. En síntesis, el recurrente alega, partiendo del carácter preferente otorgado a la custodia compartida por la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, actualmente plasmada en el art. 80 CDFA, que la sentencia recurrida y la de primera instancia infringen dicho precepto, puesto que solo puede acordarse la custodia individual cuando se acredite que esa es la solución más conveniente para el interés del menor y, en el presente caso, lo más beneficioso para la hija es el cambio de régimen de custodia, estableciendo la compartida, puesto que la actitud de la Sra. C. está perjudicando a la menor, al poner trabas a la relación con su padre, hecho que pretende acreditar con cita de la prueba documental aportada en el proceso.

Alega también, con mención de nuestra sentencia de fecha 18-04-12 (recurso de casación 31/2011), que dado el carácter preferente de la custodia compartida, lo que debe probarse es que la individual satisface mejor el interés de la menor, no lo contrario, a diferencia de lo que concluye la sentencia recurrida.

Por último, afirma el recurrente que han variado las circunstancias que fueron tenidas en consideración al firmar el convenio regulador por el que se atribuía la custodia individual a la madre, por lo que, al no modificarse el régimen de custodia, se están vulnerando los arts. 77.3.c) y 79.5 CDFA.

TERCERO.- Preferencia de la custodia compartida y cambio de régimen de custodia.

9. Entrando a conocer sobre las alegaciones del único motivo del recurso, efecti-

vamente, tal como señala el recurrente, esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el carácter preferente de la custodia compartida en numerosas resoluciones (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. Entre otras muchas, en la de fecha 4-03-14, recurso de casación 41/2013 (reproducida en la de 17-09-15; recurso de casación 17/2015), 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»*. Y en la de 18-04-12 (recurso de casación 31/2011), mencionada en el recurso, se recoge que *«la ley parte de que el interés del menor se consigue mejor con la custodia compartida, por lo que la custodia individual sólo se otorgará cuando se compruebe más conveniente. En eso consiste la preferencia, en que la regla sea la custodia compartida y la custodia individual sea la asignada si se demuestra más conveniente para el menor»*.

10. La sentencia dictada por la Audiencia Provincial fundamenta la denegación del recurso de apelación en que *«la solicitud de custodia compartida viene a basarse en una serie de divergencias y desavenencias surgidas entre las partes lo que no constituye razón alguna para acceder a la solicitud del recurrente»*, añadiendo que *«habría que acreditar que el cambio de custodia pretendida sea más beneficiosa para la menor que el pactado en su momento en fecha reciente, nada de esto consta probado, ni se ha practicado prueba pericial psicológica ni solicitado por el recurrente para acreditar que el sistema de guarda solicitado sea más beneficioso que el*

pactado en su día (vigente el CDFA), tal como razona de forma adecuada el Juzgador de instancia, pretensión desestimatoria que de igual manera se extiende a la aplicación del período vacacional pretendido, dada la edad de la menor, la ausencia de prueba alguna que así lo aconseje, así como lo relativo a la pensión alimenticia, petición planteada por el apelante de manera correlativa a la solicitud de guarda y custodia compartida». Se observa que la sentencia recurrida parte de la inexistencia de prueba que justifique la conveniencia del cambio de régimen de custodia en interés de la hija menor, pasando de la individual pactada a la compartida.

Frente a este razonamiento judicial, entiende el recurrente que la sentencia infringe la doctrina sentada por esta Sala en la sentencia de 18-04-12 (recurso de casación 31/2011), que considera —dado el carácter preferente que el legislador atribuye al régimen de custodia compartida desde la Ley 2/2010— que éste no debe ser probado como el más conveniente, pues inicialmente la ley así lo afirma, sino que, al contrario, sólo la prueba de que la custodia individual es más conveniente permite alterar dicho régimen legal. En esta sentencia se cita la de 9-04-12 (recurso 29/2011), en la que se dice: *«De modo que, se concluye, si en el caso concreto a resolver no existe, conforme a los criterios establecidos en la ley, constancia realmente evidenciada de ser mejor para el menor la custodia individual que la compartida, debe estarse a esta última».*

Sin embargo, la sentencia mencionada, y otras con la misma doctrina, resuelven supuestos de hecho claramente diferentes al que aquí nos ocupa, pues en aquellos se revisa el régimen de custodia acordado por las partes con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 2/2010, en aplicación de la Disposición Transitoria Primera establecida en dicha norma (actual Disposición Transitoria Sexta del CDFA). En esta disposición transitoria el legislador aragonés

parte, implícitamente, de que en el régimen vigente con anterioridad la custodia compartida era excepcional y no se contemplaba como la más beneficiosa para los hijos menores, a diferencia de la regulación actual, razón por la que se permite que sea sometido a revisión el régimen de custodia, con sujeción a la adecuada valoración de las circunstancias concurrentes por parte de los tribunales, pero sin necesidad de que se haya producido una alteración sustancial en las circunstancias tenidas en cuenta para su adopción

En sentencias posteriores de esta Sala se aclara perfectamente esta doctrina para los supuestos en los que ya ha transcurrido el plazo de un año fijado en la Disposición Transitoria Primera, exigiéndose una alteración de las circunstancias tenidas en consideración al acordar el régimen de custodia inicial. Así, en la sentencia de 3-10-13 (recurso de casación 22/2013), entre otras, se dice:

«En consecuencia con tal normativa transitoria, durante el periodo indicado de un año desde el 8 de septiembre de 2010 se posibilitaba pedir la modificación del anterior régimen de custodia individual por el de custodia compartida sin necesidad de que estuviera presente el cambio sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta cuando se fijó inicialmente el régimen, como exige con carácter general el artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). Para hacer factible tal posibilidad de solicitud de cambio se optó por introducir, en el periodo indicado, como causa suficiente para justificar la petición de cambio de las medidas iniciales reguladoras de la crisis parental, el solicitar la custodia compartida en vez de la individual.

Consecuentemente, una vez transcurrido el plazo indicado de un año no basta con la mera petición de cambio de régimen de custodia para instar y obtener el cambio de las medidas fijadas por la inicial sentencia de divorcio, sino que debe estarse al régimen general indicado del artículo 775 de la LEC, de modo que los interesados en la

modificación del régimen de custodia que fueran establecidas en el momento inicial de regulación de la situación de ruptura de la convivencia de los progenitores, deben alegar y acreditar una sustancial alteración de las circunstancias que en su momento fueron valoradas». En el mismo sentido se ha pronunciado esta Sala en la sentencia de 23-05-14 (recurso de casación 3/2014).

11. Por tanto, vigente la nueva regulación desde la Ley 2/2010, habiéndose pactado por los progenitores la atribución de la custodia a la madre en el pacto de relaciones familiares por considerarla más conveniente para la menor, para proceder a la modificación del régimen de custodia resulta necesario acreditar que concurren en la actualidad nuevas causas o circunstancias relevantes que aconsejen el cambio en interés de la hija común, tal como dispone el art. 79.5 CDFA, sin que sea posible valorar la conveniencia de uno u otro régimen como si nos encontrásemos ante la toma de la decisión inicial. Es en este último supuesto, o en el de aplicación de la mencionada disposición transitoria primera, cuando se desenvuelve con plenitud la doctrina según la cual, a falta de una prueba convincente de que la custodia individual satisface mejor el interés del menor, debe prevalecer la compartida, en atención a su preferencia legal.

CUARTO.- Concurrencia de causas o circunstancias relevantes que permiten la modificación del régimen de custodia.

12. Sentado lo anterior, debemos entrar a conocer si, en el presente caso, concurren esas causas o circunstancias relevantes que permiten la modificación del régimen de custodia.

A estos efectos debemos poner de manifiesto la diferente regulación del art. 79.5 CDFA, en los términos expuestos, frente al art. 91 CC, que admite la modificación cuando se alteren sustancialmente las cir-

cunstancias que fueron tenidas en consideración. Esta mayor flexibilidad de la norma aragonesa, que se explica porque las medidas a las que se refiere el art. 79.5 son todas ellas relativas a menores, supone que no se trata tanto de acreditar una alteración sustancial de las circunstancias existentes en el momento de la decisión inicial que fijó el régimen de custodia, como de constatar que esas circunstancias ya no satisfacen adecuadamente el interés del menor, por concurrir otras de la suficiente relevancia que justifican la modificación (STSJA de 23-05-14; recurso de casación 3/2014).

13. El recurrente entiende que han variado las circunstancias que se tuvieron en cuenta al firmar el convenio regulador en el que se atribuía la custodia a la madre. Alega que, cuando se firmó, la madre quería favorecer en todo momento la relación de la hija menor con su padre, fijando un régimen de visitas que iba a ampliarse paulatinamente pero, actualmente, la madre pone todos los impedimentos que están a su alcance para dificultar la relación y visitas de la menor con su padre, creando una barrera infranqueable que perjudica e influye negativamente en la hija común.

Sin embargo, tanto la sentencia de instancia, como la de apelación que la confirma, señalan que en el proceso no se ha practicado prueba alguna que acredite los recíprocos reproches y acusaciones que se cruzan los progenitores, ni que el sistema de guarda solicitado por el padre sea más beneficioso para la menor que el acordado en su día. Es por ello 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, rechazando la nueva valoración probatoria que pretende el recurrente mediante la remisión a la prueba documental aportada en autos.

La mención reiterada que el recurrente realiza a la cláusula II del convenio regu-

lador, en la que se pactó que «*La guardia y custodia de la hija común se atribuye a la madre, con la que convivirá (o en su caso al padre, sin perjuicio de que quepa la posibilidad de convenir una guardia y custodia compartida)*», tampoco puede justificar la modificación peticionada, puesto que solo abre la puerta a un cambio de custodia consensuada por las partes, lo que no es el caso.

Por último, no puede considerarse como una causa o circunstancia relevante la diferencia de edad de la hija que media entre el momento es que se acordó la custodia individual por sentencia de 13 de diciembre de 2013, y el momento en el que se solicita la modificación de régimen, por demanda del hoy recurrente (acumulada a la presentada por la contraparte) de fecha 19 de noviembre de 2014, no habiendo transcurrido ni un año. Que la menor, nacida el 14 de octubre de 2012, tuviese catorce meses cuando se hizo cargo de la custodia la madre, y veinticuatro meses cuando se pide la modificación del régimen de custodia, carece de toda relevancia, puesto que resulta una diferencia de edad tan nimia que, por sí sola, no permite la modificación pretendida.

Lo expuesto lleva a concluir que no se han vulnerado por la sentencia recurrida los arts. 80.2, 77.3.c) y 79.5 CDFA, desestimándose el recurso de casación, tanto en su petición de cambio de régimen de custodia, como en el de alimentos y sustento de la hija, consecuencia de aquél.

QUINTO.- Costas.

14. Desestimado el recurso de casación, conforme al art. 398 de la LEC, el pago de las costas corresponde efectuarlo al recurrente cuyas pretensiones han sido íntegramente desestimadas.

Por aplicación de lo previsto en la disposición adicional decimoquinta de la LOPJ, en la redacción dada por Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre, estimado

el recurso, corresponde ordenar en la misma resolución la pérdida del depósito constituido por el recurrente.

VISTOS los artículos citados y los demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

1. Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Sergio C. E. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda de fecha 19 de abril de 2016.

2. Se impone a la parte recurrente el pago de las costas causadas por el recurso de casación.

3. Se dará al depósito constituido por el recurrente el destino legalmente previsto.

4. Se hace saber a las partes que contra esta sentencia no cabe la interposición de recurso.

NÚM. 19

S. TSJA 22/2016 de 15 de septiembre 2016

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: DERECHO INTERREGIONAL: Legislación sobre propiedad horizontal: La sentencia de apelación no ha infringido las normas de conflicto de leyes que invoca el motivo de casación (arts. 10.1 y 13 Cc.) al haber resuelto de acuerdo con la regulación contenida en la Ley de Propiedad Horizontal. No puede darse conflicto de leyes entre el Derecho civil foral y el estatal en aquellos ámbitos del Derecho civil al que no alcanza el Derecho civil propio. Como Aragón no tiene regulación propia

sobre propiedad horizontal, los conflictos que surjan en el seno de esta materia han de entenderse sujetos a la ley estatal de propiedad horizontal, cuyo régimen especial es de carácter imperativo y desplaza al resto del ordenamiento civil, que sería de aplicación tan solo con carácter supletorio (arts. 396 Cc, 2 LPH, SSTs 44/2008, 398/2009 306/2013 y 725/2014). Tampoco es de apreciar infracción del sistema de fuentes (art. 1 CDFA), pues la falta de regulación aragonesa en esta materia justifica la entrada de la ley estatal que se ocupa de ella.

84: SERVIDUMBRES: INMUEBLES EN PROPIEDAD HORIZONTAL: La modificación no puede perjudicar los derechos de otro vecino: *El art. 581 CDFA no ha sido infringido porque el piso de su propiedad privativa ya dispone de una conexión a la red común de desagüe, y es presupuesto de hecho para la aplicación de dicho artículo la inexistencia de tal conexión previa. Las normas de los arts. 556, 557 y 558 CDFA, que se ocupan del contenido de las servidumbres, no pueden servir de fundamento para excepcionar el régimen establecido en el art. 7 LPH aplicado por la sentencia recurrida, pues coinciden con él en impedir al recurrente cualquier alteración en los elementos del edificio que pueda perjudicar la propiedad de otro vecino. Ninguna de dichas normas permite al dueño de la finca dominante hacer modificación alguna que agrave la servidumbre en contra de lo dispuesto en el art. 543 Cc., de aplicación supletoria.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 10.1, 13 Cc., 1, 581 y 556 a 558 CDFA, 543 Cc.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado

En Zaragoza, a quince de septiembre de dos mil dieciséis.

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 29/2016 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Cuarta, de fecha 31 de marzo de 2016 recaída en el rollo de apelación número 373/2015, dimanante de autos de procedimiento ordinario núm. 287/2015, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 21 de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, B., representado por el Procurador de los Tribunales D. Raúl Jiménez Alfaro y dirigido por la Letrada D.^a Blanca Liédana de la Riva, frente a D.^a María Carmen C. G., representada por la Procuradora de los Tribunales D.^a Beatriz Utrilla Aznar y dirigida por la Letrada D.^a Eva M.^a Ruiz Pérez Delli-Paoli.

Es Ponente el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el Juzgado de Primera Instancia núm. Veintiuno de Zaragoza, la Procuradora de los Tribunales D.^a Beatriz Utrilla Aznar, actuando en nombre y representación de D.^a María Carmen C. G., presentó demanda de procedimiento ordinario frente a la mercantil BIFORIS S.L. en base a los hechos y fundamentos de derecho que expresó en la misma, y terminó suplicando que, previos los trámites legales, «se dicte sentencia por la que:

1º.- Se declare que, a consecuencia de las obras llevadas a cabo en la vivienda del ... calle G. de Zaragoza, se han producido en la vivienda de la actora numerosas grietas y fisuras en toda la tabiquería, paredes y techos, así como una filtración de agua en el techo de uno de los dormitorios, despegue de rodapiés y figuraciones y particiones en la madera del suelo.

2º.- Se declare que a las obras de rehabilitación y modificación integral realiza-

das en la anteriormente citada vivienda del ... calle G., le es de aplicación el Código técnico de la Edificación y concretamente el documento básico DB-HR de Protección frente al ruido en su artículo 3.1.2.3.5 de condiciones mínimas de los elementos de separación horizontales.

3º.- Se declare que la propiedad de la vivienda del ... G. de Zaragoza ha alterado y agravado considerablemente la servidumbre de tubería de desagüe que soporta la vivienda de la actora en uno de los vértices superiores del baño, ocupando e invadiendo un volumen habitable propiedad de Doña María Carmen C. G.

Igualmente se declare que para la modificación de la servidumbre, la demandada ha rasgado indebidamente el forjado intermedio entre ambas viviendas (elemento común del edificio), que incide negativamente en la seguridad de personas y cosas de la vivienda de la actora, sin haber procedido a su correcta reparación una vez rasgado dicho forjado.

4º.- Se condene a la demandada a la reparación y subsanación, a su costa, de las deficiencias del apartado primero del presente suplico, y a la reparación y subsanación de la deficiencia del segundo párrafo del apartado tercero del presente suplico.

Subsidiariamente, al no constituir una obligación de hacer personalísimo, y solo para el caso de que la demandada no lleve a cabo personalmente dichas reparaciones y subsanaciones, se condene a dicha demandada a indemnizar a la actora con la cantidad de 6.898,50 €, con su correspondiente IVA y los intereses correspondientes desde la presentación de la presente demanda.

5º.- Se condene a la demandada a la estricta aplicación y observación en las obras realizadas en su vivienda, del Código Técnico de la Edificación, documento básico DB-HR de Protección frente al ruido en su artículo 3.1.2.3.5, dejando a la

vivienda de la actora, al menos, en las mismas condiciones de protección frente a ruidos provenientes de la vivienda superior que tenía con anterioridad a la realización de las obras, y a la estricta aplicación del código Técnico de la Edificación, en su Documento Básico HS 5, sobre evacuación de aguas.

6º.- Se condene a la demandada a cesar en la perturbación de la propiedad de la actora, eliminando los tubos y manguetones instalados en el espacio existente entre el falso techo de su baño y el forjado comunitario, restituyendo la situación a su estado original, mediante ejecución de las obras necesarias que se realizarán a su costa, absteniéndose de ejecutar instalaciones de esa clase en el futuro.

Todo ello con expresa imposición de costas a la demandada.»

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria, emplazándola para que comparecieran en autos en tiempo y forma.

Dentro de plazo, contestó a la demanda, con base en los hechos y fundamentos de derecho que expresó en la misma, y solicitó que: «dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda, absolviendo a mi representada de los pedidos aducidos en la misma, con expresa condena en costas a la parte actora.»

El Juzgado de Primera Instancia núm. Veintiuno de Zaragoza, previos los trámites legales oportunos, incluida la práctica de prueba que fue propuesta y admitida, dictó Sentencia en fecha 20 de julio de 2015, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

«Fallo: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora Dª BEATRIZ UTRILLA AZNAR, en representación de Dª Mª CARMEN C. G., contra B., representada por el Procurador D. RAÚL JIMÉNEZ ALFARO, debo declarar y declaro

que se han producido en la vivienda de la actora fisuras en los falsos techos y paredes, como consecuencia de las obras llevadas a cabo en la vivienda del piso Calle G. de Zaragoza y, en consecuencia, debo condenar y condeno a la demandada a la reparación y subsanación a su costa de las mismas o, subsidiariamente, al pago de la suma de 669,31 euros, más los intereses desde la fecha de la interposición de la demanda. Asimismo, se desestiman las demás pretensiones de la demanda y no se hace expresa imposición de las costas procesales.»

TERCERO.- Interpuesto por la Procuradora Sra. Utrilla Aznar en nombre y representación de D.^a María del Carmen C. G., recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Veintiuno de Zaragoza, se dio traslado del mismo a la contraparte, que se opuso al mismo.

Elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Cuarta, comparecidas las partes, dictó sentencia con fecha 31 de marzo de 2016, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

«Se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D.^a M.^a Carmen C. G. contra la sentencia de la que se deriva el presente rollo, la que se revoca en el sentido de condenar a la parte demandada a reponer la servidumbre a su mismo o equivalente estado anterior, suprimiendo la estructura de tuberías instalada en el falso techo de la vivienda de la demandante, devolviendo la situación a la preexistente, y todo ello sin hacer una especial imposición de las costas causadas en esta alzada. Con devolución del depósito constituido para recurrir.»

CUARTO.- El Procurador Sr. Jiménez Alfaro en nombre y representación de B., interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Cuarta, con base a los siguientes:

«Motivo Primero: Al amparo del artículo 1 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, la Sentencia recurrida incurre en infracción del artículo 1.2 del Código de Derecho Foral de Aragón, y artículos 10.1 y 13 del Código Civil.

Motivo Segundo: Al amparo del artículo 1 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, la Sentencia recurrida incurre en infracción del artículo 581 del Código de Derecho Foral de Aragón puesto en relación con los artículos 556, 557 y 558 del mismo texto, y el artículo 3 del Código Civil.»

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, se dictó Auto de 23 de junio pasado en el que se acordó declarar la competencia de la Sala y la admisión a trámite del recurso de casación interpuesto; conferido traslado a la contraparte, presentó su escrito dentro de plazo, en apoyo de sus pretensiones.

No habiendo sido solicitado por las partes la celebración de vista y no considerando la Sala necesaria su celebración, se señaló para Votación y Fallo el día 7 de septiembre de 2016.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión planteada en lo que ahora interesa se constriñe a resolver sobre la pretensión deducida por D.^a María del Carmen, propietaria del piso ... calle G., contra la mercantil B., que lo es del piso superior, ... del mismo inmueble, a fin de que se declare que dicha demandada ha alterado y agravado considerablemente la servidumbre de tubería de desagüe que soportaba aquélla por la ejecución de una obra de remodelación integral del piso superior, que incluía una nueva canalización del desagüe que discurría inicialmente por el falso techo del inferior. Pretensión cuyo fundamento jurídico se hacía recaer en los arts. 7

CC, 543 CC y 538 CDFA, a los que la demandada opuso las normas sobre servidumbres contenidas en los arts. 553 a 558 y 581 CDFA.

Los hechos, que no son objeto de disputa mediante el pertinente recurso por infracción procesal, son expuestos en la sentencia recurrida del siguiente modo:

«El segundo punto, el más dudoso en términos jurídicos, es que donde antes pasaba un tubo de fibrocemento ahora hay estructura de desagüe, de una doble «y» que recoge ahora un potencial y mayor caudal de las aguas residuales, pasando a ocupar un mayor volumen del falso techo del 3º izda y privativo de éste. Es esta ocupación el quid del proceso.

El informe del Sr. Gracia precisa con claridad la polémica: «la discusión es, pues, qué volumen o cantidad de espacio en el falso techo inferior se ocupa con esta instalación».

Debe precisarse que es un volumen privativo. Se ha sustituido una instalación obsoleta de fibrocemento por una de PVC que ofrece mayores garantías de estanqueidad y mejores prestaciones. En ese informe, (folio 263) y en su ampliación (f. 394 y 395) con relación a la situación preexistente (primera foto, f. 263, que sin ser la que es objeto de autos, puede representar una idea de la situación preexistente), se desvela la ocupación de un mayor volumen seciente a la colocación de esa estructura de tuberías.

[...]

Pero la nueva estructura, intrusión en bovedillas aparte, guarda desproporción con la verosímelmente preexistente y conlleva la ocupación de un volumen privativo que no tiene el deber jurídico de soportar el propietario del piso inferior.»

La sentencia de primer grado desestimó dicha pretensión con base a los artícu-

los 556 CDFA, 558 CDFA Y 581 CDFA arguyendo que:

«Sobre la servidumbre, debemos estar a lo dispuesto en los arts. 556 a 558 CDFA y fundamentalmente, a lo establecido en el art. 581 del mismo, que debe interpretarse en la forma que indica el art. 3 del CC, atendiendo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, su espíritu y finalidad de las mismas. A la vista de la pericial del Sr. García, cuyo informe debe prevalecer frente al del Sr. Navarro Campos por los motivos anteriormente expuestos, la servidumbre de la red de saneamiento no se ha visto agravada por las obras de la demandada. El perito afirma en su informe que no se produce un cambio sustancial de la situación anterior, porque todas las instalaciones del edificio pasan por el techo del piso inferior, se ha renovado la instalación persistente con materiales actuales y mejores prestaciones, además considera que la instalación se ha hecho en un hueco del falso techo que no afecta al uso del piso inferior.»

Por el contrario, la de apelación da lugar al recurso acudiendo a lo dispuesto en el art. 7 LPH en los siguientes términos:

«Dispone el art. 7 de la LPH que «el propietario de cada piso o local podrá modificar los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios de aquél cuando no menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores, o perjudique los derechos de otro propietario, debiendo dar cuenta de tales obras previamente a quien represente a la comunidad.»

La posibilidad de modificar el departamento privativo tiene pues ese límite de que no se perjudique a otro propietario. Y aquí el perjuicio acaece: se ocupa, en razón a esa estructura de tuberías un volumen y espacio privativo que excede lo que verosímelmente existía previamente, un

único tubo. La modificación sería tolerable si se hubiera cambiado ese tubo, aunque fuera de un mayor diámetro. Pero la nueva estructura, intrusión en bovedillas aparte, guarda desproporción con la verosímilmente preexistente y conlleva la ocupación de un volumen privativo que no tiene el deber jurídico de soportar el propietario del piso inferior. Por tanto la parte demandada tendrá que dar otra solución a la recogida de esas aguas residuales, de forma que se mantenga de manera equivalente la situación preexistente.»

El primero de los motivos de casación va dirigido a discutir la aplicación de la norma que sirve de fundamento a la decisión del tribunal de apelación, pues afirma que supone infracción de las reglas de determinación de la norma aplicable contenidas en los arts. 1.2 CDFA (sistema fuentes del derecho civil de Aragón) y arts. 10.1 y 13 CC (normas de derecho interterritorial).

El segundo de los motivos de casación afirma infracción del art. 581 CDFA en relación con el art. 556 a 558 CDFA, por cuanto sostiene que la actuación sobre el desagüe respeta las reglas sobre servidumbres explicitadas en dichas normas.

SEGUNDO.- Primer motivo de casación. Selección de norma aplicable. Sistema de fuentes y derecho interterritorial.

Sostiene el motivo que la sentencia recurrida ha quebrado las reglas que gobiernan la determinación de la norma aplicable, pues la existencia de derecho civil propio impide la aplicación del art. 7 LPH seleccionado por la sala de apelación para la decisión del conflicto, y ello por infracción de normas de carácter y naturaleza diferente: las relativas al sistema de fuentes del derecho civil de Aragón (art. 1.2 CDFA), y las que regulan la convivencia de los diferentes derechos civiles existentes del territorio nacional (art. 10.1 y 13 CC). En puridad las dos infracciones debieron

haber sido articuladas a medio de diferentes motivos, dada la falta de homogeneidad que es de apreciar entre ellas.

En cuanto al derecho interterritorial, es de señalar que el derecho civil propio de las Comunidades Autónomas es fragmentario, en tanto que no ocupa todo este ordenamiento, sino tan solo el que supone conservación, modificación y desarrollo de sus derechos civiles, forales o especiales (art. 149.1.8ª CE), por lo que no puede darse conflicto de leyes entre este derecho y el estatal en aquellos ámbitos del derecho civil al que no alcanza el derecho propio.

Es el caso que, a diferencia de otras Comunidades Autónomas, la aragonesa no dispone en su ordenamiento civil de regulación sobre propiedad horizontal, por lo que los conflictos que surjan en el seno de estas han de entenderse sujetos a la LPH, L 60/1996, de 21 de julio, como norma especial establecida para la regulación de esta forma de copropiedad.

Pues bien, no es discutido que el edificio en cuestión se halla dividido en la forma prevista en el art. 396 CC y arts. 1 y 2 LPH, por lo que su régimen jurídico es el que se ocupa de esta copropiedad especial, que desplaza al resto del ordenamiento civil, que sería de aplicación tan solo con carácter supletorio (Art. 396 CC, art. 2 LPH y SSTs n° 44/2008, de 23 de enero; 398/2009, de 28 mayo; n° 306/2013, de 25 de abril, sentencia esta última que confirma la SAP de Teruel n° 222/2009; y n° 725/2014).

En este sentido es de especial claridad la STS 221/2005 de 17 de Marzo de 2005 —con criterio que sigue la posterior STS n° 115/2007— que se expresa en los siguientes términos:

«En definitiva, la posible discusión sobre la aplicación de la Ley general a las comunidades, que tengan los requisitos del régimen de Propiedad Horizontal, carece ac-

tualmente de sentido, como ha aclarado el artículo 2 de la Ley 8/1999, de 6 de Abril, de modificación de la Ley 49/1960, de 21 de Junio; pues este precepto suple cualquier laguna legal, de tal forma que, de manera categórica, se puede concluir indicando que las repetidas normas son de carácter imperativo».

Y el de autos es un conflicto propio de los que surgen en los inmuebles en copropiedad horizontal. De lo que se trata es de la modificación por la demandada de los elementos del edificio, por lo que no podemos aceptar la afirmación que el recurrente desliza en el desarrollo del segundo motivo de que la sentencia de apelación haya desviado el debate desde *la servidumbre forzosa de acceso a red general a una mera cuestión de ocupación de finca ajena*. No se trata de una cuestión de servidumbre predial entre fundos separados pertenecientes a distintos propietarios, sino de la más compleja relación que surge entre los copropietarios en comunidad horizontal de un edificio construido de acuerdo con una singular y concreta disposición de sus diferentes elementos, que ha de ser respetada por todos los comuneros, y cuya modificación por uno de ellos en palabras de la STS 306/2013:

«[...]está sujeta a un doble requisito: a) la obligación de los propietarios de respetar los elementos comunes (artículo 9 LPH) y la consiguiente imposibilidad de realizar obras que comporten su modificación sin obtener el acuerdo unánime de la Junta de Propietarios exigida para la validez de los acuerdos que impliquen aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad o en los estatutos (artículo 16 LPH, en relación con el artículo 11 LPH aplicable en estos autos, y el artículo 12 LPH); b) como exige expresamente el artículo 7 LPH, que no se menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores o se

perjudiquen los derechos de otro propietario (STS 17 de enero 2012).»

En consecuencia, la sentencia de apelación no ha infringido las normas de conflicto de leyes que indica el motivo (Arts. 10.1 y 13 CC) al haber resuelto de acuerdo con la regulación contenida en la LPH.

Tampoco es de apreciar infracción del sistema de fuentes establecido en el art. 1 CDFA, pues la falta de regulación de la propiedad de inmuebles divididos en régimen de comunidad horizontal en esta Comunidad Autónoma justifica la entrada de la ley estatal que se ocupa de ellos.

Procede, por tanto, la desestimación del motivo.

TERCERO.- El segundo de los motivos de casación sostiene la infracción del art. 581 CDFA en relación con los arts. 556 a 558 CDFA.

En primer lugar, hemos de señalar que, como motivo de casación que es, el estudiado no puede discutir las afirmaciones de hecho realizadas por la sentencia recurrida, en particular la conclusión alcanzada por la Sala de apelación de que la modificación de su sistema de desagüe por el recurrente ha supuesto la invasión de un mayor volumen del espacio privativo del actor que la instalación originaria lo que supone un perjuicio para el actor.

En segundo lugar no podemos dejar de resaltar tampoco la contradicción que implica afirmar como norma aplicable la contenida en el art. 581 CDFA, que tiene por objeto la constitución de una servidumbre legal de desagüe a favor de la propiedad que *carezca de acceso a una red general de saneamiento o suministradora de agua, energía, tecnologías de la información y las comunicaciones y otros servicios*, al tiempo que se afirma que *en el caso dicha servidumbre no es 'ex novo' sino que ya estaba constituida*; y ello porque la segunda afirmación

elimina el presupuesto de hecho de aplicación del primero.

La actora en su demanda y la sentencia de primer grado en su fundamentación acuden a las normas rectoras de las servidumbres, mientras que la Sala de apelación, como vimos, se basa en la legislación especial de propiedad horizontal, y el motivo lo que pretende es reconducir el debate al ámbito en que fue resuelto en la primera instancia.

Es cierto que la jurisprudencia ha admitido la constitución de servidumbres y la aplicación supletoria de las normas que las rigen en el marco de las relaciones existentes entre comuneros en régimen de propiedad horizontal más allá de las establecidas en el art. 9.1.c LPH (STS 390/2014), pero para que pueda ser exigida una servidumbre legal, como lo es la de desagüe regulada en el art. 581 CDFA que se invoca en el motivo, es necesario que se den el caso los presupuestos de tipicidad indicados en la norma que la establece, y que no sean contrarias al régimen aplicable al inmueble sujeto a la ley especial, título constitutivo incluido, ni se invoquen con intento de eludirlo, dado el carácter imperativo que la jurisprudencia que ha quedado reseñada le ha reconocido. De ahí que la servidumbre legal de paso haya sido rechazada para resolver el espinoso problema del gravamen que ha de soportar un comunero en los supuestos de instalación de ascensor por falta del presupuesto de enclavamiento contemplado en el art. 564 CC (SSTS 351/2014 y 357/2014).

Si ello es así, difícilmente puede ser llamado el art. 581 CDFA a la solución del conflicto, pues, como paladinamente reconoce el recurrente en la exposición de las razones en que se basa el motivo, el piso de su propiedad privativa ya dispone de una conexión a las red común de desagüe, y es presupuesto de hecho para la aplicación de dicho artículo la inexistencia de tal co-

nexión previa, lo que excluye la posibilidad de que el mismo haya sido infringido por la sentencia cuestionada.

Sin duda por ello, el recurrente afirma la infracción de dicha norma en relación con otros preceptos del Código que se ocupan del contenido de las servidumbres, como son los artículos 556, 557 y 558 CDFA, pero no explica en cambio el recurrente la razón por la que extrae de dichos preceptos la facultad de hacer las variaciones en su sistema de desagüe que afectan a la configuración física del inmueble y las instalaciones con las que cuenta con incremento de ocupación de la propiedad privativa perteneciente al dueño del piso inferior por donde la servidumbre discurre con perjuicio para este.

Ninguna de dichas normas permite al dueño de la finca dominante hacer modificación alguna que agrave la servidumbre en contra de lo dispuesto en el art. 543 CC, de aplicación supletoria de acuerdo con el art. 1.2 CDFA, conforme al que:

«El dueño del predio dominante podrá hacer, a su costa, en el predio sirviente las obras necesarias para el uso y conservación de la servidumbre, pero sin alterarla ni hacerla más gravosa».

Por el contrario, del conjunto de dichos preceptos tan solo se desprende el derecho al y uso mantenimiento de la servidumbre en los términos en que se hallaba establecida, y la exigencia de su ejercicio de modo menos incómodo y lesivo para la finca sirviente sin perjuicio de su utilidad para el dominante, y es este sentido puede ser citada la sentencia de esta Sala nº 36/2014 en la que decíamos, con la finalidad de fijar el alcance de los preceptos generales sobre la servidumbres contenido en el CDFA, lo que sigue:

«En la regulación del CDFA el artículo 557 (ejercicio civiliter) exige un ejercicio de las servidumbres de la forma más adecuada

para obtener la utilidad de la finca dominante y, a su vez, del modo menos incómodo y lesivo para la finca sirviente. El artículo 558 permite al titular de la finca dominante la realización, a su costa, de las obras necesarias para el uso y la conservación de la servidumbre, impidiendo al titular de la finca sirviente (apartado 4) la realización de ninguna obra que perjudique o dificulte el ejercicio de la servidumbre. El artículo 560 permite al propietario de la finca sirviente, si el ejercicio de la servidumbre le resulta excesivamente gravoso o incómodo, exigir las modificaciones que crea convenientes en la forma y el lugar de la prestación de la misma, siempre que no disminuyan su valor y utilidad.»

Por ello, dichas normas no pueden servir de fundamento para excepcionar el régimen establecido en art. 7 LPH aplicado por la sentencia cuestionada, pues coinciden con él en impedir al recurrente cualquier alteración en los elementos del edificio que puedan perjudicar la propiedad de la actora.

En consecuencia, procede también la desestimación de este segundo motivo.

CUARTO.- Las costas se rigen por el art. 398 LEC y del depósito para recurrir por la DA 15 LOPJ

VISTOS los artículos citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

1. Desestimar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 31 de marzo de 2016 dictada por la sección cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza en el Rollo de Apelación nº 373/2015, que confirmamos.

2. Imponer las costas del recurso a la parte que lo ha interpuesto.

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

NÚM. 20

S. TSJA 23/2016 de 5 de octubre de 2016

718: NORMAS COMUNES A LAS SUCESIONES VOLUNTARIAS: SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA: *Fideicomiso de residuo: En un testamento mancomunado con institución recíproca de herederos, con libertad de los otorgantes de revocarlo libremente, tanto viviente, como fallecido el otro otorgante, se contiene una cláusula, titulada «fideicomiso de residuo», que dice así: «De los bienes todos (de cualquier procedencia) que quedaren y de los que no haya dispuesto el sobreviviente de ambos hoy testadores, se formarán dos masas (cada una de ellas con la mitad de ese as hereditario). Y cada una de ella la recibirán los parientes más próximos, entonces vivientes de cada uno de los hoy testadores. Si alguna de esas ramas hubiere totalmente desaparecido, la otra rama quedará llamada a heredar todos los bienes». La sentencia de primera instancia considera que el sobreviviente sólo puede disponer entre vivos y que todo lo que tenga a su muerte debe partirse como dice el fideicomiso de residuo. La sentencia de la Audiencia permite a la testadora sobreviviente disponer por causa de muerte de los bienes no heredados de su esposo. La parte demandada (y perjudicada por estas interpretaciones) no presenta recurso de casación. El TSJA estima el recurso de las demandantes (parientes del primer testador fallecido).*

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 416 CDFa.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es causa básica del presente procedimiento y recurso la interpretación del testamento mancomunado otorgado el día 26 de marzo de 1985 por los

esposos D. Octavio y D.^a Isidora , sin descendencia y de vecindad aragonesa. Tal testamento contenía cuatro cláusulas del tenor literal siguiente:

«PRIMERO.- *DISPOSICIONES FUNERARIAS Y PIADOSAS*. Uno y otro desean ser sepultados canónicamente y juntos, debiendo enterrárseles en el cementerio de Torre-ro de Zaragoza, a ser posible, con independencia de cuál pueda ser el lugar en que respectivamente fallezcan. Y se encomiendan uno a otro que, por el eterno descanso del alma del que primero fallezca haga celebrar, el supérstite sin tardar, los oportunos sufragios. E igual disposición, hace el que sobreviva a cargo de quien o quienes resulten sus herederos.

SEGUNDO.- INSTITUCIÓN DE HEREDEROS RECÍPROCOS. Ambos testadores se nombran, uno a otro herederos universales. Con plena libertad en el supérstite para disponer de todos los bienes que herede del que primero muera de ambos.

TERCERO.- LIBERTAD DE REVOCACIÓN INDIVIDUAL. Dado que no se contienen disposiciones correspectivas en este testamento, cada uno de los otorgantes puede revocarlo libremente, tanto viviente, como fallecido el otro hoy otorgante.

CUARTO.- FIDEICOMISO DE RESIDUO. De los bienes todos (de cualquier procedencia) que quedaren y de los que no haya dispuesto el sobreviviente de ambos hoy testadores, se formarán dos masas (cada una de ellas con la mitad de ese as hereditario). Y cada una de ellas la recibirán los parientes más próximos, entonces vivientes de cada uno de los hoy testadores. Si alguna de esas ramas hubiere totalmente desaparecido, la otra rama quedará llamada a heredar todos los bienes».

Al momento del fallecimiento del esposo D. Octavio (ocurrido el día 12 de julio de 2004) él tenía una hermana de doble vínculo, parte demandante y ahora recurrente,

llamada D.^a Teodora, y una sobrina, también demandante y ahora recurrente, llamada D.^a Debora , hija de la hermana de doble vínculo de D. Octavio, y premuerta a él, D.^a Dolores .

Cuando fallece la esposa D.^a Isidora , el día 20 de febrero de 2014, le sobrevivió su hermana de vínculo sencillo D.^a Palmira, parte demandada y ahora recurrida.

Fallecido D. Octavio en la fecha ya antes indicada de 12 de julio de 2004, D.^a Isidora aceptó la herencia de su esposo el día 16 de abril de 2009, sin otra reserva que la del «beneficio del Fuero» y dio por disuelta y liquidada la comunidad conyugal habida por razón de su matrimonio con el causante. Consecuente con tal aceptación, se adjudicó el pleno dominio de un bien inmueble sito en Zaragoza que declaró era el único bien común o consorcial del matrimonio, y lo hizo en una mitad indivisa como pago de su participación consorcial y en la restante mitad indivisa por título de herencia.

Según consta en el Certificado de Actos de Última Voluntad de la parte demandada, la difunta D.^a Isidora otorgó dos testamentos después del fallecimiento de su esposo D. Octavio: uno el día 15 de junio de 2006, y otro el día 10 de octubre de 2011. No consta en las actuaciones el contenido del testamento de 15 de junio de 2006 ni ha sido comunicado por las partes el contenido de sus cláusulas. Sí consta, en cambio, el contenido del segundo testamento otorgado, el de 2011, cuyas tres cláusulas, literalmente disponen:

«PRIMERA.- Declara que es viuda de sus únicas nupcias, contraídas con Don Octavio, y que carece de descendencia, por lo que puede disponer libremente de sus bienes. También manifiesta estar sujeta a la vecindad civil aragonesa. Y que no ha otorgado con anterioridad a este acto testa-

mento mancomunado alguno con persona distinta de su premuerto esposo.

SEGUNDA.- Nombra e instituye heredera universal a su hermana de vínculo sencillo Palmira, con sustitución vulgar a favor de su descendencia.

TERCERA.- Revoca y anula cualquier otra disposición de última voluntad otorgada con anterioridad al presente testamento».

SEGUNDO.- Producido el fallecimiento de D.^a Isidora, su hermana de vínculo sencillo y demandada, D.^a Palmira, otorgó el día 20 de noviembre de 2014 Escritura Pública de aceptación de la herencia de D.^a Isidora, en los términos que entendía le correspondían conforme al testamento otorgado por la causante el día 10 de octubre de 2011, cuyas cláusulas han sido antes transcritas. En virtud de la aceptación como única heredera se adjudicó el pleno dominio de todos los bienes que pertenecían a la fallecida D.^a Isidora.

Las demandantes ya citadas, D.^a Teodora y D.^a Debora consideran que conforme al testamento mancomunado antes transcrito en lo esencial, y otorgado el día 26 de mayo de 1985 por los cónyuges D. Octavio y D.^a Isidora, debe declararse el derecho hereditario de ambas demandantes a la mitad de los bienes todos (de cualquier procedencia) que quedaren y de los que no hubiera dispuesto por actos inter vivos D.^a Isidora en el periodo en que sobrevivió a su esposo y causante D. Octavio y que, en consecuencia, es nulo el testamento que otorgó D.^a Isidora el 20 de octubre de 2011, así como la Escritura Pública de partición y adjudicación de herencia que hizo la demandada D.^a Palmira al entenderse heredera de todos los bienes de D.^a Isidora.

Frente a ello, D.^a Palmira argumentó en su contestación a la demanda que D.^a Isidora podía disponer también mortis causa de los bienes que recibió de su difunto esposo. Además de que, al haber revocado D.^a Isido-

ra el testamento mancomunado de 1985 quedó sin efecto la cláusula antes transcrita encabezada bajo el epígrafe «Fideicomiso de residuo». En consecuencia, solicitó la desestimación íntegra de la demanda.

TERCERO.- El Juzgado de Primera Instancia número 21 de Zaragoza dictó sentencia el día 12 de junio de 2015 en la que estimó la demanda presentada. De modo que acordó el derecho hereditario de las actrices a la mitad de los bienes que quedaren y de los que no hubiera dispuesto D.^a Isidora al tiempo de su fallecimiento, los que se distribuirían conforme al testamento otorgado por D. Octavio y D.^a Isidora el día 26 de marzo de 1985. Esto es, atendiendo a la cláusula que recogía antes citada encabezada con el término «FIDEICOMISO DE RESIDUO».

Asimismo la sentencia declaró la nulidad del testamento otorgado por D.^a Isidora el día 10 de octubre de 2011.

Apelada la anterior sentencia por la parte demandada, la Audiencia Provincial dictó a su vez sentencia de 8 de febrero de 2016, ahora recurrida en casación, en la que estimó parcialmente el recurso de apelación.

En primer lugar, declaró el derecho hereditario de las demandantes D.^a Teodora y D.^a Debora a la mitad de los bienes que quedaren de D. Octavio y de los que no hubiera dispuesto por actos inter vivos D.^a Isidora.

En segundo lugar, mantuvo la validez del testamento otorgado por D.^a Isidora el día 10 de octubre de 2011, si bien declarando su ineficacia en lo referente a la disposición testamentaria de los bienes que heredó de D. Octavio, y manteniendo la validez de la disposición respecto de los bienes no heredados de su fallecido esposo propios de la causante.

En tercer lugar, declaró la nulidad de la Escritura Pública de adjudicación de la herencia otorgada por D.^a Palmira el día 20 de noviembre de 2014.

En conclusión, por tanto, las demandantes pasan a heredar la mitad del patrimonio de D. Octavio en la forma que quedara al fallecer D.^a Isidora y la demandada el resto, esto es, la otra mitad del patrimonio de D. Octavio y toda la herencia de D.^a Isidora .

CUARTO.- Frente a la anterior sentencia de la Audiencia Provincial ha sido interpuesto el recurso de casación que ahora se resuelve por la parte demandante, y que fue parte recurrida en apelación. Cabe significar ahora que la parte demandada y que había sido recurrente en apelación no presentó recurso de casación en tiempo y forma, aunque, luego, en su oposición al recurso de casación de la contraparte efectúa solicitud de casación y modificación de lo acordado por la sentencia de la Audiencia Provincial, como si de parte recurrente se tratara. En concreto, en el suplico de su escrito de oposición al recurso solicita, literalmente:

«Suplico a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón: Tenga por presentado este escrito con su copia. Se sirva admitirlo. Y, a su vista, al amparo del art. 485 párrafo 1º de la Ley Rituaria Civil tenga por formulada Oposición al Recurso de Casación interpuesto por la representación procesal de Dña. Teodora y Dña. Debora contra la Sentencia dictada por la Sección 4ª de la Ilma. Audiencia Provincial de Zaragoza el 08 de febrero de 2016 (aclarada por medio de Auto de 15 de marzo). Casando la citada resolución en su totalidad y declarando la total validez del testamento otorgado por Dña. Isidora el 10 de octubre de 2011 en estado de viuda ante el notario de Zaragoza D. Fernando Usón Valero y, consecuentemente, el íntegro derecho hereditario de mi mandante. Con

expresa condena en costas a la recurrente en casación».

La formulación de la pretensión expuesta hecha por la parte recurrida no cabe admitirla, ya que, conforme resulta de lo recogido en el artículo 485 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esta parte recurrida puede formalizar su oposición al recurso presentado por la contraparte, pero queda reservado sólo al recurrente, según los artículos 477 y 481 de la misma Ley, exponer los fundamentos por los que entiende que la resolución recurrida ha infringido preceptos aplicables para resolver la cuestión y, en consecuencia, solicitar la casación de la sentencia recurrida.

QUINTO.- El motivo único de recurso lo fundamenta la parte demandante en la infracción del artículo 416 del Código de Derecho Foral Aragonés (CDFA en adelante), pues considera que la sentencia recurrida comete un error de interpretación al no respetar la voluntad manifestada por D. Octavio en el testamento otorgado de mancomún el día 26 de marzo de 1985. En concreto, argumenta que conforme a la voluntad conjunta de ambos testadores, al fallecer D.^a Isidora debe ser aplicada en su literalidad la cláusula cuarta del testamento que estableció el fideicomiso de residuo, con correlativa declaración de nulidad del testamento otorgado luego por D.^a Isidora en contradicción con el mancomunado. O, subsidiariamente, caso de considerar válido el testamento otorgado por D.^a Isidora , que se declare totalmente ineficaz la disposición otorgada en su momento por D. Octavio en el testamento mancomunado, con consiguiente apertura de la sucesión legal de él y consideración del derecho de sus herederos a todos los bienes de D. Octavio que quedaren al tiempo de fallecer D.^a Isidora .

Por tanto, el recurso no combate la totalidad de lo expuesto en la sentencia de instancia, sino que centra su impugnación

tan solo en las conclusiones obtenidas en ella al tiempo de valorar el alcance y efectos de la disposición de bienes, y simultánea revocación, que D.^a Isidora hizo en su testamento del día 10 de octubre de 2011 respecto de la voluntad conjunta y pactada en el testamento mancomunado otorgado el día 26 de marzo de 1985, pues las demandantes y ahora recurrentes consideran incorrecto el pronunciamiento de la sentencia exclusivamente en la medida en que declaró que ellas tienen derecho a la mitad del patrimonio hereditario de D. Octavio, cuando entienden que su derecho alcanza bien a la mitad de todo el patrimonio conjunto de D. Octavio y D.^a Isidora existente cuando D.^a Isidora fallece, bien a todo el patrimonio de D. Octavio que restaba en el mismo momento del óbito de D.^a Isidora y del que ella no hubiera dispuesto antes de morir.

SEXTO.- La sentencia recurrida recoge en la argumentación contenida en el Fundamento de Derecho (FD en adelante) octavo las razones que le conducen a considerar la compatibilidad de la cláusula segunda con la cuarta del testamento mancomunado de 1985. Expone que ambas, incardinables en la libertad del testador, no son especialmente difíciles de armonizar. Y concluye que «no se atisba a comprender la razón por la que es contrario al principio de libertad civil el pacto que establece un fideicomiso de residuo» y que es incontestable que «un aragonés pueda disponer de su sucesión estableciendo un orden sucesorio sucesivo, y que lo pueda hacer conforme a su voluntad, otorgando el fiduciante al fiduciario las facultades dispositivas que estime convenientes, sólo inter vivos, a título oneroso o gratuito, o también mortis-causa».

Luego, en el FD noveno, al tratar sobre la relación entre la posibilidad de disposición mortis causa del fiduciario y la existencia del fideicomiso de residuo, recoge el

rechazo de la pretensión de la parte recurrente que, según la sentencia, pretendía expulsar toda una cláusula (la cuarta) del testamento, para concluir que la literalidad de la expresión empleada de «fideicomiso de residuo» no desvela una voluntad diferente a «la literalidad de la expresión, entendiendo esa literalidad (...) en su consideración jurídica, no ya usual sino unánimemente aceptada en nuestra cultura jurídica».

Estas consideraciones no han sido objeto de impugnación por las partes ni, especialmente, por la ahora recurrente, por lo que, en virtud de la obligada congruencia de esta sentencia con la causa del recurso presentado, deben ser respetadas.

SÉPTIMO.- A pesar, sin embargo, de las conclusiones obtenidas por la sentencia respecto de las posibilidades que brindaba la libertad de testar, de la consiguiente obligación de respeto de lo dispuesto por el testador, y de la validez plena que reconoce a la cláusula fideicomisaria establecida, después, en el FD décimo, estimará que la aplicación de lo previsto respecto de la revocabilidad del testamento en los artículos 406.3 y 421 del CDFA (referentes a posibilidad de revocación del testamento mancomunado) junto con la falta de corespectividad de las cláusulas testamentarias que recoge el propio testamento dan lugar a concluir que «nada podía impedir que D.^a Isidora dispusiera de sus propios bienes no heredados de su fallecido esposo D. Octavio».

Esta conclusión contraría la literalidad reconocida antes a la cláusula fideicomisaria y, con ello, altera sin justificación la voluntad manifestada por ambos testadores de mancomún respecto del orden sucesorio que correspondía a sus bienes, pues la posibilidad de modificación del fideicomiso no fue la literalmente acordada en lo establecido, ni es la que corresponde a los

efectos legales propios del fideicomiso que recoge el artículo 784 del Código Civil como producidos desde que falleció D. Octavio y se abrió su sucesión.

Por el contrario, si se respeta el acuerdo de fideicomiso, en coherencia con ello debe estarse íntegramente a lo pactado en él. No existe razón para admitir sólo parcialmente lo que ambos otorgantes acordaron. Declarada la vigencia de la cláusula fideicomisaria, debe ser atendida en la integridad en que fue pactada dentro del principio de libertad de testar, sin distinguos o fraccionamientos de lo claramente fijado en ella y que modifiquen los efectos propios de lo que en él se pactó y debe ser respetado.

De modo que, en contra de lo que concluye la sentencia recurrida, todos los bienes tanto de D. Octavio como de D.^a Isidora quedaron comprometidos en la sustitución fideicomisaria. Por ello, tal y como se pactó, al tiempo de distribuir los bienes de la herencia debe partirse de la existencia de una sola masa patrimonial (el as hereditario único) integrada por los patrimonios de D. Octavio y D.^a Isidora existentes al tiempo de fallecimiento de ella. Tal masa debe ser dividida en dos partes, para que reciban una mitad los parientes más próximos de D. Octavio vivientes al tiempo del fallecimiento de D.^a Isidora, y la otra la que D.^a Isidora nombró heredera suya, D.^a Palmira.

Procede por tanto estimar el recurso interpuesto y casar la sentencia recurrida en lo que declaró el derecho hereditario de las actoras sólo respecto de la mitad de los bienes que pertenecieran al patrimonio de D. Octavio para, en su lugar, asumiendo la instancia, acordar que el derecho hereditario de los demandantes lo es a la mitad del total de los patrimonios de D. Octavio y D.^a Isidora, en la forma arriba recogida y como resulta de la literalidad de la cláusula

fideicomisaria establecida en el testamento mancomunado de 1985.

Esta declaración conlleva a su vez la ineficacia de la disposición testamentaria segunda otorgada por D.^a Isidora en testamento otorgado el día 10 de octubre de 2011. Pero no en su integridad, porque si D.^a Isidora tenía limitada por el fideicomiso su posibilidad de disposición de bienes, no quedaba, sin embargo, vinculada en la designación de sus propios herederos. Por ello, es válido y eficaz que, en lugar de llamar a su herencia a sus parientes más próximos, como hizo en 1985, decidiera nombrar heredera a su hermana D.^a Palmira. En consecuencia, la ineficacia de la cláusula lo es tan solo respecto de la disposición que hace de todos sus bienes al instituir la heredera universal, pues, por lo ya dicho, no podía disponer de los bienes sujetos al fideicomiso.

Las consideraciones expuestas determinan la nulidad íntegra de la Escritura de aceptación y adjudicación de herencia otorgada el día 20 de noviembre de 2014 por D.^a Palmira, dado que en tal acto se consideraron bienes sobre los que D.^a Isidora podía disponer aquellos que estaban vinculados por el fideicomiso.

OCTAVO.- Dada la complejidad jurídica de la cuestión suscitada y la estimación del recurso de casación interpuesto, no procede hacer expresa imposición de las costas causadas en la instancia y en el recurso de casación, en aplicación de lo establecido en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

PRIMERO: Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación pro-

cesal de D.^a Teodora y D.^a Debora contra la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza el día ocho de febrero de 2016, que casamos, dejándola sin efecto.

SEGUNDO: En su lugar, estimando parcialmente la demanda presentada por la parte recurrente antes citada, acordamos:

1.- Declarar el derecho hereditario de las demandantes D.^a Teodora y D.^a Debora, como familiares más próximas de D. Octavio a la mitad de los bienes de cualquier procedencia que conformen la masa hereditaria integrada por los patrimonios del citado y de su esposa fallecida D.^a Isidora, y de los que ésta no hubiera dispuesto por actos inter vivos.

2.- Declarar ineficaz la disposición testamentaria segunda del testamento otorgado por D.^a Isidora el día 10 de octubre de 2011 ante el Notario de Zaragoza D. Fernando Usón Valero, en la medida en que dispuso de bienes sujetos al fideicomiso pactado con D. Octavio en el testamento del día 26 de marzo de 1985 otorgado ante el Notario de Zaragoza.

3.- Declarar nula la Escritura de aceptación y adjudicación de herencia otorgada por D.^a Palmira el día 20 de noviembre de 2014 ante el Notario de Zaragoza D. Fernando Usón Valero.

en el art. 79.5 CDFA y 775.1 Lec., para que pueda darse lugar a la modificación de las medidas definitivas acordadas en una previa sentencia matrimonial es inexcusable la concurrencia de los siguientes requisitos: a) Que se haya producido, con posterioridad a dictarse la resolución judicial, 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 conyuntural, o esporádico. 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 beneficiosas.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 79.5 CDFA y 775.1 Lec.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. Julio recurre en casación la sentencia de la Audiencia Provincial que desestimó su apelación contra la sentencia por la que el Juzgado rechazó la demanda en la que pretendió la modificación de la pensión alimenticia de 500 € (hoy actualizada a 511,27 €) fijada como contribución al sustento de su hijo Eduardo, nacido el día 29 de agosto de 1992 en el seno de su matrimonio con la recurrida, D.^a María Emilia, en la sentencia de divorcio de fecha 11 de noviembre de 2010.

NÚM. 21

S. TSJA 24/2016 de 14 de octubre de 2016

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: MODIFICACIÓN DE MEDIDAS: Doctrina consolidada: De acuerdo con una consolidada doctrina de esta Sala (SS 42/2013 y 17/2013) en interpretación de lo dispuesto

SEGUNDO.- Como único motivo de casación se afirma que la sentencia recurrida infringe el art. 82.2 CDFA porque hace abstracción de las efectivas disponibilidades económicas del recurrente obligado a la prestación alimenticia.

El motivo pasa por alto la razón por la que las sentencias de ambas instancias desestimaron las pretensiones que el recurrente mantuvo en ellas, que no es otra que la de que no concurre el cambio de circunstancias que permite la modificación de las medidas acordadas en una sentencia matrimonial firme.

De acuerdo con una consolidada doctrina de esta Sala (SS 42/2013, de 3 de octubre y 17/2013, de 13 de marzo o 10/2015, de 2 de marzo) en interpretación de lo dispuesto en el art. 79.5 CDFA y 775.1 LEC, para que pueda darse lugar a la modificación de las medidas definitivas acordadas en una previa sentencia matrimonial es inexcusable 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.

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.

Y la razón por la que las sentencias de ambas instancias rechazan la demanda de modificación es precisamente que no consideran que se haya producido el necesario cambio de circunstancias, lo que, por otra parte, tampoco es alegado por el recurrente en ninguno de sus escritos procesales, en los que omite toda pormenorización de las circunstancias que a su entender han variado desde el momento en que la medida cuestionada fue establecida en la previa sentencia de divorcio.

En definitiva, la sentencia recurrida difícilmente puede haber incurrido en la infracción del art. 82.2 CDFA, por la sencilla razón de que no lo ha aplicado, pues la demanda de modificación no superó el escrutinio de si concurren en el caso los elementos necesarios para que las medidas matrimoniales ya adoptadas puedan ser objeto de nuevo estudio y decisión.

Procede, en consecuencia, la desestimación del motivo.

TERCERO.- Las costas se rigen por el art. 398 LEC, y el depósito para recurrir por la DA 5ª LOPJ.

VISTOS los artículos citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

1. Desestimar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 4

de mayo de 2016 dictada por la AP de Zaragoza en el rollo nº 713/2015.

2. Imponer las costas a la parte recurrente.

3. Decretar la pérdida del depósito que en su caso se haya constituido para recurrir, al que se dará el destino legal.

22

NÚM. 22

S. TSJA 25/2016 de 14 de octubre de 2016

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR: Obligación de fijar un límite temporal cierto: *Se rechaza el recurso por infracción procesal al entender que no hay incongruencia interna en la sentencia recurrida (SSTS 14/9/2011 y 15/2/2005). El art. 81.3 CDFA establece la obligación de fijar un límite temporal cierto (STSJA de 4/1/2013). En el presente caso la ampliación del uso de la vivienda hasta su efectiva venta (en aplicación del art. 394 Cc.), desnaturaliza la exigencia legal de fijación de un límite temporal cierto a la atribución del uso de la vivienda familiar, puesto que dicho uso quedará a expensas de la voluntad de una de las partes —la propia interesada—, que deberá prestar su consentimiento y su colaboración para que el inmueble sea vendido. En todo caso, aun cuando la conducta de la interesada fuera activa a favor de la venta, seguiría desvirtuándose la exigencia de fijación de un límite temporal cierto, puesto que el momento de la efectiva venta estará sujeto a numerosas vicisitudes que no dependen, exclusivamente, de la voluntad de los vendedores.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 81.3 CDFA y 394 Cc.

PONENTE: Excmo. Sr. D. Manuel Bellido Aspás.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes relevantes.

1. Por sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Zaragoza, de fecha 1 de octubre de 2015, en aplicación del art. 81.3 CDFA se limitó el uso de la vivienda familiar a la esposa hasta el 31 de diciembre de 2017, fecha en la que debía desalojarla con la finalidad de facilitar la negociación sobre su uso en condiciones de igualdad entre las partes, según dispone la resolución.

2. La sentencia de la sección segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 10 de mayo de 2016, en su fundamento de derecho cuarto, considera «razonable y adecuada la limitación temporal que fija la Sentencia apelada, que por ello se confirma». Sin embargo, a continuación, estima la petición subsidiaria de la esposa para, una vez llegue el 31 de diciembre de 2017, proseguir en la vivienda que ocupa hasta que se logre su efectiva venta. Se afirma en la sentencia que «*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 C.C. 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, debiendo ser, pues, por la normativa propia del régimen de comunidad por las que se rija el uso en cuestión.*»

La petición subsidiaria de la Sra. M. se fundamentaba en el recurso de apelación en sus menores ingresos y en la mayor necesidad de ocupar la vivienda frente a su esposo.

En el fallo, la sentencia revoca en parte la dictada en primera instancia, acordando que «*una vez finalizado el uso de la vivienda, podrá la Sra. M. seguir el uso de la misma hasta su efectiva venta, debiendo tener una conducta activa en las gestiones conducentes a la misma.*».

SEGUNDO.- Recurso por infracción procesal.

3. Al amparo del art. 469.1, 2º y 4º LEC, se alega por el recurrente la infracción del art. 218.2 LEC, en relación con los arts. 248.3 LOPJ y 24 CE.

Entiende el recurrente que la sentencia incurre en el vicio de incongruencia interna, puesto que, por una parte, confirma la sentencia de primera instancia, que fija una fecha concreta para la finalización de uso de la vivienda por la esposa (31 de diciembre de 2017) y, por otra, extiende este uso por un período indeterminado, puesto que la efectiva venta de la vivienda dependerá de numerosos factores, entre los que se incluye la propia voluntad de la usuaria de la vivienda conyugal.

4. La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha delimitado los contornos de la denominada incongruencia interna, entendiéndose por tal la contradicción entre los fundamentos de derecho de la sentencia y su fallo o, también, cuando esta contradicción afecta a los diversos pronunciamientos del fallo.

Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2011, con mención de la de 15 de febrero de 2005 y otras anteriores, señala:

«Como excepción a la norma general que exige que la incongruencia se manifieste por una discordancia entre el fallo o parte dispositiva de la sentencia y lo pedido en el suplico de la demanda, la doctrina de esta Sala, recogida en las sentencias citadas en el motivo de 25 de mayo de 1990 y 18 de octubre de 1996, permite apreciar incongruencia atendiendo a la contradicción existente entre la fundamentación de la sentencia y su parte dispositiva, doctrina que se reitera en la sentencia de 18 de diciembre de 2003, según la cual «la incongruencia interna puede tener lugar por contradicción entre los pronunciamientos de un fallo, o bien entre la conclusión sentada en la fundamentación jurídica como

consecuencia de la argumentación decisiva —«ratio decidendi»— y el fallo, o con alguno de sus pronunciamientos. Para que se produzca esta segunda modalidad de incongruencia interna será preciso que la contradicción sea clara e incontestable, pues en otro caso, prevalece el fallo, sin perjuicio de que la obscuridad en el razonamiento pueda servir de sustento a otro vicio de la sentencia distinto de la incongruencia».

5. Sin embargo, en el presente caso no nos encontramos, propiamente, con una contradicción entre los razonamientos recogidos en los fundamentos de derecho de la sentencia y su plasmación en el fallo o, por decirlo con otras palabras, las conclusiones a que conducen los razonamientos jurídicos del fundamento de derecho cuarto se corresponden con lo acordado en el fallo. Así, si bien estima adecuada la limitación temporal al uso de la vivienda familiar fijada en la sentencia apelada en aplicación del art. 81.3 CDFA, la revoca parcialmente para acordar que la Sra. M. continúe ocupando la vivienda hasta su efectiva venta, en aplicación del régimen de uso de la cosa común regulado en el art. 394 CC que la sentencia de segunda instancia entiende procedente.

Por ello, debe rechazarse el recurso por infracción procesal, centrando la cuestión debatida en la posible infracción de los arts. 81.3 CDFA y 394 CC alegada en la casación.

TERCERO.- Recurso de casación: atribución temporal del uso de la vivienda familiar (art. 81.3 CDFA).

6. Se interpone el recurso al amparo de los arts. 477.2.3º y 477.3 LEC, así como de los arts. 2 y 3.1 Ley 4/2005, sobre la casación foral aragonesa, al considerar que la resolución del recurso presenta interés casacional, por oponerse la sentencia recurrida a la doctrina sentada por esta Sala. Se alegan como infringidos el art. 81.3 CDFA y el 394 CC.

7. El recurrente afirma que, frente a la fijación por la sentencia de primera instancia de un límite temporal al uso de la vivienda familiar en la fecha del 31 de diciembre de 2017, la resolución recurrida, al ampliarlo hasta que se proceda a la efectiva venta del inmueble, desnaturaliza ese límite temporal y lo convierte en un período indeterminado, que depende de la discrecionalidad de la propia ocupante, puesto que su intervención resulta imprescindible para proceder a la venta del piso.

8. El art. 81.3 CDFA, que se estima infringido por el recurrente, dispone que: «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».

Esta misma Sala ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la obligación que establece el citado precepto de fijar un límite temporal cierto para la atribución del uso de la vivienda familiar. Así, en la sentencia de 4 de enero de 2013 (recurso de casación 35/2012), referida a un supuesto en el que la sentencia recurrida acordaba que, transcurrido el plazo temporal de nueve años, cualquiera de las partes podría instar demanda de modificación de medidas definitivas para evaluar, teniendo en cuenta las concretas circunstancias familiares concurrentes, la posibilidad de su prórroga, cambio o destino a dar a la vivienda familiar, decíamos:

«Lo que la ley ordena en este particular es que el Juez ha de fijar un límite para la atribución del uso, o lo que es lo mismo, señalará un plazo. De ese modo se atiende la necesidad de certeza al respecto, que conviene a ambas partes: por un lado al favorecido con la atribución del uso, quien de este modo podrá hacer con tiempo sus previsiones para cuando llegue ese momento, tales como búsqueda de otro alojamiento, o evaluación de sus posibilidades de adjudicárselo si, como en el caso que nos ocupa, ambos son coti-

culares del inmueble, etc. Y, por otro lado, conviene también al que se ve privado del uso del bien, que no sólo podrá también ponderar esas posibilidades, sino que sabrá que podrá venderse libre de esa carga a partir de una determinada fecha. Esto no se consigue con el pronunciamiento de la sentencia recurrida (que confirmó íntegramente la de primera instancia que a su vez incluyó el inciso del que la parte disiente) ya que deja en la indefinición el límite temporal con ese añadido tan innecesario como perturbador».

9. En el presente caso, la sentencia recurrida, después de valorar las circunstancias concretas de la familia, en particular los ingresos de ambos progenitores, ratifica la finalización de la atribución del uso de la vivienda familiar fijado por la sentencia de primera instancia en la fecha del último día del mes de diciembre de 2017, en aplicación del art. 81.3 CDFA. La propia sentencia, en su fundamento de derecho cuarto, expresamente indica que le «parece razonable y adecuada la limitación temporal que fija la sentencia apelada, que por ello se confirma».

Sin embargo, esta confirmación de la limitación temporal es meramente aparente, puesto que, a continuación, se estima la petición subsidiaria de la Sra. M., autorizándole a seguir ocupando la vivienda hasta la venta de la misma por entender que, al ser copropietaria, viene amparada por el art. 394 CC.

10. La ampliación del uso de la vivienda a la Sra. M. hasta su efectiva venta, en aplicación de un precepto no alegado por las partes y que se refiere a un ámbito completamente distinto al de las medidas patrimoniales a adoptar en el proceso de divorcio —como es el régimen de uso de la cosa común por los copropietarios al que se refiere el art. 394 CC—, desnaturaliza la exigencia legal de fijación de un límite temporal cierto a la atribución del uso de la vivienda familiar regulado en el art. 81.3 CDFA, puesto que dicho uso, de acuerdo

con el fallo de la sentencia recurrida, no finará el 31 de diciembre de 2017, sino que queda a expensas de la voluntad de una de las partes —la propia interesada—, que deberá prestar su consentimiento y su colaboración para que el inmueble sea vendido. En definitiva, la aplicación indebida y no solicitada del art. 394 CC frustra la finalidad perseguida por el art. 81.3 CDFA de establecer un límite temporal cierto al uso de la vivienda familiar, por lo que debe entenderse infringido este último precepto.

La mención incluida en el fallo de que la ocupante de la vivienda deberá tener una conducta activa en las gestiones conducentes a la venta, ninguna incidencia tiene, puesto que no es más que un mero desiderátum sin trascendencia jurídica real. En todo caso, aun cuando la conducta de la interesada fuera activa a favor de la venta, seguiría desvirtuándose la exigencia de fijación de un límite temporal cierto, puesto que el momento de la efectiva venta estará sujeto a numerosas variables que no dependen, exclusivamente, de la voluntad de los vendedores.

Por lo expuesto, al infringir la sentencia recurrida el art. 81.3 CDFA, procede estimar el recurso de casación por este motivo, casando la sentencia de apelación y confirmando la de primera instancia en este punto.

CUARTO.- Costas.

11. Conforme a lo dispuesto en el artículo 398.2 LEC, por la estimación del recurso de casación no procede la imposición de las costas del mismo.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

PRIMERO.- Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Alberto B. R.

SEGUNDO.- Casar y anular, dejándola sin efecto parcialmente, la sentencia de fecha 10 de mayo de 2016, dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, en el rollo de apelación núm. 752/2015, tan solo en lo relativo a la supresión de la referencia contenida en el fallo de que, una vez llegue el 31 de diciembre de 2017, «podrá la Sra. M. seguir el uso de la misma hasta su efectiva venta, debiendo tener una conducta activa en las gestiones conducentes a la misma». De tal manera que se confirma lo resuelto por la sentencia de 1 de octubre de 2015 del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Zaragoza, en los términos del apartado 4 de su fallo, relativo al uso de la vivienda familiar: «La atribución del uso cesará el último día de diciembre de 2017. La finalización del plazo llevará consigo el desalojo de la vivienda, salvo pacto en contrario».

TERCERO.- No hacer imposición de costas causadas en el presente recurso.

Con devolución del depósito constituido.

NÚM. 23

A. TSJA de 28 de octubre de 2016

6635: CONSORCIO CONYUGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN: PROCEDIMIENTO DE FORMACIÓN DE INVENTARIO: Recurribilidad en casación: La Sala ha venido siguiendo el criterio del TS sobre la irrecurribilidad de la sentencia de apelación dictada por la Audiencia Provincial en incidente de oposición a la formación de inventario, por entender que no constituye una segunda instancia (ATSJA de 15/2/2013). Pero se ha producido un cambio de criterio en el TS, que aparece en Autos de 9 de marzo, 6 de julio y 28 de septiembre de 2016, conforme a los cuales «... la doctrina de la irrecurribilidad queda superada a

partir de la sentencia del Pleno de esta Sala de 21 de diciembre de 2015, en el recurso de casación n° 2459/2013 ... La prioridad del procedimiento especial para la liquidación del régimen económico matrimonial sobre el juicio ordinario y la consideración de que el primero comprende en realidad dos procedimientos diferentes, el de formación de inventario (arts. 808 y 809 Lec.) y el de liquidación en sentido estricto (art. 810 Lec.) desvirtúan en gran medida la naturaleza incidental de la sentencia que pone fin al procedimiento de inventario».

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 477, 808, 809 y 810 Lec.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Fernando Zubiri de Salinas

Zaragoza a veintiocho de octubre de dos mil dieciséis.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora de los Tribunales D.^a Cristina Plumed Marco, actuando en nombre y representación de D.^a Carmen F. B., por designación de oficio y beneficiaria de Justicia Gratuita, presentó ante la Audiencia Provincial de Teruel, Sección Primera, escrito interponiendo recurso de casación frente a la sentencia de fecha 14 de marzo de 2016, dictada por dicha Sección en el rollo de apelación núm. 117/2015, dimanante del procedimiento de liquidación de Sociedades Gananciales núm. 251/2014, seguidos ante el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción núm. Dos de Teruel, siendo parte recurrida D. Ramón M. M. Una vez se tuvo por interpuesto, se acordó el emplazamiento de las partes y la remisión de los autos a esta Sala.

SEGUNDO.- Recibidas las actuaciones, se formó el rollo de casación núm. 22/2016,

en el que se personaron todas las partes, haciéndolo la Procuradora de los Tribunales D.^a M.^a del Carmen Maestro Zaldívar, designada en turno de oficio por D.^a Carmen F. B., en calidad de recurrente y por D. Ramón M. M., el Procurador de los Tribunales D. Emilio Pradilla Carreras, como recurrido; se pasaron al Ilmo. Sr. Ponente para que se instruyese y sometiese a la deliberación de la Sala lo que hubiese que resolver sobre la admisión o inadmisión del recurso interpuesto.

TERCERO.- En fecha 7 de octubre de 2016 se dictó providencia en la que se acordó:

«Examinado el escrito de interposición del recurso de casación, la Sala aprecia la posible concurrencia de causas determinantes de su inadmisibilidad:

1. La parte recurrente invoca, como vía que permite la interposición del recurso de casación, la cuantía conforme a lo establecido en los arts. 1 y 2 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación Foral Aragonesa, pero en autos no se ha fijado la cuantía del proceso;

2. la sentencia recurrida, dictada por la Audiencia Provincial en un proceso de incidente de oposición a la formación de inventario en procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial, podría no ser considerada como de segunda instancia, conforme al criterio sustentado por el Tribunal Supremo en reiteradas resoluciones, Auto de 19 de febrero de 2008 y los que en él se citan, criterio también seguido por esta Sala —Auto de 15 de febrero de 2013—, con lo que aquélla carece de la condición de «sentencia dictada en segunda instancia» que permitiría el acceso a la casación conforme al art. 477.2 de la LEC;

3. El motivo de recurso denuncia la infracción de un gran número de preceptos [arts. 183 a 193 y 210 del 270 del Código de derecho Foral Aragonés (C DFA)], sin la debida claridad expositiva y sin explicar la ra-

zón por la que los pronunciamientos recogidos en el fallo y de los que la parte discrepa han infringido norma sustantiva precisa.

Por los motivos señalados, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 483.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se da traslado a las partes para que en el plazo de diez días puedan alegar al respecto lo que estimen procedente.»

Las partes, dentro de plazo, presentaron sus escritos de alegaciones en apoyo de sus pretensiones.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el trámite de admisión del recurso de casación la Sala debe examinar en primer lugar su competencia, pronunciándose seguidamente, si se considerase competente, sobre la admisibilidad del mismo, según dispone el artículo 484 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Esta Sala es competente para conocer del recurso de casación interpuesto, a tenor del artículo 478, núm. 1º, párrafo 2º, de la mentada Ley procesal, ya que corresponde *«a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia conocer de los recursos de casación que procedan contra las resoluciones de los Tribunales Civiles con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde, exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas de Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad»*, y a estos efectos competenciales puede entenderse que el recurso de casación interpuesto se refiere a la vulneración de derecho civil aragonés, sin perjuicio de lo que más adelante se dirá acerca de su admisibilidad.

SEGUNDO.- La providencia dictada en fecha 7 de octubre pasado ponía de relieve, en primer lugar, la no fijación de la

cuantía del proceso, lo que es relevante dado que la parte recurrente invoca la cuantía como vía para interponer el recurso de casación.

La determinación de la cuantía del proceso ha de hacerse en la demanda, conforme al art. 253 de la LEC, ajustadamente a las reglas establecidas en el art. 251 de la misma ley procesal, y es carga de las partes su fijación. En este caso dicha fijación no se ha realizado en las instancias. Sin embargo, en el caso presente puede entenderse que la cuantía de las cuestiones planteadas en el recurso supera la cantidad de 3.000 euros, por lo que tendría acceso a la casación conforme a lo establecido en el art. 2.1 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa.

TERCERO.- En segundo lugar se cuestionaba en la providencia indicada la recurribilidad en casación de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, ya que ha recaído en un incidente de oposición a la formación de inventario en procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial. En este tipo de procesos, la Sala ha venido siguiendo el criterio, mantenido por el Tribunal Supremo, de la irrecurribilidad, al considerar que se trata de una sentencia de apelación en un incidente que no constituye una segunda instancia, por lo que no es incardinable en el supuesto de hecho del art. 477 de la LEC. En este sentido el Auto de 15 de febrero de 2013 allí mencionado.

Pero es de constatar un cambio de criterio en el Tribunal Supremo, que aparece en Autos de 9 de marzo, 6 de julio y 28 de septiembre de 2016, conforme a los cuales *«... la doctrina de la irrecurribilidad queda superada a partir de la sentencia del Pleno de esta Sala de 21 de diciembre de 2015, en el recurso de casación nº 2459/2013, en el que se plantea cuál es el procedimiento adecuado para las reclamaciones entre cónyuges por razón del régimen económico matrimonial tras*

la disolución de éste, que recoge expresamente, en su fundamento de derecho cuarto: «2ª) Dentro del libro IV de la LEC, dedicado a los procesos especiales, el capítulo II del título II regula el procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial (arts. 806 a 811), pero comprendiendo en realidad dos procedimientos diferentes, el de formación de inventario (arts. 808 y 809) y el de liquidación en sentido estricto (art. 810), con una variante más para el régimen de participación (art. 811). 3ª) De lo anterior se sigue que la formación de inventario para determinar el activo y el pasivo de la comunidad matrimonial precede a la liquidación del régimen económico matrimonial, porque no es sino hasta concluido el inventario cuando cualquiera de los cónyuges “podrá” solicitar la liquidación (art. 810.1 LEC), lo que significa, a su vez, que la determinación del activo y el pasivo de la comunidad matrimonial no exige necesariamente una petición de liquidación como se alega en el motivo.»

La prioridad del procedimiento especial para la liquidación del régimen económico matrimonial sobre el juicio ordinario y la consideración de que el primero comprende en realidad dos procedimientos diferentes, el de formación de inventario (arts. 808 y 809) y el de liquidación en sentido estricto (art. 810) desvirtúan en gran medida la naturaleza incidental de la sentencia que pone fin al procedimiento de inventario.»

CUARTO.- En todo caso, y aunque pudiera entenderse recurrible en casación la sentencia recaída en este proceso, el presente recurso de casación no puede superar el trámite de admisión, pues en el motivo único se denuncia la infracción de los arts. 83 a 193 y 210 al 270 del Código de Derecho Foral Aragonés (CDFA), sin la debida claridad y separación.

Como tiene declarado el Tribunal Supremo, 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 aplica-

ble al caso. El art. 477 de la LEC exige que el recurso se funde en la infracción de norma sustantiva, a fin de que el tribunal de casación —y, previamente a su decisión, las partes recurridas— conozca la razón por la que la recurrente entiende que se ha vulnerado el ordenamiento jurídico sustantivo y pueda ejercer la función nomofiláctica —o de protección del derecho— que es la esencia del recurso de casación; así expresa el Auto del TS de 6 de mayo de 2008 (recurso 584/2004) que: «Esta Sala... ha circunscrito este recurso al examen de la corrección jurídica de las normas referidas al fondo del asunto, esto es, a la cuestión sustantiva o material que constituye el objeto del proceso, según es inherente a su función nomofiláctica».

Y en este sentido el Acuerdo no jurisdiccional de 30 de diciembre de 2011 de la Sala Primera del alto tribunal ha establecido, como criterio de inadmisibilidad, «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 (artículo 481.1 LEC)»; supuesto que concurre en el caso de autos.

La parte recurrente ha tratado en el escrito de alegaciones de precisar el contenido del motivo único del recurso de casación, pero es de tener presente que el objeto de este trámite de alegaciones es dar oportunidad a las partes para que se pronuncien sobre las posibles causas de inadmisión, no sustituir el escrito de interposición del recurso.

QUINTO.- En cuanto a las costas, procede su imposición a la parte recurrente, de acuerdo con lo previsto en los artículos 398 y 394 del citado cuerpo procesal civil, en los términos establecidos en el art. 36 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

Vistos los artículos citados y los demás de general y pertinente aplicación.

LA SALA ACUERDA

1.- No admitir el recurso de casación formulado por la representación procesal de Doña Carmen F. B., contra la Sentencia dictada el día 14 de marzo de 2.016 por la Audiencia Provincial de Teruel, en el rollo de apelación número 117/2015, seguidos en el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Teruel.

2.- Declarar firme la sentencia antes citada.

3.- Remitir las actuaciones junto con testimonio de esta resolución al órgano de procedencia.

4.- Con imposición a la parte recurrente de las costas de este recurso, con el alcance establecido en el art. 36 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

que la sentencia de Audiencia no ha considerado existentes. El primer motivo de infracción procesal alega infracción del principio de justicia rogada, pero es desestimado porque la sentencia de apelación no introduce hechos nuevos en el proceso; la indebida, arbitraria y manifiestamente errónea apreciación de los hechos alegada como segundo motivo de infracción procesal es rechazada porque la valoración de la prueba realizada en la sentencia recurrida supera el test de racionalidad; en el recurso de casación, el recurrente pretende introducir nuevos signos externos o aparentes de servidumbre, olvidando que en casación hay que partir de los hechos declarados probados en las sentencias de instancia, puesto que no estamos ante una tercera instancia, por lo que el motivo se rechaza.

PONENTE: *Excmo. Sr. D. Manuel Bellido Aspás*

FUNDAMENTOS DE DERECHO**PRIMERO.- Antecedentes relevantes.**

1. Por lo que interesa a este recurso de casación, el demandante ejercita en su demanda la acción negatoria de servidumbre, solicitando se declare en sentencia que las fincas 310 y 341, propiedad del demandado, no ostentan los derechos reales de paso en calidad de predio dominante sobre la finca 313 de su propiedad.

A su vez, el demandado reconviene interesando se declare que la finca 341 es predio dominante y las fincas registrales 313 y 309 predios sirvientes de una servidumbre de paso de peatones (paso 1A); y que la finca registral 310 es predio dominante y la 313 predio sirviente de una servidumbre de paso de vehículos y personas (paso 1B).

2. La sentencia de primera instancia, de fecha 2 de junio de 2015, estima la de-

NÚM. 24

S. TSJA 26/2016 de 16 de noviembre de 2016

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL: Desestimación de los motivos.

84: SERVIDUMBRES: CASACIÓN FORAL: Desestimación de los motivos: *El demandante ejercita acción negatoria de servidumbre de paso y el demandado reconviene ejercitando acción confesoria de servidumbre. La sentencia de primera instancia estima íntegramente la demanda reconvenicional, mientras que la sentencia de apelación la revoca parcialmente y reduce el número de servidumbres existentes. El recurso de casación versa sobre las servidumbres*

manda reconventional, declarando la existencia de las servidumbres peticionadas. Concretamente las dos expuestas en el número anterior —pasos 1A y 1B—; además de otras dos, referidas a los pasos 2A y 2B, que no son objeto del recurso de casación.

La sentencia considera acreditados los signos aparentes de ambas servidumbres, al haberse constatado en los informes periciales aportados por el demandado una serie de caminos visibles y delimitados que coinciden con los pasos descritos en la demanda reconventional. Entiende también acreditado el carácter aparente de dichas servidumbres, su uso y utilización desde tiempo inmemorial para acceder a las fincas registrales 310 y 341. Concluye la resolución que la existencia de los signos aparentes de las servidumbres de paso durante, al menos, más de veinte años, y el uso por varios vecinos del pueblo y no solo por el actor reconventional, resulta incompatible con un uso oculto o clandestino, siendo tal posesión hábil para usucapir, por lo que se desestima la acción negatoria de servidumbre ejercitada en la demanda principal y se estima la acción confesoria de servidumbre de paso contenida en la demanda reconventional.

3. Interpuesto recurso de apelación se dictó sentencia en segunda instancia, de fecha 5 de mayo de 2016, que estimó en parte el recurso de apelación interpuesto por don Julio N., revocando la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que las fincas registrales 310 y 341 no ostentan derechos reales de paso en calidad de predio dominante sobre la registral 313 (pasos 1A y 1B); y se mantiene el reconocimiento de la existencia de servidumbre sobre los pasos 2A y 2B, que no son objeto del recurso de casación.

La sentencia establece que no es posible la constitución de las servidumbres de paso por usucapición mientras todas las fincas estuvieron bajo un mismo dueño. Y

desde el momento en que dejaron de estar bajo un mismo dueño, mediante la escritura de fecha 3 de noviembre de 2004, hasta la interposición de la demanda ejercitando la acción negatoria de servidumbre de paso sobre la registral 313 en fecha 4 de julio de 2014 todavía no habían transcurrido los diez años exigidos para usucapir. Además, la resolución entiende, respecto del paso 1B, que no se puede afirmar que durante todo el período necesario para usucapir haya estado marcado sobre el terreno el camino, sin perjuicio de que haya podido haber temporadas en las que sí estuviesen marcadas las roderas, lo que no es equiparable a la existencia de un camino marcado.

Por tanto, la sentencia entiende que las servidumbres solo podrían haberse constituido, en su caso, por destino de padre de familia conforme al art. 566 CDFA o 541 CC (por ser derechos anteriores al 1 de enero de 2011) y no por usucapición.

No obstante, y por lo que respecta a la servidumbre denominada 1B, la sentencia termina concluyendo que tampoco puede afirmarse su constitución por destino del padre de familia, puesto que no queda acreditado que al tiempo de separarse las propiedades estuviera marcado sobre el terreno el camino, ni mucho menos se ha probado que dicho camino comunicaba la registral 313 con la 310, ya que no basta con que hubiera un camino en la finca 313 dando servicio a esta finca, sino que resulta preciso que al separarse las propiedades dicho camino estuviera marcado hasta la registral 310, dando servicio a esta última, dominando la 313, signo aparente que no se ha probado.

Respecto del paso 1A, la sentencia de apelación concluye que, aunque se estimara que el espacio delimitado por setos considerado por el recurrente una senda ya estaba así en el momento de separarse las propiedades, no puede considerarse que dicho espacio o senda pueda servir

para entender constituida la servidumbre por destino del padre de familia a favor de la registral 341, pues donde muere la denominada senda da una apariencia de servicio para la propia finca 313 o, todo lo más, para otras fincas del mismo dueño (P. anejo al chalet o casa nueva y a esta misma), no proclamando apariencia alguna de servidumbre hasta la registral 341 a través del P. Siendo de resaltar que en una pretendida servidumbre de paso, para su adquisición por destino del padre de familia o por usucapión, la apariencia no la da el uso, naturalmente discontinuo, sino los signos exteriores marcados sobre el terreno a modo de senda, camino o carril, proclamando una relación de subordinación/dominio entre las fincas que ha de estar presente en el momento de la separación de las propiedades (destino del padre de familia) o durante todo el tiempo durante el cual se consolida la usucapión.

SEGUNDO.- Primer motivo de infracción procesal: principio de justicia rogada.

4. Alega el recurrente que la sentencia dictada por la Audiencia Provincial ha vulnerado el principio de justicia rogada contemplado en el art. 216 LEC, que dispone que «los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales».

En síntesis, basa esta conclusión en que, en el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, el entonces recurrente alegaba —refiriéndose a las servidumbres reconocidas por dicha resolución— que «nunca se había establecido signo aparente de servidumbre entre las fincas que fueron de los padres de ambos contendientes». Sin embargo, en la sentencia se afirma que los caminos se habían hecho desaparecer con ocasión de la adjudicación de la herencia entre los hermanos contendientes en este pleito.

5. El principio de justicia rogada se integra por los principios dispositivo y de aportación de parte, propios de la jurisdicción civil. Conforme al segundo de ellos, tal como se recoge en el art. 216 LEC, son las partes las que deben aportar los hechos al proceso, en cuanto constituyen el fundamento de su pretensión.

En el presente caso, una de las partes, don Joaquín N. —hoy recurrente que ejercitó la acción confesoria de servidumbre— sostiene la existencia de signos aparentes de servidumbre; por el contrario, la otra parte, don Julio N. —que ejercitó la acción negatoria de servidumbre— mantiene que no existían esos signos aparentes de servidumbre y ambos aportan prueba para acreditar sus alegaciones.

La sentencia recurrida, en realidad, no dice que los signos externos de los pasos se hicieron desaparecer cuando las fincas dejaron de estar en manos del mismo dueño. La redacción literal que utiliza es: «... *no puede hablarse de usucapión mientras todas las fincas estuvieron bajo un mismo dueño, de modo que en realidad dichas servidumbres de paso sólo se pudieron constituir por destino del padre de familia conforme al art. 566 del Código de Derecho Foral o, mejor, conforme al art. 541 del Código Civil (pues estamos hablando de hechos anteriores al 1 de enero de 2011, fecha de entrada en vigor de la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho Civil Patrimonial) si no se hubieran hecho desaparecer los signos externos de los pasos cuando las fincas dejaron de estar bajo un mismo dueño, siendo de resaltar que tal cosa ocurrió el 3 de noviembre de 2004, mediante la escritura de los folios 32 y siguientes, menos de diez años antes de que se interpusiera la demanda negando la existencia de servidumbre alguna de paso sobre la registral 313, por lo que ninguna servidumbre de paso se ha podido usucapir sobre dicha registral ...*».

La lectura atenta de todo el fundamento de derecho cuarto pone de manifiesto que la sentencia excluye la posibilidad de

usucapión de las servidumbres afirmada por la resolución de primera instancia, de manera que concluye que solo podrían haberse constituido las servidumbres por destino del padre de familia, conforme al art. 541 CC. La referencia que recoge a continuación, «si no se hubieran hecho desaparecer los signos externos de los pasos cuando las fincas dejaron de estar bajo un mismo dueño», no es una afirmación, sino, simplemente, la mención expresa del requisito exigido por dicho precepto para que la servidumbre continúe tras la enajenación de una de ellas. Cuando la sentencia se refiere a que «tal cosa ocurrió el 3 de noviembre de 2004, mediante la escritura de los folios 32 y siguientes» no se está refiriendo a que en ella se hicieron desaparecer los signos externos, lo que contradeciría lo dispuesto en el art. 541 CC —que exige que la desaparición de los signos externos sea anterior al otorgamiento de la escritura—, puesto que si lo que se quiere es poner fin a la servidumbre en ésta, nos encontramos ante el otro supuesto de precepto —único contemplado en el art. 566 CDEFA— que permite, para que la servidumbre no continúe tras la separación de las fincas, que «se exprese lo contrario en el título de enajenación de cualquiera de ellas».

En definitiva, la expresión «tal cosa ocurrió el 3 de noviembre de 2004» se refiere a que las fincas dejaron de estar bajo un mismo dueño en esa fecha, mediante la escritura de adjudicación de herencia, no a que se hicieran desaparecer los signos externos de paso. Así resulta también de la lectura del resto de la sentencia, en la que no se afirma en ningún momento tal cosa. Antes bien, respecto del paso 1B se señala que no queda acreditado que el camino haya estado marcado durante todo el tiempo en el terreno, ni que estuviera marcado al tiempo de separarse las propiedades, ni mucho menos que comunicase la registral 313 con la 310. Y respecto del

paso 1A, que aun partiendo de que existiese la senda al tiempo de la separación de las propiedades, ésta moría en la propia finca 313 y daba apariencia de servicio tan solo a la misma finca o a otras del mismo dueño.

6. Por lo expuesto, en modo alguno se vulnera el principio de justicia rogada, puesto que la sentencia de apelación no introduce hechos nuevos en el proceso, sino que, valorando los aportados por las partes a la luz de las pruebas propuestas, considera acreditados unos y otros no, partiendo de los alegados por los litigantes, sin que la convicción a la que llegan los magistrados tenga que coincidir con las afirmaciones de las partes, debiéndose desestimar el primer motivo de infracción procesal alegado.

TERCERO.- Segundo motivo de infracción procesal: vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE.

7. Alega el recurrente la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, ex art. 24 CE, por la indebida, arbitraria y manifiestamente errónea apreciación de los hechos por parte del tribunal de apelación, que ha incurrido en un error patente, ostensible o notorio y ha extraído conclusiones contrarias a la racionalidad, absurdas y que conculcan los más elementales criterios de la lógica y las normas de valoración de la prueba, como consecuencia de no haber apreciado la existencia, tanto en vida de la anterior propietaria, como tras la adjudicación de su herencia, de camino y senda que atravesando la FR 313 conducen a la FR 310 y 309.

8. Una abundante doctrina de la Sala Civil del Tribunal Supremo ha delimitado los supuestos en los que la valoración probatoria puede acceder al control del tribunal de casación por la vía del art. 469.1.4º LEC. Así, en la sentencia del Alto Tribunal

de fecha 29 de abril de 2015 (rc. 803/2014), con referencia a otras anteriores, se dice:

«Como recoge la sentencia de 23 marzo 2011, Rc. 2311/2006, las reglas y principios que deben observarse en 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, pueden ser sometidos al examen del Tribunal de casación, al amparo del artículo 469.1.4 LEC, cuando por ser la valoración de la prueba manifiestamente arbitraria o ilógica, ésta no supera el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en artículo 24 CE.

A salvo este supuesto, la valoración de la prueba es función de la instancia (27 de mayo de 2007, Rc. 2613/2000, 15 de abril de 2008, Rc. 424/2001, STS 28 de noviembre de 2008, Rc. 1789/03). Si no se demuestra de modo patente la existencia de una infracción de las reglas del discurso lógico aplicables al proceso, no es posible tratar de desvirtuar una apreciación probatoria mediante una valoración conjunta efectuada por el propio recurrente para sustituir el criterio del Tribunal por el suyo propio, por acertado que pueda parecer (SSTS de 9 de mayo de 2007, Rc. 2097/2000, 27 de mayo de 2007, Rc. 2613/2000, 15 de abril de 2008, Rc. 424/2001, 30 de junio de 2009, Rc. 1889/2006, 29 de septiembre de 2009, Rc. 1417/2005), lo que convertiría el recurso en una tercera instancia contraria a su naturaleza y función (STS de 29 de septiembre de 2009, Rc. 1417/2005)».

9. En el presente caso, el recurrente realiza en este segundo motivo de infracción procesal, de modo exhaustivo, una nueva valoración probatoria. Repasa detalladamente cada uno de los medios probatorios practicados en el juicio (documental, testifical, pericial) para concluir la indebida, arbitraria y manifiestamente errónea apreciación de los hechos por

parte del tribunal de apelación. Sin embargo, tal proceder solo evidencia su disconformidad con la valoración probatoria alcanzada en la sentencia recurrida, sin que se aprecie la existencia de las infracciones denunciadas.

La valoración probatoria de la sentencia de apelación, sustentada en un estudio de las fotografías y vídeos aportados y en las declaraciones de los testigos y peritos, no puede ser calificada como irracional, ilógica o arbitraria, superando el test de racionalidad constitucionalmente exigible para entender que se ha respetado el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE.

Para estimarse el control judicial a través de este recurso extraordinario de infracción procesal es necesario que se aprecie una valoración de la prueba «manifiestamente errónea o arbitraria, pero no la valoración desacertada de la misma a juicio de la parte recurrente, si no concurre aquel elemento de manifiesto error o arbitrariedad» (STS 64/2010, de 23 de febrero), que es lo que pretende el recurrente, que analiza y valora nuevamente toda la prueba para intentar desvirtuar la valoración realizada por el tribunal de apelación, sin que pueda calificarse como error manifiesto que los testigos tomados en consideración en la sentencia no ofrezcan credibilidad al recurrente frente a otros que considera más acertados o que éste entienda que otras fotografías muestran más claramente la realidad que aquellas a las que se refiere la resolución recurrida, o bien que se deberían haber tenido en cuenta las declaraciones de otros testigos o aceptarse las conclusiones de la prueba documental y pericial que aportó al proceso. Frente a esa opinión, el tribunal valoró toda la prueba en su conjunto, haciendo expresa referencia a los medios de prueba que sirvieron para acreditar los hechos que estima probados. La valoración de la prueba que efectúa el recurrente, si bien es legítima, no puede desvirtuar la efectua-

da por el tribunal de apelación, salvo que se demuestre de manera patente su error, falta de lógica o arbitrariedad, lo que no es el caso.

Por lo expuesto, el segundo motivo de infracción procesal debe ser rechazado.

CUARTO.- Recurso de casación. Pasos 1B y 1A.

10. El recurso entiende infringidos los arts. 561.c) y 566 CDFA, referidos ambos a la constitución de las servidumbres por signo aparente.

11. Para fundamentar el recurso de casación, alega el recurrente que la sentencia recurrida, en su fundamento de derecho cuarto, equipara de forma errónea el signo externo o aparente de la servidumbre con la exclusiva existencia o concurrencia de camino marcado sobre el terreno comunicando ambas fincas. Entiende, respecto del paso 1B, que dadas las características topográficas de las fincas 313 y 310 y su acceso único por una verja o portal común para ambas, establecido originariamente por el propietario de la finca matriz y mantenido al tiempo de segregación de las fincas, es la verja de la C/ S. M., punto común de acceso, el signo aparente de servidumbre. Señala el recurrente que la propia configuración de la finca 310 como «fondo de saco», con una única salida a través de la colindante 313, lleva a considerar como clara y manifiesta la voluntad de la anterior propietaria común de ambas fincas de configurar una servidumbre de paso a favor de la primera de las fincas sobre la segunda. En defensa de este argumento el recurrente realiza una nueva valoración probatoria.

12. En lo que se refiere al paso 1A, el recurrente manifiesta que la existencia de la servidumbre se publicita también, como signo externo, por la puerta de acceso a la que va a desembocar el camino en línea recta a la C. V. de P. (finca 341) que, desde finales

de 1950, se convirtió en la puerta principal de entrada de esta casa. Se manifiesta también que, aunque la C. V. de P. tiene un portón histórico en la parte de atrás de la calle B. B., éste quedó inutilizado una vez se abrió a finales de 1950 la referida puerta.

13. Como ha establecido esta Sala en numerosas ocasiones, en el examen del recurso de casación el tribunal debe partir de los hechos probados en las instancias, sin introducir modificación alguna, puesto que no estamos ante una tercera instancia (entre otras, STSJA de 30-09-13, recurso de casación núm. 26/2013). En palabras de 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»*.

14. En el presente caso, como hemos expuesto al relatar los antecedentes relevantes, la sentencia de primera instancia estimó la existencia de todas las servidumbres reclamadas por entender acreditados una serie de caminos visibles y delimitados y concluyó que la existencia de esos signos aparentes de las servidumbres de paso durante, al menos, más de veinte años determinaban la constitución de las servidumbres por usucapión. Por su parte, la sentencia de apelación, además de rechazar la constitución de las servidumbres por usucapión, considera que tampoco pudieron constituirse por destino de padre de familia. Respecto del paso 1B, porque no ha quedado acreditado que al tiempo de separarse las propiedades estuviera marcado el camino sobre el terreno, y menos todavía, que dicho camino comunicara la

registral 313 con la 310. Y respecto del paso 1A porque, aun suponiendo la existencia de la senda que afirma el recurrente, ésta tan solo da apariencia de servicio para la propia finca 313 (predio sirviente) o, todo lo más, para otras fincas del mismo dueño.

Por tanto, ninguna referencia contienen la resoluciones anteriores a los nuevos signos externos o aparentes de servidumbre que pretende introducir el recurrente a través de su recurso: las características topográficas de las fincas 313 y 310 y su acceso único por una verja o portal común para ambas —situada en la C/ S. M.—, establecido originariamente por el propietario de la finca matriz y mantenido al tiempo de segregación de las fincas, así como la consideración de la finca 310 como «fondo de saco», en lo que se refiere al paso 1B; y la puerta de acceso construida en los años 50 para el paso 1A.

15. Como ya hemos indicado, para resolver el recurso de casación la sala ha de partir de los hechos declarados probados por las sentencias de primera instancia y apelación, puesto que no estamos ante una tercera instancia. La única vía para modificar esos hechos es la que brinda el recurso extraordinario por infracción procesal, pero habiéndose desestimado éste por las razones ya expuestas, la pretensión de introducir nuevos hechos en la sentencia, en este caso, otros signos aparentes de servidumbre no contemplados en las resoluciones anteriores, debe ser rechazada, lo que conlleva la desestimación del recurso.

QUINTO.- Costas.

16. En aplicación del art. 394.1 LEC, al que se remite el art. 398.1 LEC, en el presente caso no procede hacer expresa imposición de costas, puesto que esta Sala valora los distintos fallos obtenidos en primera instancia y apelación, que justifican la existencia de dudas de hecho o derecho.

VISTOS los artículos citados y los demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

1.- Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación e infracción procesal interpuesto por la representación procesal de D. Joaquín N. M. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca, de fecha 5 de mayo de 2016.

2.- No se hace expresa imposición de costas.

3.- Se dará al depósito constituido por el recurrente el destino legalmente previsto.

NÚM. 25

A. TSJA de 25 de noviembre de 2016

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO.

OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL:

Falta de competencia funcional. *La competencia de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia para conocer de los recursos de casación le viene atribuida por el art. 73.1.a) LOPJ (en relación con el art. 478.1 Lec. y art. 1 Ley aragonesa 4/2005) en los casos en que el recurso se funde, exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas de Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad. En el presente caso, la sentencia recurrida fundamentó su decisión en las previsiones contenidas en los arts. 146, 1319 y 1362 del Código civil, y el recurrente en la regulación del art. 146 del mismo Código civil. Al no haberse alegado precepto alguno propio del Derecho civil aragonés que haya sido aplicado o que se considere infringido por la parte, esta Sala carece de competencia para resolver la cuestión. En su caso, la competencia corresponderá al Tribunal Su-*

premo. Se remiten los autos al órgano de procedencia, ante el cual la parte podrá presentar en forma el recurso de casación en el plazo de cinco días desde la notificación del presente auto.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 73.1.a) LOPJ, 478.1 Lec., 1 Ley aragonesa 4/2005.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch.

Zaragoza a veinticinco de noviembre de dos mil dieciséis.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Procurador de los Tribunales D. Óscar David Bermúdez Melero, actuando en nombre y representación de D. Goran S., presentó ante la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, escrito interponiendo recurso de casación frente a la sentencia de fecha 14 de octubre de 2015, dictada por dicha Audiencia en el rollo de apelación núm. 362/2015, dimanante de los autos de divorcio núm. 608/2013, seguidos ante el Juzgado de 1ª Instancia num. Dieciséis de Zaragoza, siendo parte recurrida D.ª Georgina C. D. y el Ministerio Fiscal, y una vez se tuvo por interpuesto, se acordó el emplazamiento de las partes y la remisión de los autos a esta Sala.

SEGUNDO.- Recibidas las actuaciones, se formó el rollo de casación núm. 62/2015, en el que se personó la parte recurrente y el Ministerio Fiscal.

A petición de la parte recurrida se suspendió el plazo para su personación hasta tanto se resolviese la solicitud de asistencia jurídica gratuita que tenía solicitada. En fecha 16 de mayo de 2016 la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, acordó denegar tal derecho a la solicitante, resolución

que fue impugnada por la misma y confirmada por esta Sala, por Auto de 9 de septiembre de 2016.

En fecha 12 de septiembre del mismo año se alzó la suspensión, que fue notificada con fecha 23 del mismo mes y trascurrido el término concedido sin que se haya personado en forma, con fecha 30 de septiembre pasan las actuaciones al Magistrado Ponente para resolver.

TERCERO.- En fecha 24 de octubre de 2016 se dio traslado a las partes por diez días por posible causa de incompetencia. Las partes, dentro de plazo, presentaron alegaciones en apoyo de sus pretensiones, manifestando el Ministerio Fiscal su conformidad con la falta de competencia planteada en la providencia anterior.

Es Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con carácter previo a decidir sobre la admisión del recurso de casación presentado debe valorarse la posible competencia propia de esta Sala para resolver sobre la impugnación formulada para, cabe adelantarle ahora, concluir que resulta incompetente este órgano judicial para decidir cualquier cuestión relativa al recurso presentado, por las razones que a continuación se expondrán.

La competencia de la Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia para conocer de los recursos de casación les viene atribuida por el artículo 73.1.a) la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en relación con el artículo 478.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y artículo 1 de la Ley de Aragón 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa) en los casos en que el recurso se funde, exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas

de Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad.

Pues bien, en el presente caso, la sentencia recurrida fundamentó su decisión en las previsiones contenidas en los artículos 146, 1319 y 1362 del Código Civil, y el recurrente en la regulación del artículo 146 del mismo Código Civil. De modo que esta ausente cita de precepto alguno propio del derecho civil especial de la Comunidad Autónoma de Aragón que haya sido aplicado o que se considere infringido por la parte.

En consecuencia con tal falta de alegación de haber sido vulnerado precepto propio del derecho aragonés, debe concluirse que, conforme resulta de las normas arriba citadas, carece de competencia esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón para resolver la cuestión, lo que debe declararse así, con la consecuencia inmediata de no proceder que esta Sala dicte acuerdo alguno relativo a posible admisión o no del recurso de casación o a la designación de Abogado y Procurador por turno de oficio pretendida por el recurrente.

SEGUNDO: En el caso de que concurran los presupuestos necesarios para que pueda ser presentado recurso de casación, la competencia para conocer de él corresponderá al Tribunal Supremo, por lo que procede acordar la devolución del procedimiento al órgano judicial que dictó la sentencia impugnada, ante el cual la parte dispondrá del plazo de cinco días indicado por el artículo 62.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y contado desde la notificación de la presente, para poder presentar en forma el recurso de casación, si a su derecho conviniera.

TERCERO: De conformidad con lo previsto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede imponer a la recu-

rente el pago de las costas causadas por la tramitación del presente rollo de casación.

VISTOS los artículos citados y demás de general aplicación,

ACUERDA

- Declarar la incompetencia de esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón para conocer del recurso de casación presentado por la representación procesal de D. Goran S. contra la sentencia dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza el día 14 de octubre de 2015.

- En consecuencia con la falta de competencia indicada, no hacer pronunciamiento sobre la admisibilidad del recurso de casación presentado.

- Denegar la designación de Abogado y Procurador por turno de oficio interesada por el recurrente.

- Imponer al recurrente el pago de las costas causadas.

Remítase los autos al órgano de procedencia, Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, con testimonio de la presente resolución para los efectos oportunos.

Contra este auto no cabe la interposición de recurso.

Así lo acuerdan, mandan y firman, el Excmo. Sr. Presidente y los Ilmos. Sres. Magistrados expresados margen.

NÚM. 26

S. TSJA 27/2016 de 1 de diciembre de 2016

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Períodos

de custodia compartida: La fijación por la Audiencia de un régimen de custodia compartida por semanas alternas en lugar de por días alternos entre semana y fines de semana también alternos, no vulnera ninguno de los preceptos señalados en el recurso (76.2 y 3.a, 79.2.a y c, 80.1 y 2 CDFA). Los principios del art. 76 CDFA sirven de referencia para la interpretación y aplicación de los derechos regulados en los preceptos subsiguientes, y especialmente de los prevenidos en los arts. 79 y ss., como medidas de aplicación en defecto del pacto de relaciones familiares. No se ha producido la vulneración alegada porque el régimen establecido con anterioridad ya era de custodia compartida y la modificación del régimen de estancias, que no ha producido perturbaciones dañinas para la menor, es una decisión que compete al ámbito discrecional del Tribunal, conforme a la valoración de la prueba practicada, sin que tal decisión pueda considerarse arbitraria o irracional sino adecuada al preferente interés de la menor y a la normal evolución psicológica de la niña recogida en el informe pericial.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 775 Lec., 79.5 CDFA, 90.3 Cc.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Fernando Zubiri de Salinas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

HECHOS RELEVANTES

PRIMERO.- Para la resolución del recurso de casación interpuesto conviene relatar los hechos acreditados en las instancias y las sucesivas actuaciones procesales:

1. D. Roberto José S. G. y D^a María Cruz J. P. contrajeron matrimonio en Zaragoza el día 15 de mayo de 2002.

2. De dicha unión nació una hija, llamada Violeta, el día 18 de marzo de 2005.

3. En autos de divorcio de mutuo acuerdo n° 1580/2009, tramitados ante el Juzgado de Primera Instancia n° 6 de Zaragoza (Familia), se dictó sentencia de 10 de febrero de 2010, que decretó la disolución por causa de divorcio del matrimonio contraído entre los citados y aprobó el convenio regulador firmado por ellos. En lo que aquí interesa dicho convenio acordaba que la guarda y custodia de la hija habida del matrimonio sería ejercida por la madre, con un régimen de visitas para que D. Roberto pudiera estar con su hija.

4. A instancia de D. Roberto se tramitó en el mismo Juzgado proceso sobre modificación de medidas definitivas del divorcio de mutuo acuerdo, en el que recayó sentencia de 18 de noviembre de 2011 por la que se aprobó la modificación de dichas medidas, modificación que afectaba al régimen de visitas del padre respecto de su hija.

5. A partir del mes de noviembre de 2014 D. Roberto y D^a María Cruz convinieron que Violeta conviviera con cada progenitor el mismo número de días, ejerciendo ambos una custodia compartida por días alternos, hecho aceptado por la menor habida cuenta las circunstancias concurrentes y, especialmente, que las residencias de ambos progenitores están muy próximas y que también el centro escolar al que acude la hija se encuentra en las proximidades.

6. D. Roberto ha interpuesto ante el juzgado reseñado demanda de modificación de medidas definitivas de divorcio, solicitando que se establezca respecto de la menor un régimen de custodia compartida por semanas alternas, en los términos que se expresan en dicho escrito, y además solicita la extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar por parte de la madre y autorización de su venta.

7. Tras la tramitación oportuna recayó sentencia de primera instancia de 13 de octubre de 2015 que estimó parcialmente

la demanda. En cuanto a la guarda y custodia, el fallo decidió que ambos progenitores mantendrán el ejercicio conjunto de la autoridad familiar y que la guarda y custodia de la hija menor Violeta será compartida de tal manera que la menor esté entre semana en días alternos con cada progenitor y asimismo los fines de semana de forma alternativa. También acordó mantener el uso del domicilio y ajuar familiar para D^a M^a Cruz hasta el 30 de junio de 2017, con mantenimiento de la opción de posible adjudicación a una de las partes de la plena titularidad de la vivienda vigente en la actualidad y en los términos fijados, si bien señalando que en igualdad de condiciones se otorga preferencia a la Sra. J.

8. Interpuesto recurso de apelación por la representación de D. Roberto, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza dictó sentencia de 17 de mayo de 2016 que lo estimó parcialmente, en el sentido de sustituir, dentro del régimen de custodia compartida de la hija menor atribuido a ambos progenitores, el sistema fijado por días por el sistema de semanas alternas con cambio los domingos a las 20 horas, y acordó dejar sin efecto la preferencia otorgada a las Sra. J. para la adquisición de la vivienda común. Dicha sentencia fue complementada por Auto de 9 de junio de 2016, en cuanto a la fecha de los efectos del cambio de régimen de custodia.

MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACIÓN

SEGUNDO.- Frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial la representación procesal de D^a M^a Cruz J. P. ha interpuesto recurso de casación, que funda en dos motivos: en primer lugar aduce la vulneración el artículo 79.5 del CDFA y 775.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al entender que no se ha producido ninguna alteración sustancial que pueda dar lugar a la modificación de las medidas aprobadas

judicialmente, y que el demandante debió acreditar y la sentencia recurrida debió justificar un cambio relevante de circunstancias, lo que no se ha producido en el caso de autos; y como segundo motivo alega la vulneración del artículo 76.2 y 3 a), artículo 79.2 a) y c) y artículo 80.1 y 2, todos ellos del CDFA, en relación con el artículo 92.8 del Código civil y artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño, entendiendo que la sentencia recurrida ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor.

ADMISIBILIDAD DEL RECURSO

TERCERO.- En el trámite de oposición el Ministerio Fiscal plantea la posible inadmisión del recurso de casación, por falta de interés casacional, expresando que no queda claro cual es el interés casacional que se propugna por la parte recurrente, pues ésta no indica con precisión qué jurisprudencia solicita que se fije o se declare infringida, ya que es evidente que la sentencia recurrida consagra la preferencia de la custodia compartida de los padres a tenor del artículo 80.2 del CDFA y que ambos progenitores están de acuerdo en tal custodia compartida.

Esta cuestión, oportunamente deducida conforme al artículo 485 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de ser sin embargo rechazada. Es cierto que el escrito de interposición del recurso de casación se refiere a la concurrencia de interés casacional, sin detallar a cuál de los supuestos prevenidos en el artículo 2.2 de la Ley Aragonesa se refiere, indicando únicamente que la contradicción con la doctrina jurisprudencial de este tribunal y del Tribunal Supremo se desprende de la propia sentencia. Pero también indica que la sentencia de la Audiencia Provincial es recurrible en casación por razón de la cuantía, invocando la aplicación del artículo 2.1 de la Ley Aragonesa 4/2005, de 14 de junio,

de casación foral. Por lo tanto esta vía era suficiente para justificar la recurribilidad de la sentencia y por ello la invocada causa de inadmisión no puede ser estimada.

EXAMEN DEL PRIMER MOTIVO DE RECURSO

CUARTO.- El artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite la modificación de las medidas judicialmente aprobadas en sentencia firme cuando se produzca un cambio sustancial de las circunstancias concurrentes, y disciplina la legitimación procesal del Ministerio Fiscal y de los cónyuges para instar esa modificación. A su vez, el artículo 79.5 del CDFA, en el mismo sentido que el artículo 90.3 del Código civil, previene que 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.

Tales normas permiten excepcionar el régimen general de cosa juzgada, conforme al cual los pronunciamientos recaídos en sentencia firme son inmutables, salvo que concurren causas de revisión previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil. En atención a la naturaleza del proceso de divorcio o separación y de las medidas que se adoptan en relación con los hijos menores, el legislador ha previsto la posibilidad de que dichas medidas sean modificadas cuando concurren las citadas circunstancias, habida cuenta los cambios que pueden producirse tanto por el crecimiento vital de los hijos menores como por las situaciones personales, profesionales y económicas de los progenitores. En este sentido se pronuncian la sentencia del Tribunal Supremo n° 685/2014, de 19 de noviembre, y las de esta Sala números 42/2013, de 3 de octubre y 37/2014, de 19 de noviembre.

En el caso de autos, la sentencia de primera instancia se refiere expresamente a este cambio de circunstancias, y en sus fundamentos jurídicos segundo y tercero razona sobre su concurrencia, habida cuenta la edad de Violeta y las modificaciones operadas en sus hábitos de vida. La Audiencia Provincial no se refiere, expresamente, a esta cuestión, porque no había sido planteada en el recurso de apelación interpuesto por D. Roberto, pero toda su argumentación parte de esa modificación.

Frente a ello no pueden prosperar los argumentos en que se funda el primer motivo de recurso, ya que es claro que el crecimiento de la hija menor ha supuesto un cambio notorio de circunstancias, y a partir de noviembre de 2014 se produjo un cambio en su régimen de vida, pasando a pernoctar con cada uno de los progenitores por días alternos. Todo ello justifica la posibilidad de que la parte actora solicitase y el Tribunal competente decidiese una modificación de las medidas inicialmente adoptadas.

En consecuencia el motivo se desestima.

EXAMEN DEL SEGUNDO MOTIVO DE RECURSO

QUINTO.- El segundo motivo en que se funda el recurso de casación denuncia, según hemos adelantado, la vulneración del artículo 76.2 y 3, apartado a), del artículo 79.2, apartados a) y c) y artículo 80.1 y 2 del CDFA, en relación con el artículo 92.8 del Código civil y artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño. En el desarrollo del motivo la parte recurrente hace referencia a diversas cuestiones de naturaleza procesal, como son la falta de motivación —mantiene que la sentencia recurrida «se despacha y justifica en apenas 20 líneas la Audiencia Provincial de Zaragoza acordando la modificación de las estancias de la menor»— así como la incongruencia y arbitrariedad del fallo que es objeto de recurso. Tras ello pro-

cede a valorar el informe psicológico aportado a los autos y concluye entendiendo que la sentencia impugnada ha infringido los preceptos citados, pues no debió modificar el régimen de estancias antes establecido, que funciona correctamente, y cuyo cambio puede tener consecuencias negativas para la menor.

En el examen del motivo de recurso de casación han de ser rechazadas las argumentaciones de naturaleza procesal que, en su caso, debieron ser introducidas como motivo por infracción procesal conforme a lo establecido en el artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la disposición final decimosexta, regla primera, de la misma. En todo caso es de advertir que la sentencia dictada por la Audiencia Provincial está suficientemente motivada en cuanto a la cuestión controvertida, pues en el segundo fundamento jurídico explica las razones por las que modifica el sistema de estancias antes establecido, y dicho razonamiento y parte dispositiva no resultan incongruentes en cuanto a los términos en que se produjo el debate procesal ni responden a una valoración arbitraria de las pruebas practicadas.

SEXTO.- En cuanto a los preceptos sustantivos cuya infracción denuncia la parte recurrente, es de señalar: 1º) que el artículo 76 del CDFA establece unos «derechos y principios» en orden a la determinación de los efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo, previniendo el apartado 2 que toda resolución que afecte a los hijos menores de edad se adoptará en atención al beneficio e interés de los mismos, lo que no es sino una aplicación en el derecho aragonés del principio del superior interés del menor, mantenido en los convenios internacionales de los que España es parte, entre los que destaca la Convención de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, adoptada por la Asamblea General

de la ONU, y el apartado 3 a) ordena que los menores de edad tengan un contacto directo con sus padres de modo regular y que ambos participen en la toma de decisiones que afecten a sus intereses como consecuencia del ejercicio de la autoridad familiar; 2º) que dichos principios sirven de referencia para la interpretación y aplicación de los derechos regulados en los preceptos subsiguientes del Código Foral, y especialmente de los prevenidos en los artículos 79 y siguientes, como medidas de aplicación en defecto del pacto de relaciones familiares; 3º) que el artículo 79, en los apartados antes citados, previene que el juez dictará las medidas necesarias respecto de los hijos menores de edad, para garantizar la continuidad y efectividad del mantenimiento de los vínculos de los hijos menores con cada uno de sus progenitores, y para evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda y custodia.

En el caso de autos resulta meridiano que no se ha producido en la sentencia impugnada vulneración de los preceptos reseñados, porque el régimen antes establecido, que se mantiene salvo en el régimen de estancias, es de custodia compartida, de forma que la hija menor mantenía y sigue manteniendo un contacto directo con ambos progenitores, de modo regular, sin que la modificación del régimen de estancias que establece la sentencia objeto del recurso haya producido perturbaciones dañosas para la menor, atendidas las razones que se exponen en los fundamentos de derecho de la misma, y por los argumentos que seguidamente se expondrán.

SÉPTIMO.- Respecto a la invocada infracción del artículo 80, en sus apartados 1 y 2, del CDFA, el motivo ha de ser igualmente desestimado.

Dicho precepto regula la guarda y custodia de los hijos, previniendo en el apartado 1 que los progenitores podrán solicitar al

Juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida de forma compartida o por uno sólo de ellos, mientras que en el apartado 2 determina que el Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares y atendiendo a los factores que la norma consigna.

En el caso de autos se ha establecido la guarda y custodia compartida entre ambos progenitores de la hija menor Violeta, tanto en la sentencia de primer grado como en la de apelación, decisión que responde a la voluntad de los litigantes y que es plenamente acorde con la preferencia establecida por el legislador, de forma que la única discrepancia entre aquellos se refiere al régimen de estancias, pues la sentencia de la Audiencia Provincial lo establece por semanas alternas, mientras que la parte recurrente solicita dicho régimen mediante unas estancias entre semana en días alternos con cada progenitor y los fines de semana de forma alternativa.

La sentencia recurrida da pleno y cabal cumplimiento a la preferencia establecida legalmente en el artículo 80.2 del CDA, siendo la modalidad en cuanto al régimen de estancias una decisión que compete al ámbito discrecional de dicho Tribunal, conforme a la valoración de la prueba practicada, que es competencia de las instancias y no revisable en casación, salvo supuestos de decisión arbitraria o irracional. En este sentido se pronuncian las sentencias n° 599/2014, de 6 de noviembre, del Tribunal Supremo y la sentencia n° 17/2015, de 28 de mayo, de esta Sala.

En el caso de autos no se ha incurrido en arbitrariedad o irracionalidad.

Es de reseñar finalmente que la decisión adoptada ha tenido en cuenta el preferente interés de la menor, de la cual afirma la sen-

tencia que mantiene una actitud positiva, y no le importaría cambiar al régimen de custodia semanal, pese a estar acostumbrada al sistema anterior de días alternos. Y destaca en su fundamentación que «a juicio de la perito el sistema que propugna el recurrente no va a producir un cambio sustancial en la menor, y que de cara a una proyección de futuro se adapta mejor (a) las necesidades educativas, organizativas y de autonomía». Dicha argumentación no se basa sólo en proyecciones de futuro, sin considerar el potencial riesgo o consecuencias negativas que tal cambio pueda suponer, como denuncia la recurrente, sino que tiene en cuenta la normal evolución psicológica de la niña, recogida en el informe pericial, explicando que «es en base a esta proyección de futuro que la niña ya tiene en ciernes, por lo que creemos más adecuado la fijación de un régimen de custodia compartida por semanas alternas».

Esta decisión, adoptada en el ámbito de discrecionalidad que al tribunal de instancia compete, no ha vulnerado ninguno de los preceptos señalados en el recurso, por lo que éste ha de decaer.

COSTAS

OCTAVO.- Conforme al art. 398 en relación con el 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede en este caso no hacer imposición de las costas del recurso, habida cuenta que presenta dudas de derecho, como se desprende de la existencia de fallos diferentes en las dos instancias.

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

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

FALLAMOS

1. Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal

de D^a M^a Cruz J. P., contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 17 de mayo de 2016, complementada por Auto de 9 de junio de 2016, sentencia que confirmamos.

2. Sin hacer imposición de las costas del recurso.

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

C DFA, en particular el apartado e) sobre las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres. Se estima el recurso de casación. Voto particular.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 80.2 C DFA.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasierra.

NÚM. 27

S. TSJA 28/2016 de 2 de diciembre de 2016

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Modificación: *La modificación de las medidas judiciales inicialmente adoptadas (la guarda y custodia a favor de la madre) requiere la concurrencia de causas o circunstancias relevantes (art. 79.5 C DFA), según lo expuesto en la STSJA 19/2014, de 26/5. La niña tenía entonces menos de un año y ahora ya tiene siete, las circunstancias laborales de los padres también han cambiado, ambos con trabajo ahora, el padre ya en Zaragoza. La modificación de las circunstancias, además de evidente, es relevante y justifica que se pueda entrar a valorar si el régimen de custodia que mejor atiende al interés de la menor es el de custodia compartida que solicita el padre, como considera el legislador aragonés y también el TS. La edad de la niña permite contemplar con normalidad el cambio de custodia, y las circunstancias laborales del padre también le permiten ocuparse de la niña en circunstancias parecidas a las de la madre. Lo expuesto acredita que no se han aplicado correctamente algunos de los criterios del art. 80.2*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como antecedentes de interés para la resolución del presente recurso, deben citarse los siguientes:

1.- De la relación entre actor y demandada nació una niña, Elena, el 22 de octubre de 2009.

2.- En autos n° 665/2010 del Juzgado de Primera Instancia n° 16 de Zaragoza, de procedimiento de familia sobre medidas de guarda y custodia y alimentos de hijo menor de edad, recayó sentencia de 30 de noviembre de 2010, confirmada por la de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 12 de abril de 2011, en la que la guarda y custodia de la hija quedó atribuida a su madre.

3.- El 30 de junio de 2014 presentó el padre la demanda de modificación de medidas de la que deriva el presente recurso solicitando, en lo esencial, el régimen de guarda y custodia compartida de la hija común.

SEGUNDO.- En las presentes actuaciones la sentencia de 27 de julio de 2015 del Juzgado de Primera Instancia n° 16 desestimó la demanda y confirmó la custodia individual atribuida a la madre, si bien varió el régimen de estancias y comunicaciones entre padre e hija en el sentido de que los fines de semana alternos comprendieran desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes a la entrada del mismo (en la

anterior sentencia era hasta el domingo a las 20 horas), y se añadía una visita intersemanal los miércoles desde la salida del colegio o de la actividad extraescolar hasta el día siguiente por la mañana.

Esta sentencia examinaba, en primer lugar, si se habían producido cambios sustanciales en las circunstancias respecto a las tenidas en cuenta en el momento de la adopción de las medidas cuya variación se pretendía, para lo que hace referencia a una serie de datos que consideraba de interés:

«En el momento de dictarse la sentencia de guarda, custodia y alimentos el 30 de noviembre de 2010, confirmada posteriormente por la Audiencia Provincial de Zaragoza que desestimó los respectivos recursos de apelación de las partes, el régimen de custodia así como las estancias y comunicaciones del padre con la hija antes mencionados se basó fundamentalmente no sólo en la edad de la menor que entonces contaba escasamente con un año, sino que se atendieron a las circunstancias personales de ambos progenitores, el padre por razones de trabajo desde la tarde de los lunes hasta la tarde de los jueves se encontraba fuera de Zaragoza, y la madre estaba en aquel momento desempleada».

Ante la afirmación en la demanda de que en el momento de la presentación de la misma (30 de junio de 2014) el actor se encontraba en situación de desempleo, lo que le permitía tener más tiempo libre, constata la sentencia que estas circunstancias variaron de nuevo pues después de su interposición encontró un nuevo puesto de trabajo con sus consiguientes retribuciones. Afirmar la sentencia que: *«Si se atendiera exclusivamente a estos motivos, tendría que concluirse que no se ha producido variación alguna ya que únicamente aconteció un cambio temporal, no obstante debe reconocerse que para ambas partes se ha producido una variación en su situación laboral al menos en lo que se refiere a la jornada de trabajo, ya que la Sra. Tutor se ha incorporado al mundo laboral desde el año 2010, y el actor ha pasado a tener otro tipo de horario.»*

En el fundamento siguiente analiza la sentencia el informe psicológico emitido el 27 de febrero de 2015 por la profesional adscrita al Juzgado. Según el mismo, el actor reside en C. de H. y trabaja como comercial de una distribuidora de alimentación 40 horas semanales de lunes a viernes de 9 a 13,30 horas y de 16,30 a 20 horas señalando, según indicó aquél, que es un horario flexible y que contaba a su vez con una adecuada red de apoyo familiar. Por lo que se refiere a la madre, el informe pericial afirma que reside con la hija en una vivienda propia en el barrio de T. trabajando como gestora de punto de venta de lunes a viernes en horario de 9 a 17 horas, y alude igualmente a flexibilidad en el mismo así como la posibilidad de realizar labor administrativa desde casa, contando con su madre como apoyo en el cuidado de la niña. Continúa la sentencia:

«En cuanto a la actitud de ambos progenitores estima la profesional que la progenitora se muestra escasamente intervencionista en el control de la conducta de la niña estimando necesario en cuanto a su educación que cumpla unas normas mostrándose flexible en determinados momentos. En cuanto al progenitor reúne condiciones personales para hacerse cargo de la niña, con una actitud menos invasiva pero sin anticipar las dificultades.

Se afirma a su vez que de la valoración de la situación familiar se extrae que la progenitora es la principal figura de referencia para la menor mostrando esta una relación afectiva hacia ella, lo cual por otra parte resulta lógico ya que desde su nacimiento ha vivido exclusivamente con la madre pasando con esta la mayor parte de su tiempo.

Se recoge también en el informe que la convivencia con ambos progenitores en dos entornos con diferente nivel de estructuración favorecerá el desarrollo de su autonomía personal.

En la actualidad las relaciones con el padre se distancian en el tiempo más de una semana

considerando positivo para el desarrollo de la niña un contacto más frecuente con ambos progenitores.

Sin embargo el horario del progenitor como así manifiesta la psicóloga hasta las 20 horas de lunes a viernes, no permite establecer períodos alternos ya que dependería excesivamente de apoyos y el período de guarda y custodia con el progenitor no permitiría estancias de tiempo efectivo durante la semana, por lo que sí estima más idóneo introducir pernóctas y alargar los períodos de manera que padre e hija puedan interaccionar juntos en la cena, al acostarse y levantarse o inclusive acompañarla al colegio.

Se concluye en definitiva que lo más aconsejable es un sistema para que la menor se relacione con el padre en fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes a la entrada del mismo y una tarde a la semana los miércoles desde la salida del colegio hasta el día siguiente a la entrada a este así como la mitad de las vacaciones.»

Del informe realizado por la trabajadora social el 8 de julio de 2015 recoge lo siguiente:

«En lo que afecta al demandante se hace constar que reside con su pareja en la localidad de C. de H. junto con su pareja que es soltera y no tiene hijos de relaciones anteriores y con la que mantiene una relación desde hace dos años y conviven desde hace tres meses.

Se dice a su vez que trabaja desde mayo de 2014 como agente comercial para la empresa R. F. S.L. presentando un certificado de la empresa de fecha 2 de julio de 2015 en el que se especifica que su horario es de 40 horas semanales de lunes a viernes siendo éste flexible para adaptarse al horario de su cartera de clientes. Dispone el recurrente de vehículo de empresa y comercializa productos refrigerados, congelados y conservas siendo sus principales clientes el pequeño comercio y la hostelería.

En cuanto a la Sra. T. esta reside en Zaragoza si bien en este caso se indica en el barrio O.

y no en el de T., trabaja desde 2013 para la empresa La Z. SA y su jornada laboral es de ocho horas diarias y se lleva a cabo entre las nueve horas y las 21 horas para adaptarse a los horarios comerciales de los diferentes centros.

Ya más en concreto en relación a la menor se afirma que ha finalizado 3º de Infantil en el colegio público Doctor Azúa teniendo un horario escolar de nueve horas a 17 horas utilizando el servicio de comedor y realizando actividades extraescolares dentro del propio centro así como los martes practica natación de 17.30 horas a 18.15 horas.

Según la trabajadora social los dos progenitores presentan ciertas dificultades para compatibilizar su vida familiar y laboral al desempeñar labores comerciales con jornadas de 40 horas semanales sin un horario predeterminado por lo que tienen dificultades de conciliación laboral siendo que un mínimo entendimiento permitiría que la menor pudiera pasar el mayor tiempo posible con cada uno de ellos evitando un apoyo excesivo e innecesario de las familias extensas.

Ambas partes cuentan con recursos suficientes y estabilidad en la vivienda así como dispone del apoyo de sus familias extensas para los cuidados relacionados con la menor.

Concluye que ambos progenitores son idóneos para el ejercicio de la guarda y custodia de Elena disponiendo de los recursos necesarios para atenderla y cuidarla».

La juez de instancia atribuye la diferencia entre ambos informes, el de la psicóloga y el de la trabajadora social, a la variación de datos, al recoger la psicóloga un horario del padre de lunes a viernes de 9 a 13.30 horas y de 16.30 a 20 horas, que no se concretaba en lo expuesto por la trabajadora social a la que el actor había aportado un certificado de empresa de 2 de julio de 2015, que por su contenido debe ser el mismo que el que obra en las actuaciones de 20 de enero de 2015 (oficio remitido al Juzgado en prueba documental propuesta por la parte demandada), en el que se manifiesta que el horario de trabajo es de 40

horas semanales de lunes a viernes siendo flexible para adaptarse al horario de los clientes ya que ocupa el puesto de agente comercial.

Según la sentencia no se ha podido concretar el horario aproximado del Sr. I. y la forma en que se flexibiliza, añadiendo que *«No es suficiente con señalar que se dispone de flexibilidad horaria, al igual que sucede en el caso de la madre Sra. T. que tampoco concreta horario de trabajo siendo lo máximo que se alcanza a saber es que es de ocho horas y se lleva a cabo entre las 9 y las 21 horas para adaptarse a los horarios comerciales de los centros, sin saberse por tanto se realiza turnos rotatorios, partidos etc.*

Sentado lo anterior y puesto que la menor convive hasta la fecha con la madre, es de entender que la misma ha podido organizar y compatibilizar su horario de trabajo con el de la menor con la asistencia de miembros cercanos de su familia como su madre.

En el caso del Sr. I., partiendo de esa misma indeterminación no ha podido concretarse cuál es su jornada de trabajo al efecto de poder determinar aspectos importantes como si tiene posibilidad de llevar a la menor al colegio por las mañanas, de recogerla por las tardes, y qué tiempo puede pasar con la misma una vez finalizado el horario escolar y el de las actividades extraescolares».

En la sentencia se suscitan también dudas sobre el domicilio del actor, quien afirmó a la trabajadora social que reside en su domicilio de C. de H. en el que convive con su pareja tras dos años de relación, pocos meses antes de emitirse el informe, aportando un certificado de empadronamiento de 3 de julio de 2015, suscitando dudas a la juzgadora que esta convivencia no se produjera tras la ruptura entre las partes ni con anterioridad a la interposición de la demanda sino a escasos días de celebrarse el acto de la vista. Se dice que no hay constancia de la residencia del actor en C. de H. dados los escasos consu-

mos de gas y electricidad según los recibos de 2014. Y continúa:

«No ha quedado así concretada cuál es la disponibilidad del padre, si efectivamente reside solo o en pareja en la vivienda de C. de H. y si puede conciliar la vida familiar y laboral para tener a la hija en régimen de custodia compartida sin tener que acudir a los apoyos externos en la misma medida en que puede hacerlo la madre.

(...)

Y esta es la duda que acontece en el caso analizado, pues además de no saberse a ciencia cierta ni el horario de trabajo del Sr. I., ni su lugar exacto de residencia, si efectivamente vive de forma independiente en la vivienda de su propiedad no ha acreditado cómo puede compatibilizar sus horarios con los de la hija cuando en principio cabría pensar que aquellos son los que más concretó a la psicóloga en su informe (bastante incompatibles) pese a que esta cuestión es más competencia de la trabajadora social en cuyo informe y seguramente por las propias manifestaciones del entrevistado, no se detallan estos.

Si por otra parte el recurrente continúa residiendo con sus padres y su horario es el antes indicado, tal y como la psicóloga aprecia, tan apenas habría estancias de tiempo efectivo entre padre e hija durante la semana para el supuesto de disponerse una guarda compartida, lo que equivale a atribuir o delegar la mayor parte del tiempo en los abuelos el cuidado y la atención de la niña lo que no comulga con la finalidad de este régimen.

Los razonamientos expuestos deben conllevar necesariamente a desestimar la pretensión principal formulada por el Sr. I. porque si bien es cierto que ha cambiado de empresa y de horario de trabajo, ni el de antes ni el de ahora, por falta de acreditación de este último resultan compatibles con un sistema de custodia compartida que exige una plena probanza de la disponibilidad del progenitor si bien no es impedimento alguno para una ampliación del régimen de visitas en los términos que se detallarán en el

fallo de la presente resolución porque el vigente resulta escaso y no atiende a las necesidades y reforzamiento de vínculos entre padre e hija que se deben fomentar».

TERCERO.- Interpuesto recurso de apelación por ambas partes, la sentencia de 21 de junio de 2016 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza desestimó el del actor manteniendo la custodia materna y estimó el de la demandada en el sentido de reducir la visita intersemanal al miércoles sin pernocta, desde la salida del colegio hasta las 20 horas.

Se expresan así las razones para mantener la custodia materna:

«La perito psicóloga establece en su informe un horario laboral del padre de 9 h. a 13.30 h. y de 16.30 h. a 20 h. de lunes a viernes. El alude a un horario flexible, flexibilidad que por su inconcreción no garantiza esa disponibilidad que propugna, por tratarse de conceptos en absoluto equivalentes.

Tampoco ha acreditado el actor su actual residencia, pese a la documental aportada, no prueba eficazmente la concreta ubicación de su domicilio habitual, que más bien parece buscado de propósito en fechas recientes para favorecer su pretensión.

Finalmente, las comunicaciones aportadas de los litigantes, revelan continuos desacuerdos en el cumplimiento de las visitas, y disfunciones en ese ejercicio que solo propician perjuicios a la menor (inasistencia del padre a actividades extraescolares y cumpleaños de la menor, etc.).

Debe mantenerse la custodia materna por estimarse es la medida que mejor protege el interés de la hija».

Para razonar sobre la modificación de las visitas solicitada por la demandada en su recurso de apelación, se dice en la sentencia:

«La Juzgadora desestima la petición de custodia compartida por considerar que el padre no puede atender personalmente a la menor, dudando que pueda llevarla al colegio y recogerla diariamente, entre otros cometidos, sin embargo, contradictoriamente, instaura un sistema de visitas intersemanales con pernocta, que no solo no ha pedido el actor en su demanda, sino que darían lugar a la misma problemática que se pone de manifiesto en la Sentencia.

El padre reside en C. de H. y la madre con la menor en Zaragoza, iniciando el primero la jornada laboral a las 9 h. de la mañana, y, según prueba aportada en esta alzada, ha dejado de acudir a recoger al colegio a la hija en diversas ocasiones, generándose conflictos parentales, que han devenido en habituales.

Si su jornada laboral finaliza a las 20 h. poco podrá hacerse cargo de la menor, entre semana.

En estas condiciones, y para regular adecuadamente la vida y estabilidad de la niña, en cuyo interés y derecho se establecen las visitas, deben reducirse las intersemanales a un día fijo, los miércoles, desde la salida del colegio hasta las 20 h., manteniéndose el resto del sistema de visitas instaurado por estimarse adecuado, y, prácticamente similar al fijado en la Sentencia precedente, único sentido en que se revoca la Sentencia».

CUARTO.- El recurso de casación se articula, por lo que se refiere a la custodia de la menor, en seis motivos, si bien los relevantes son el cuarto, en el que se argumenta la infracción del artículo 80.2 por no haberse respetado su contenido relativo a la preferencia legal por la custodia compartida contenida en el mismo, con cita de diversas sentencias de esta Sala en apoyo de su interpretación, y el quinto en lo referente al apartado 2.e) del artículo 80.2 sobre la conciliación de vida familiar y laboral.

En el primer motivo se citan como normas infringidas los artículos 75.2, 76.2, 76.3,

79.2 y 80.2 del CDFA, además del artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LPJM), sobre el interés superior del menor. En el segundo se enuncian los principios a que se refieren los preceptos anteriores. En el tercero se muestra disconformidad con la sentencia que se recurre por la denegación de la custodia compartida y por la reducción de las visitas. En el cuarto se concreta la infracción del artículo 80.2 CDFA, y el quinto se centra de forma más específica en el apartado 2.e) del mismo referido a la conciliación de la vida familiar y laboral. El sexto afirma que la guarda y custodia individual de la menor no es la más conveniente para ella por el reconocimiento del artículo 76.2 CDFA al derecho de la menor a una relación igual con sus padres, con cita de alguna sentencia del Tribunal Supremo sobre este principio. El séptimo se refiere al régimen de visitas y el octavo reitera las infracciones denunciadas.

Los citados motivos inciden, aunque de forma poco hilvanada, en la infracción del artículo 80.2 CDFA, como se concreta en los motivos cuarto y quinto, siendo los demás de apoyo en el terreno de los principios, por lo que se examinarán conjuntamente a los efectos de comprobar si se ha producido la infracción del citado artículo 80.2.

El Ministerio Fiscal, tras cita de la doctrina jurisprudencial de esta Sala sobre la custodia compartida, destaca del informe de la psicóloga que la convivencia de la hija con ambos progenitores favorecerá el desarrollo de su autonomía personal y que considera positivo para el desarrollo de la niña un contacto más frecuente con ambos progenitores. Y del de la trabajadora social que ambos progenitores son idóneos para el ejercicio de la guarda y custodia disponiendo de los recursos necesarios para atenderla y cuidarla.

Deduca el Ministerio Fiscal que el criterio de la conciliación de la vida familiar y

laboral parece ser el determinante para que ambas instancias se inclinen por la custodia individual de la madre, lo que le resulta *«chocante porque los dos progenitores trabajan una 40 horas semanales (el horario del padre es flexible, según el certificado de la empresa R. F. SL). El horario de la madre en la empresa La Z. también es de 40 horas, entre las 9 y las 21 horas, para adaptarse a los horarios comerciales de los diferentes centros. Y según la trabajadora social los dos progenitores presentan ciertas dificultades para compatibilizar su vida familiar y laboral, por lo que ambos progenitores tienen que buscar el apoyo excesivo e innecesario de las familias extensas (los abuelos)»*.

Expone el Ministerio Fiscal las bondades de la custodia compartida según el texto del Preámbulo de la Ley 2/2010, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, y de sentencias del Tribunal Supremo, y concluye que se debe estimar el recurso de casación.

La parte recurrida niega que la preferencia legal por la custodia compartida tenga un carácter imperativo, como pretende la parte recurrente, y que la sentencia recurrida ha concluido que la custodia individual es lo más conveniente para la menor, tras la valoración de la prueba practicada. Además, que en un procedimiento de modificación de medidas, conforme al artículo 79.5 del CDFA, corresponde probar su existencia y alcance a la parte que pretende la modificación.

QUINTO.- Por lo que se refiere al cambio de circunstancias requerido para instar la modificación de las medidas inicialmente adoptadas, recordamos lo expuesto en nuestra sentencia de 26 de mayo de 2014, n° 19/2014, recurso 13/2014:

«El art. 79.5 CDFA no emplea la misma expresión que el art. 91 CC [“alteración sustancial de circunstancias”] para establecer el presupuesto que permite la modificación de las medi-

das definitivas previamente acordadas, sino la de concurrencia de “causas o circunstancias relevantes”, lo que implica una mayor flexibilidad, que se explica porque las medidas a las que se refiere el art. 79.5 son todas ellas relativas a menores.

Por tanto, en relación a estas medidas, no se trata ya de constatar si ha quedado acreditada una alteración sustancial de circunstancias existentes en el momento en que recayó la previa decisión judicial, sino si concurren o no aquellas causas o circunstancias que por su relevancia justifican la modificación de las medidas, y ciertamente la tienen todas aquellas que evidencien que las acordadas ya no se convienen con el interés del menor que ha de quedar salvaguardado en todo caso, como ha sido indicado por esta Sala, entre otras, en SSTSJJA 8 y 10/2011, de 13 de julio y 30 de septiembre, en recta interpretación de la normativa aplicable, entre la que destaca como específico para los procesos de ruptura de la convivencia familiar el art. 76.2 CDFA, conforme al que: “Toda decisión, resolución o medida que afecte a los hijos menores de edad se adoptará en atención al beneficio e interés de los mismos”».

Y entre aquellas causas merece especial mención la adaptación al desarrollo del menor, como lo muestra el mismo precepto que analizamos, cuando indica que:

“En particular, cuando se haya acordado la custodia individual en atención a la edad del hijo o hija menor, se revisará el régimen de custodia en el plazo fijado en la propia sentencia, a fin de plantear la conveniencia de un régimen de custodia compartida”.

Es cierto que nuestra sentencia 42/2013, de tres de octubre, dictada en el Recurso: 22/2013, que se enfrentaba a un litigio sobre modificación del régimen de custodia que venía acordado en el procedimiento matrimonial anterior, hemos dicho que una vez transcurrido el plazo del año establecido en las disposiciones transitorias primera de la Ley 2/2010 y sexta del CDFA, no basta con la mera petición de cambio de régimen

de custodia para instar y obtener el cambio de las medidas fijadas por la inicial sentencia, sino que los interesados en la modificación deben alegar y acreditar una sustancial alteración de las circunstancias que en su momento fueron valoradas, pero no es menos cierto que a continuación se justifica la denegación de la modificación pretendida porque la prueba practicada no acreditaba la conveniencia del cambio pretendido, lo que constituía verdaderamente la ratio decidendi de la decisión entonces tomada.

Por su parte, la sentencia de esta Sala más arriba citada, nº 17/2013, señalaba que la diferencia de edad entre el momento de la inicial medida y aquel en el que se solicitaba la modificación (en el caso el cambio había sido de 10 a 14 años) puede ser circunstancia suficiente para el cambio del régimen de custodia».

En la sentencia recurrida no hay mención a si ha habido, o no, cambio de circunstancias, e incide para confirmar la de primera instancia en las pruebas practicadas, conforme a las cuales resulta más conveniente la custodia individual de la madre. La sentencia del Juzgado afirma, según consta en los razonamientos transcritos, que en el procedimiento inicial se tuvo en cuenta no solo la edad de la menor que entonces contaba escasamente un año, sino también las circunstancias laborales del padre que, por razones de trabajo, se encontraba fuera de Zaragoza desde la tarde de los lunes hasta la tarde de los jueves, y las de la madre que en aquel momento (noviembre de 2010) se encontraba desempleada.

Y, tras dar cuenta la sentencia del Juzgado de que las circunstancias laborales de los progenitores habían variado incluso desde la fecha de la presentación de la demanda (junio de 2014), pues ahora (fecha de la sentencia, julio de 2015) la madre se ha incorporado al mundo laboral desde el año 2010 y el padre ha pasado a tener otro tipo de horario, se analizan las circunstancias personales y laborales de ambos.

Tales cambios serían, pues, que la niña, nacida en octubre de 2009, tenía en la fecha de la primera sentencia (noviembre de 2010) menos de un año, y en el momento de la sentencia del Juzgado (julio de 2015) casi cinco años de edad. Y, además, las indicadas circunstancias laborales de los padres, ambos con trabajo ahora, el actor ya en Zaragoza.

En consecuencia, la modificación de las circunstancias en relación con las tenidas en cuenta en noviembre de 2010, es evidente y justifica que se pueda entrar a valorar si las mismas permiten ahora variar las medidas entonces adoptadas.

SEXTO.- La sentencia de apelación ahora recurrida constata que la de primera instancia había analizado pormenorizadamente la prueba practicada y había concluido que el interés de la menor no aconsejaba el cambio pretendido dado que el padre, por su ocupación laboral, carecería de disponibilidad efectiva de tiempo para ocuparse personalmente del cuidado cotidiano de la niña. Incide la sentencia de apelación en el horario laboral del padre, de 9 a 13.30 h. y de 16.30 a 20 h., sin que la flexibilidad alegada, por su inconcreción, garantice la disponibilidad que propugna, por tratarse de conceptos en absoluto equivalentes.

Afirman el Ministerio Fiscal y la parte recurrente que, como pone de manifiesto el informe de la trabajadora social, ambos progenitores (la madre trabajando también 40 horas semanales entre las 9 y las 21 horas), presentan ciertas dificultades para compatibilizar su vida familiar y laboral y necesitan apoyo de las familias.

Y, efectivamente, estos datos así resultan de la prueba analizada en las sentencias de instancia en lo referente a las circunstancias laborales de ambos progenitores, lo que por sí solo no permitiría concluir que es mejor la situación de uno

u otro en este apartado. Decía la sentencia del Juzgado:

«No es suficiente con señalar que se dispone de flexibilidad horaria, al igual que sucede en el caso de la madre Sra. T. que tampoco concreta horario de trabajo siendo lo máximo que se alcanza a saber es que es de ocho horas y se lleva a cabo entre las 9 y las 21 horas para adaptarse a los horarios comerciales de los centros, sin saberse por tanto si realiza turnos rotatorios, partidos etc.».

A continuación la sentencia del Juzgado supone que la madre, dado que convive con la niña, ha podido organizar y compatibilizar su horario con la asistencia de miembros cercanos de su familia, como su madre, pero dice respecto al padre que no ha podido concretarse cuál es su jornada de trabajo al efecto de poder determinar aspectos importantes, como si tiene posibilidad de llevar a la menor al colegio por las mañanas, de recogerla por las tardes, y qué tiempo puede pasar con la misma una vez finalizado el horario escolar y el de las actividades extraescolares.

Incide, por lo tanto, en las dificultades de ambos progenitores para compatibilizar su vida familiar y laboral, como pone de manifiesto el informe de la trabajadora social que prevé la necesidad de apoyos familiares para ambos, pero presume que la madre puede hacerlo (no se indica cómo) y, en cambio, no lo supone de igual forma respecto al padre. Y por eso concluye (ver último párrafo transcrito en nuestro fundamento tercero anterior) que la falta de acreditación del horario del padre no resulta compatible con el sistema de custodia compartida que exige una plena probanza de la disponibilidad del progenitor. Lo que no impide —se dice en la sentencia— una ampliación del régimen de visitas a los miércoles con pernocta.

Debe suponerse, en igualdad de horarios laborales, que ambos podrán superar esta dificultad de conciliación de la vida

laboral y familiar, salvo que se tenga por acreditado lo contrario, lo que no se ha puesto de manifiesto en el presente caso. Para que podamos llegar a tal conclusión no es necesaria distinta valoración de la prueba, que se concreta a los horarios laborales de ambos progenitores, pues las posibilidades futuras de conciliación del padre no pueden ser adivinadas.

El otro factor que en la sentencia recurrida lleva a mantener la custodia individual es el domicilio del padre pues, según ha quedado transcrito, a pesar de la documental aportada (certificado de empadronamiento en C. de H.), parece buscado de propósito en fechas recientes para favorecer su pretensión. Y, según hemos transcrito también, para razonar sobre la supresión de la pernocta de los miércoles con el padre, afirma que el padre reside en C. de H. iniciando la jornada laboral a las 9 h. de la mañana, y la menor con la madre en Zaragoza. Por lo tanto, parece concluirse que el domicilio del padre es en C. de H. , y se suprime la pernocta de los miércoles que había sido acordada por la sentencia de primera instancia precisamente porque el horario laboral del padre aconsejaba concederla, siguiendo la recomendación del informe psicológico para que padre e hija pudieran estar juntos al menos desde las 20 h.

Las conclusiones establecidas en las sentencias, partiendo de los hechos concretos citados (horarios laborales de ambos y domicilio del recurrente) parecen suponer —pero no justifican— que el padre no podrá cumplir las obligaciones que impone la custodia compartida, con exigencias (posibilidad de llevar y recoger a la niña del colegio, tiempo de estancia con la misma) que tampoco se sabe cómo puede cumplir la madre (véase el anterior párrafo últimamente transcrito de la sentencia de primera instancia), que necesitará la ayuda que pueda recibir de la familia, en particular de su madre.

Salvo lo anterior, no se ha puesto de manifiesto que el padre no sea idóneo para el ejercicio de la guarda y custodia de su hija, sino que afirman tal aptitud las sentencias de instancia con cita de los informes de la psicóloga y de la trabajadora social, aunque la primera opte por mantener la custodia individual con ampliación del régimen de visitas y la segunda aparezca más abierta al régimen de custodia compartida.

Indudablemente se han producido cambios relevantes que permiten examinar si el régimen de custodia que mejor atiende al interés del menor puede ser el de custodia compartida. Afectan dichos cambios a la edad de la niña y a las circunstancias laborales de los progenitores.

La edad de la niña, de menos de un año en el momento de ser fijada la custodia individual, casi siete años al tiempo de la sentencia recurrida (junio de 2016), y ahora ya cumplidos, en régimen de escolarización hasta las cinco de la tarde, alguna tardes después de las actividades extraescolares, permite contemplar con normalidad ese cambio partiendo de que, conforme a la norma aragonesa, es el sistema que mejor atiende a dicho interés (Sentencias de esta Sala, entre otras muchas, de 6 de junio de 2012 (nº 22/2012), de 10 de enero de 2014 (nº 1/2014), y 6 de abril de 2015 (nº 11/2015).

Y también el Tribunal Supremo, sin norma que establezca preferencia por un concreto sistema de guarda, considera que el examen del principio de necesaria observancia del interés del menor permite comprobar si es aplicado correctamente para, en otro caso, modificar el de custodia individual, y se pronuncia ya reiteradamente en la misma línea de considerar que este principio se consigue por el mayor compromiso y la colaboración entre los progenitores, más allá de la rutina de una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos, lo que determina en dichos supuestos la adop-

ción del régimen de custodia compartida por salvaguardar mejor el interés de los menores. Lo expresa así su sentencia nº 495/2013, de 19 de julio de 2013, recurso 2964/2012, interpretando el artículo 92.8 del Código civil:

«La sentencia de 29 de abril de 2013 declara como doctrina jurisprudencial la siguiente: “la interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurran criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”.

Es decir, se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, definen ni determinan, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel».

Las circunstancias laborales de los progenitores también han variado sustancialmente respecto a las de noviembre de 2010. El padre ya no pasa fuera de Zaragoza, por razones de trabajo, desde la tarde de los lunes hasta la tarde de los jueves, sino que trabaja en Zaragoza en horario de 9 a 16.30 y de 16.30 a 20 horas. Es evidente que en aquellas circunstancias no se podía ocupar en noviembre de 2010 de una niña de menos de un año. Ahora, el horario indicado se lo permite en circunstancias parecidas a las de la madre, que entonces tenía todo el tiempo disponible dado que se encontraba en paro.

La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2013, nº 761/2013, recurso 774/2012, ante la afirmación de la sentencia de apelación de que no ha habido cambio de circunstancias porque los menores tienen perfectamente cubiertas sus necesidades económicas y afectivas conviviendo con su madre, y la relación con su padre se desarrolla amplia y satisfactoriamente con un generoso régimen de visitas, dice en apoyo del régimen de custodia compartida:

«Sin duda, la valoración del interés de los menores no ha quedado adecuadamente salvaguardado y la solución aplicada en la resolución recurrida no ha tenido en cuenta ninguno de parámetros imprescindibles para determinar el régimen de custodia aplicable, que pueda asegurar el adecuado desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor y, en definitiva, y aproximarlos al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial, garantizando al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos en la última etapa de su infancia, lo que sin duda parece también lo más beneficioso para ellos.»

La sentencia ahora recurrida afirma también, trayendo en esa instancia una

cuestión sobre la que no se había pronunciado la del Juzgado, que las comunicaciones de los litigantes revelan continuos desacuerdos en el cumplimiento de las visitas y disfunciones en ese ejercicio que solo propician perjuicios a la menor.

En relación con la conflictividad de la relación entre los progenitores, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2013, recurso 1128/2012, citada de la de 17 de diciembre de 2013, recurso 2645/12, dice:

«En relación a la conflictividad entre los cónyuges, la sentencia de 22 de julio de 2011, dictada en el RC núm. 813/2009 declaró que “las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor”».

Lo mismo debe afirmarse respecto a los demás factores de cambio que puedan afectar a los menores: que solo serán relevantes si perjudican el interés del menor.

Lo expuesto acredita que no se han aplicado correctamente algunos de los criterios señalados en el artículo 80.2 del CDFA para atribuir a los progenitores la guarda y custodia de los hijos, en particular el apartado e) sobre las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres, según se ha razonado.

Estimada la anterior infracción, no es preciso entrar en el examen concreto de los motivos séptimo y octavo del recurso.

SÉPTIMO.- Consecuencia de lo expuesto en los precedentes fundamentos ha de ser la estimación del recurso de casación, lo que da lugar a casar y anular la sentencia recurrida. Esta Sala, asumiendo la instancia y como consecuencia de establecer el régimen de custodia compartida de la menor, debe señalar algunas medidas que han de acompañar al mismo.

Debe hacerse constar que no se ha presentado propuesta de plan de relaciones familiares por lo que podrán las partes acordar lo que estimen procedente en beneficio de la menor, y en su defecto registrarán las reglas que, con carácter de mínimos y solo a los efectos de guarda y custodia y régimen de estancias y visitas y gastos, a continuación se expondrán, que podrán ser modificadas de mutuo acuerdo por las partes, con su homologación en ejecución de sentencia.

La parte actora únicamente pidió, sin más detalles, un plan de relaciones familiares en el que la custodia correspondería a cada progenitor por meses alternos. Considera la Sala, por antecedentes de otros recursos, que dada la edad de la menor, de siete años en este momento, parece más adecuado establecer la guarda y custodia por semanas alternas para facilitar el contacto más frecuente con ambos progenitores y con un día de visita entre semana, o lo que acuerden las partes. Las medidas, con carácter de mínimas, serán las siguientes:

1.- El ejercicio de la autoridad familiar de la menor corresponde a ambos progenitores conjuntamente.

2.- La guarda y custodia de la hija será compartida por ambos progenitores.

3.- Se establece un régimen de estancias semanales alternas con cada progenitor desde el viernes a la salida del centro escolar hasta el viernes de la siguiente semana a la entrada al centro escolar.

4.- Se establece un régimen de visitas para el progenitor no custodio durante la semana de un día a la semana, los miércoles, desde la salida del centro escolar hasta reintegrarlo al día siguiente en el mismo centro.

5.- Régimen de vacaciones de Verano, Semana Santa y Navidad por mitades e iguales partes, eligiendo los años impares la madre y los pares el padre.

6.- No se fija pensión de alimentos para la hija dado que en régimen de guarda y custodia compartida la hija menor disfrutará del mismo tiempo de convivencia con cada uno de ellos y, en consecuencia, ambos contribuirán por igual al sostenimiento de los gastos y asistencia y educación de la menor.

7.- Los gastos extraordinarios serán sufragados al 50% por cada uno de los progenitores.

OCTAVO.- De conformidad con lo establecido en los artículos 394 y 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estimado el recurso de casación, no procede hacer expresa imposición de las costas causadas en él.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

PRIMERO.- Declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Alejandro I. E. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 21 de junio de 2016, que casamos y dejamos sin efecto.

SEGUNDO.- Se establece el régimen de guarda y custodia compartida de la menor con arreglo a las siguientes reglas:

1.- El ejercicio de la autoridad familiar de la menor corresponde a ambos progenitores conjuntamente.

2.- La guarda y custodia de la hija será compartida por ambos progenitores.

3.- Se establece un régimen de estancias semanales alternas con cada progenitor desde el viernes a la salida del centro escolar hasta el viernes de la siguiente semana a la entrada al centro escolar.

4.- Se establece un régimen de visitas para el progenitor no custodio durante la semana de un día a la semana, los miércos-

les, desde la salida del centro escolar hasta reintegrarlo al día siguiente en el mismo centro.

5.- Régimen de vacaciones de Verano, Semana Santa y Navidad por mitades e iguales partes, eligiendo los años impares la madre y los pares el padre.

6.- No se fija pensión de alimentos para la hija dado que en régimen de guarda y custodia compartida la hija menor disfrutará del mismo tiempo de convivencia con cada uno de ellos y, en consecuencia, ambos contribuirán por igual al sostenimiento de los gastos y asistencia y educación de la menor.

7.- Los gastos extraordinarios serán sufragados al 50% por cada uno de los progenitores.

TERCERO.- No se hace condena en costas de este recurso a ninguna de las partes.

CUARTO.- Se dará al depósito constituido por el recurrente el destino legalmente previsto.

QUINTO.- Se hace saber a las partes que contra esta sentencia no cabe la interposición de recurso.

Devuélvanse las actuaciones a la referida Audiencia Provincial juntamente con testimonio de esta resolución, debiendo acusar recibo.

Así por esta nuestra sentencia, anunciando voto particular el Magistrado Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Firmado y rubricado.

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 ya expuestas en otros anteriores, como el emitido en el RC 5/2016, al que me remito, y se resumen en señalar que la Sala, nuevamente en contradicción con el criterio sustentado, esta vez hasta en cuatro ocasiones en las dos instancias, corrige el criterio sentado en dicho grado y se comporta como tribunal de tercera instancia, a fin de sustituir el criterio discrecional del tribunal de apelación, por el suyo propio en la valoración sobre si las concretas circunstancias del caso, y en atención a los factores a ponderar establecidos en el art. 80.2 CDFA la custodia individual es o no más conveniente el menor.

La mera lectura de la sentencia mayoritaria, que analiza larga y detalladamente las circunstancias del caso para concluir que a su juicio no son bastantes para optar por la custodia individual frente al criterio legal general de la compartida, muestran que no estamos ante un supuesto de 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 que justificaría la corrección del criterio sostenido en las sentencias impugnadas, lo que por otra parte no se dice en la sentencia que ocurra.

La casación de la sentencia en este caso supone, a mi parecer, la inobservancia del criterio que hemos sentado en otras resoluciones, como en la S n° 21/2015, Rc 17/2015 en la que decimos.

«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».

En consecuencia, entiendo que el fallo de la sentencia debió haber sido:

FALLAMOS

1.- Desestimar el recurso casación formulado contra la sentencia de fecha 21 de junio de 2016 de marzo de 2016 dictada por la Secc. Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza en el Rollo n° 70/2016.

2.- No hacer imposición de las costas del recurso.

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

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno

Voto particular que firma el Magistrado disidente. Firmado y rubricado.

NÚM. 28

S. TSJA 31/2016 de 21 de diciembre de 2016

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: DETERMINACIÓN DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE: Al ejer-

cicio de la responsabilidad parental: Aunque no ha sido cuestionado por ninguna de las partes y ambas instancias han aplicado el Derecho aragonés, el TSJ se plantea de oficio la cuestión del ordenamiento jurídico aplicable al caso porque en este concurre un elemento de extranjería en cuanto consta acreditado que la menor es hija de padre español y madre rumana. En este caso es de aplicación el art. 9.4 segundo párrafo Cc. porque lo relevante es el ejercicio de la responsabilidad parental relativa a la hija común por parte de ambos progenitores, y en concreto en orden al derecho de visitas que corresponde al padre respecto de la menor, cuya guarda y custodia ha sido atribuida a la madre y la ejerce en país extranjero. El Convenio de la Haya de 1996, al que se remite el 9.4 Cc., previene la aplicación de la *lex fori* (art. 15.1), y la aplicación de la ley española debe llevar en el caso, al tratarse de una menor nacida en Zaragoza y cuyo primer domicilio lo fue en esta ciudad, a aplicar la legislación aragonesa, al ser el ordenamiento del territorio con el que mantiene un vínculo estrecho (art. 47.1 y 4). Lo que no impedirá que en la ejecución de la medida pueda aplicarse el Derecho del Estado en que reside actualmente la menor (art. 15.3 del Convenio).

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: RÉGIMEN DE VISITAS: Posibilidades de supervisión: La medida de supervisión de las visitas no vulnera el contenido normativo de los arts. 60.2 y 76.3 CDFA, por cuanto, en interés de la menor y a la vista de las circunstancias psíquicas que concurren en su padre, es posible establecer cautelas para asegurar que esas visitas tendrán lugar siempre en beneficio de la menor. Puede ordenarse que dicha supervisión pueda ser realizada por establecimiento cuyo nombramiento se promueva en su actual país de residencia, Bélgica; pero contraviene los preceptos citados el hecho de que la madre pueda decidir

la persona de su confianza que llevará a cabo la supervisión de las visitas con el padre, que puede no existir y dar lugar a la imposibilidad de ejercicio del derecho de visitas. El cumplimiento de los deberes no puede quedar al arbitrio de una de las partes, en este caso la que aparece como deudora u obligada a realizar actos que hagan posible el ejercicio del derecho de relación que en la sentencia se ha reconocido.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 60.2 y 76.3 CDFA.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Fernando Zubiri de Salinas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

HECHOS RELEVANTES

PRIMERO.- Resultan acreditados en las instancias los siguientes hechos, relevantes para la resolución del recurso de casación:

1.- D. Daniel T. B., de nacionalidad española, y D.ª Inga L., ciudadana rumana, mantuvieron una relación sentimental fruto de la cual nació una hija en Zaragoza, el día 21 de junio de 2014, llamada Daniela T. L.

2.- En fecha no determinada, pero dentro del año 2014, se produjo la ruptura de dicha relación. D. Daniel se trasladó a Inglaterra por razones laborales, pasando a ejercer su profesión de ingeniero en la localidad de Haverhill (Inglaterra), donde vive y trabaja.

3.- Al tiempo de presentarse la demanda en solicitud de guarda y custodia y alimentos (noviembre de 2014) D.ª Inga mantenía su domicilio en Zaragoza, ciudad en la que residía con su hija. En la demanda interpuesta, D. Daniel solicitó que la guarda y custodia de la hija fuera atribuida

a la madre, siendo la autoridad familiar compartida por ambos progenitores, y solicitaba que mientras él resida en Inglaterra se estableciera un régimen de visitas y periodos de vacaciones en los términos que constan en el suplico de la demanda, interesando también el cierre de fronteras con la finalidad de que la hija común no pudiera ser sacada de España sin la autorización escrita de ambos progenitores o, en su defecto, sin autorización judicial. En su contestación D.^a Inga se mostró conforme con la atribución de la guarda y custodia de la menor Daniela, pero instó la posibilidad de fijar su residencia junto a la menor en cualquiera país de la Comunidad Europea, además de que las visitas a favor del padre se hagan en un medio controlado por una tercera persona que salvaguarde la integridad de la menor en todo momento.

4.- La sentencia del juzgado de primera instancia, tras analizar detalladamente las circunstancias concurrentes y, de modo especial, la prueba practicada respecto al estado de salud psíquica de D. Daniel, concluyó considerando que de ninguno de los informes se desprende el padecimiento de una seria y/o grave patología o una importante alteración que le sea invalidante para atender sus obligaciones paterno filiales en relación a la hija, concluyó decidiendo atribuir la guarda y custodia de la hija común Daniela a la madre Sra. L., con mantenimiento de la autoridad familiar compartida, confirmando igualmente el régimen de visitas y comunicaciones, con entregas y recogidas en el punto de encuentro familiar de Zaragoza (PEFZ), establecido en autos de 30 de marzo y 30 de abril de 2015, y fijó un régimen en cuanto a las vacaciones del año 2016 y posteriores.

5.- Recurrida dicha sentencia por ambas partes, la Audiencia Provincial dictó su fallo en el que, estimando parcialmente los recursos de apelación deducidos, revocó en parte la sentencia impugnada y

decidió: autorizar el traslado a Bélgica de D.^a Inga L. y Daniela; señalar en Bruselas las visitas de fines de semana desde el sábado a las 10 horas al domingo a las 20 horas y días intersemanales, con pernocta si tienen lugar bajo la supervisión de los abuelos y sin pernocta en otro caso; y mantener la supervisión de las visitas padre/hija, ya por los abuelos paternos, en España en períodos vacacionales o en Bruselas si coincidiesen con las estancias de los mismos en esa ciudad, ya por persona de su confianza que la Sra. L. designe o por establecimiento cuyo nombramiento promueva en su actual país de residencia.

6.- Dicha sentencia fue objeto de aclaración, a instancia del demandante Sr. T., por auto de 12 de mayo de 2016, en el sentido de que los informes médicos requeridos deberán ser expedidos por psiquiatra y de que la recogida y entrega de la niña tendrá lugar en el domicilio de la madre en Bélgica.

7.- La sentencia de la Audiencia Provincial, aclarada en su fallo en los términos expuestos, es objeto de recurso de casación y extraordinario por infracción procesal interpuesto por D. Daniel, que se funda en los motivos reseñados en los antecedentes de hecho.

Admitido el recurso por todos ellos, la Sala debe examinar primeramente los motivos de infracción procesal conforme a la regla sexta de la Disposición Final 16^a.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en su caso, el motivo de casación por infracción de preceptos legales sustantivos.

**RECURSO EXTRAORDINARIO
POR INFRACCIÓN PROCESAL.
EXAMEN DEL PRIMER MOTIVO**

SEGUNDO.- El primer motivo de recurso extraordinario por infracción procesal se funda en la infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, en relación con los artículos 267.1 de la Ley

Orgánica del Poder Judicial y artículos 214 y 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando la modificación del fallo de la sentencia de 4 de mayo de 2016 operada mediante lo resuelto en el auto de aclaración de 12 de mayo siguiente. Explica el recurrente que el auto aclaratorio supone una variación del fallo, dado que no es lo mismo Bruselas que Bélgica, y al resolver que la entrega y recogida de la niña será en Bélgica está afectando a los periodos vacacionales que están establecidos en España, sin que se hubiera solicitado cambio sobre dicha situación por ninguna de las partes. Así, entiende el recurrente que el auto aclaratorio introduce *ex novo* un pronunciamiento que supone dos variaciones sustanciales: el de fines de semana y días intersemanales, que pasa de ser en Bruselas a ser en Bélgica en general, y de ser en Zaragoza para los periodos vacacionales a tener que realizarse en Bélgica, explicando que la madre reside en la población de Braine le Comte, situada a 40 kilómetros de Bruselas. También impugna que el auto aclaratorio haya exigido que el informe médico bimensual sea de un médico psiquiatra, lo que supone una alteración importante de la sentencia, conculca el artículo 267.1 del Ley de Enjuiciamiento Civil (en realidad debe referirse a la Ley Orgánica del Poder Judicial) y ocasiona indefensión a su representado.

TERCERO.- El motivo por infracción procesal ha de ser estimado. Es de considerar que, dictada sentencia por la Audiencia Provincial, la representación de la parte actora solicitó su aclaración, como también lo hizo la demandada, y este fue el trámite seguido por la Audiencia, tras el cual dictó el auto que ha sido mencionado. No se utilizó el procedimiento para complemento de la sentencia, permitido en la legislación procesal vigente y regulado en el artículo 215 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En estos términos, la posibilidad establecida en el ordenamiento jurídico para aclarar las sentencias únicamente contempla el esclarecimiento de algún concepto oscuro o la rectificación de errores materiales o aritméticos, pero sin alterar el fallo dictado.

En el caso de autos la sentencia había señalado en Bruselas las visitas de fines de semana, mientras que el auto de aclaración decide que las entregas y recogidas de la niña tengan lugar en el domicilio de la madre en Bélgica, que no se encuentra en la capital. Esto significa cambiar el contenido del fallo y, dados los términos generales en que se produce el auto de aclaración, ampliar el objeto de dicha entrega y recogida a todo el régimen de visitas.

La estimación del motivo afecta únicamente al régimen de visitas. Respecto al informe médico bimensual, la sentencia de la Audiencia Provincial únicamente decidía mantenerlo, para establecer además la supervisión de las visitas en los términos recogidos en el fallo. Por ello la concreción que se produce en este punto, a instancia de la parte demandada, no excede de la posibilidad de aclaración de las sentencias al afirmar que dichos informes deberán ser expedidos por psiquiatra.

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL.

EXAMEN DEL SEGUNDO MOTIVO

CUARTO.- El segundo motivo denuncia la infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, en concreto lo dispuesto en el artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al entender la parte recurrente que la sentencia incurre en falta de motivación respecto a la valoración de las pruebas relativas a la afectación psíquica que sufre el Sr. T. En el desarrollo del motivo refiere que, si bien la sentencia expone cuáles son los informes psicológicos y psiquiátricos obrantes en autos, no

existe razonamiento alguno sobre la valoración de tales pruebas, de manera que se desconocen las razones que han llevado a la convicción de la Sala a revocar en este punto la de primera instancia, de manera muy perjudicial para su representado.

La sentencia impugnada, al abordar el tema de la supervisión de las visitas que podrá tener el Sr. T. con su hija, expresa que en autos hay cinco informes, describiendo los resultados de los realizados por el Dr. Ezquerro, Sra. Gracia, Dr. Corbet, Dra. Pedrejón y Dr. Rubio. Tras esta narración detallada, entiende el tribunal provincial que «hoy por hoy no existen garantías suficientes sobre la situación psíquica del apelante, por lo que procede mantener la supervisión de las visitas», para a continuación determinar la forma en que dicha supervisión tendrá lugar.

La motivación de las decisiones judiciales viene exigida legalmente en el artículo 218.2 de Ley de Enjuiciamiento Civil, el cual ordena que «*Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón*», como forma de exteriorizar las razones que justifican la decisión adoptada, de forma que las partes puedan conocerlas, y de este modo resulte posible articular el recurso que las leyes procesales previenen, además de evitar la arbitrariedad en la resolución.

Pero el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo han mantenido reiteradamente que no es precisa una motivación amplia y exhaustiva, sino que se cumple la exigencia constitucional y legal mediante una motivación que sirva a los efectos antes expresados. Como indica la STS de 22 de abril de 2013 (Id Cendoj:

28079110012013100308), con razonamientos que son trasladables al caso de autos, «*La sentencia recurrida cumple el deber de motivación, pues en ella se exponen los elementos y razones de juicio que permiten conocer cuáles han sido los criterios fácticos y jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 196/2003, de 27 de octubre, y 218/2006, de 3 de julio; STS de 17 noviembre de 2006 y 1 de diciembre de 2006, entre otras), se hace de forma comprensible y, como acto de aplicación del Derecho, permite su control jurisdiccional por medio del sistema de recursos (STS de 31 de enero de 2007, RC núm. 937/2000)*». Y añade el Tribunal Supremo: «*La desestimación implícita de los argumentos del demandante no implica falta de motivación, pues el juicio de suficiencia de la motivación hay que realizarlo (SSTC 66/2009, de 9 de marzo y 114/2009, de 14 de mayo) atendiendo no solo al contenido de la resolución judicial considerada en sí misma, sino también dentro del contexto global del proceso, valorando las circunstancias concurrentes que singularicen el caso concreto, tanto las que estén presentes, explícita o implícitamente en la resolución recurrida, como las que no estándolo, constan en el proceso (STS de 9 de marzo de 2010, RIPC núm. 2460/2005)*».

En el caso de autos, la descripción de los resultados de los informes emitidos en el proceso pone de relieve que, frente a los informes psicológicos, existen otros realizados por psiquiatras de los que se desprende una personalidad de carácter antisocial, narcisista y obsesiva, inmadura y disfuncional, y la conclusión a la que llega el tribunal no es expresar que D. Daniel padece una enfermedad psíquica sino que, no existiendo garantías suficientes sobre su situación, procede mantener la supervisión de las visitas, decisión que adopta en interés de la menor, y que resulta suficientemente motivada.

Por ello el motivo de recurso ha de ser desestimado.

**RECURSO EXTRAORDINARIO POR
INFRACCIÓN PROCESAL.
EXAMEN DEL TERCER MOTIVO**

QUINTO.- En el tercer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se denuncia que la sentencia recurrida ha realizado una valoración irracional de la prueba practicada en la instancia, con infracción de lo dispuesto en el artículo 218.2 de Ley de Enjuiciamiento Civil. En apoyo del recurso sostiene el recurrente que el Sr. T. no está diagnosticado de ninguna psicopatología y que, en consecuencia, la supervisión de las visitas supone un doble control que no está justificado por la prueba practicada.

El motivo se desestima, por las siguientes razones: a) es sabido que la valoración de la prueba es función que corresponde a los tribunales de instancia, ya que la misma se ha practicado ante ellos, conforme a los principios de oralidad e inmediatez, y no puede ser revisada en sede de recursos extraordinarios; b) únicamente resulta posible considerar dicha valoración cuando, a la vista de los fundamentos de derecho expresados en la sentencia, pueda concluirse que se ha llevado a cabo de forma absurda, arbitraria o ilógica —STS de 19 de octubre de 2010, nº 652/2010 y de 21 de septiembre de 2016, nº 554/2016, entre muchas otras; c) en el caso de autos lo que el recurrente sustenta es un punto de partida distinto a aquel que ha mantenido la Audiencia Provincial, ya que parte de que el Sr. T. no está diagnosticado de ninguna psicopatología, frente a los dictámenes de los psiquiatras antes mencionados.

En definitiva, trata el recurrente de sustituir su criterio valorativo por el imparcial del tribunal de segunda instancia, lo que no es admisible en el examen de un recurso extraordinario por infracción procesal.

**RECURSO EXTRAORDINARIO POR
INFRACCIÓN PROCESAL.
EXAMEN DEL CUARTO MOTIVO**

SEXTO.- El cuarto motivo de recurso extraordinario por infracción procesal es introducido por la misma vía, pero referido a la existencia de error palmario en cuanto a los lugares de residencia de los litigantes, pues ni el Sr. T. reside en Londres ni la Sra. L. reside en Bruselas. De este error estima el recurrente que dimana la decisión acerca del lugar en el que se ha de llevar a efecto las visitas, y entiende que el acuerdo sobre visitas de días intersemanales es, desde las condiciones fácticas realmente existentes, una quimera.

La sentencia recurrida no dice expresamente que los lugares de residencia de ambos progenitores sean los indicados, pero parte de ese dato para adoptar su decisión. Así, en el fundamento de derecho segundo indica que «es claro que, ya producida la ruptura entre ambos, no cabe confrontar el derecho de la madre ni con el arraigo de una niña de año y medio en Zaragoza ni con los derechos de los abuelos paternos, sin que padezcan las visitas del padre, ni en Bruselas, dada la fácil, frecuente y rápida comunicación con Londres, ni en Zaragoza en los periodos vacacionales». Por ello en el fallo, tras autorizar el traslado a Bélgica de D.^a Inga, señala en Bruselas las visitas de fin de semana y mantiene la supervisión de las mismas en dicha ciudad. El auto de aclaración expresa que la recogida y entrega de la niña tendrá lugar en el domicilio de la madre en Bélgica.

La STS de 21 de septiembre de 2016 ya enunciada, tras apoyarse en otras anteriores del mismo tribunal, indica que «*concurrir error patente en aquellos supuestos en que las resoluciones judiciales parten de un presupuesto fáctico que se manifiesta erróneo a la luz de un medio de prueba incorporado válidamente a las actuaciones cuyo contenido no hubiera sido tomado en consideración*».

Esta circunstancia se produce en el caso de autos. La decisión ha incurrido en error notorio en cuanto a los lugares en que tienen su residencia ambos progenitores litigantes y, a partir de dicha consideración, ha adoptado las decisiones sin tener en cuenta las distancias existentes entre las localidades en que cada uno de ellos reside y las capitales de los respectivos estados.

Por ello el motivo se estima.

**CONSECUENCIA DE LA ESTIMACIÓN
DE MOTIVOS DE RECURSO
POR INFRACCIÓN PROCESAL**

SÉPTIMO.- La estimación de dos de los motivos de recurso extraordinario por infracción procesal no conduce, sin embargo, a la devolución del proceso a la Audiencia Provincial para que dicte nueva sentencia, como insta la parte recurrente. La Disposición Final Décimo Sexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil previene a estos efectos en su apartado 1, regla 7ª, que *«Cuando se hubiese recurrido la sentencia por infracción procesal al amparo del motivo 2º del apartado primero del artículo 469, la Sala, de estimar el recurso por ese motivo, dictará nueva sentencia, teniendo en cuenta, en su caso, lo que se hubiere alegado como fundamento del recurso de casación»*.

Conforme a dicho precepto la Sala habrá de entrar a considerar el recurso de casación partiendo de los hechos acreditados en las instancias y de las decisiones adoptadas estimando los motivos de infracción procesal, por lo que seguidamente hemos de entrar a considerar el motivo único de recurso de casación.

**RECURSO DE CASACIÓN. DETERMINACIÓN
DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE**

OCTAVO.- Aunque no ha sido cuestionado por ninguna de las partes y ambas sentencias han aplicado el Derecho aragonés, es pertinente plantear la cuestión del

ordenamiento jurídico aplicable al caso porque en este concurre un elemento de extranjería en cuanto consta acreditado que la menor es hija de padre español y madre rumana.

La parte actora apoyó su demanda en lo dispuesto en el artículo 142 del Código Civil y 80 y 82 del Código de Derecho foral aragonés. La demandada en su contestación se mostró conforme con la fundamentación jurídica invocada en la demanda.

En este caso es de aplicación lo dispuesto en el artículo 9.4 segundo párrafo del Código civil a cuyo tenor *«La ley aplicable al contenido de la filiación, por naturaleza o por adopción, y al ejercicio de la responsabilidad parental, se determinará con arreglo al Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños»*. Porque lo relevante para la decisión del litigio no es la existencia de una relación de pareja a la que se refiere la sentencia de primera instancia, sino el ejercicio de la responsabilidad parental relativa a la hija común por parte de ambos progenitores, y en concreto en orden al derecho de visitas y de relación que corresponde al padre respecto de la menor, cuya guarda y custodia ha sido atribuida a la madre y la ejerce en país extranjero.

El Convenio citado, del que tanto el Reino de España como Bélgica son parte, previene en su art. 15.1 la aplicación de la *lex fori*: *«En el ejercicio de la competencia atribuida por las disposiciones del Capítulo II, las autoridades de los Estados contratantes aplican su propia ley»*.

La menor es de nacionalidad española, conforme al artículo 17.1 a) del Código civil. En este caso la aplicación de la ley nacional española al caso debe llevar a la legislación aragonesa, a tenor de lo dis-

puesto en el artículo 47.1 y 4 del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, al tratarse de una niña nacida en Zaragoza, cuyo primer domicilio lo fue en esta ciudad, de modo que se mantiene un vínculo estrecho con el territorio de Aragón y, por tanto, con su ordenamiento jurídico.

Ello no impedirá que, en su caso, pueda aplicarse en la ejecución el ordenamiento jurídico del Estado en que reside actualmente, pues conforme al apartado 3 del art. 15 del Convenio, *«En caso de cambio de la residencia habitual del niño a otro Estado contratante, la ley de este otro Estado rige las condiciones de aplicación de las medidas adoptadas en el Estado de la anterior residencia habitual a partir del momento en que se produce la modificación»*. Aunque es de significar que en este proceso no se ha aportado el derecho de Bélgica que podría ser de aplicación ni ninguna de las partes lo ha reclamado.

EXAMEN DEL MOTIVO ÚNICO

NOVENO.- Dicho motivo se articula, con apoyo procesal en el artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y artículo 3.1 de la Ley de Casación Foral aragonesa, por infracción de apartado 2 del artículo 60 y del artículo 76.3 del CDFA. Tras indicar el contenido de la autoridad familiar, que comprende como derecho-deber el de tener al hijo o hija en compañía, y que tras la ruptura de la pareja se respetará el derecho de los hijos a tener contacto directo con ambos progenitores, estima la parte recurrente en el desarrollo impugnativo que la sentencia de apelación, inexplicablemente, permite a la madre decidir a su arbitrio cuándo hay pernocta y cuándo no la hay, y que la designación de persona de su confianza para la supervisión de las visitas supone de facto denegar al padre el derecho-deber de estar con su hija y tenerla en su compañía.

El art. 60 del CDFA previene que *«1. El hijo tiene derecho a relacionarse con ambos padres, aunque vivan separados, así como con sus abuelos y otros parientes y allegados, salvo si, excepcionalmente, el interés del menor lo desaconseja.*

2. 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.

3. El Juez, a petición del menor, padres, abuelos, parientes o allegados, y atendidas las circunstancias, podrá suspender, modificar o denegar la relación con el menor si su interés lo requiere. También puede adoptar las medidas necesarias con vistas a la efectividad de esta relación personal, especialmente cuando los padres vivan separados».

Por su parte el art. 76 del CDFA, bajo la rúbrica de «derechos y principios» establece en su apartado 3: *«En las relaciones familiares derivadas de la ruptura de la convivencia de los padres se respetarán los siguientes derechos:*

a) Los hijos menores de edad tendrán derecho a un contacto directo con sus padres de modo regular y a que ambos participen en la toma de decisiones que afecten a sus intereses como consecuencia del ejercicio de la autoridad familiar.

b) Los padres, respecto de sus hijos menores de edad, tienen derecho a la igualdad en sus relaciones familiares».

A la vista de la decisión adoptada en la sentencia y de las alegaciones de las partes, especialmente de los argumentos impugnativos del recurrente, el recurso ha de ser acogido, en la medida y con las precisiones que se dirán.

A tal efecto es de considerar:

A) La sentencia en su parte dispositiva mantiene la supervisión de las visitas padre/hija, ya por los abuelos paternos, en España en periodos vacacionales o en Bruselas si coincidiesen con las estancias de los

misimos en esa Ciudad, ya por persona de su confianza que la Sra. L. designe o por establecimiento cuyo nombramiento promueva en su actual país de residencia.

B) La medida de supervisión de las visitas no vulnera el contenido normativo de los preceptos cuya infracción se denuncia, por cuanto en interés de la menor y a la vista de las circunstancias psíquicas que concurren en Don Daniel, y cuya valoración se ha realizado correctamente por la Audiencia, es posible establecer cautelas para asegurar que esas visitas tendrán lugar siempre en beneficio de la menor.

C) Tampoco es contrario a derecho ordenar que dicha supervisión pueda ser realizada por establecimiento cuyo nombramiento promueva en su actual país de residencia, Bélgica, lo que se fijará en ejecución de sentencia y por acuerdo de las partes, si a él llegasen, o en su defecto conforme a lo que se ha expresado en el último párrafo del fundamento anterior, es decir, acudiendo al derecho del Estado en que la menor reside con su madre.

D) Contraviene las disposiciones mencionadas el hecho de que pueda la madre decidir la persona de su confianza. En la medida en que la confianza es subjetiva y la decisión depende de forma omnímoda de la madre, los términos en que se expresa el fallo permiten que Doña Inga decida si existe o no, en cada momento, una persona de su confianza para que se lleve a efecto el régimen de visitas, lo que incluso puede dar lugar a la imposibilidad de ejercicio del derecho de visitas, y por consiguiente de la normal relación que la menor puede tener con su padre, lo que vulnera los preceptos del CDFA contenidos en el art. 60.2 y 76.3 a). El cumplimiento de los deberes no puede quedar al arbitrio de una de las partes, en este caso la que aparece como deudora u obligada a realizar actos que hagan posible el ejerci-

cio del derecho de relación que en la sentencia se ha reconocido.

En este punto, por tanto, el recurso de casación es estimado.

CONTENIDO DEL FALLO

DÉCIMO.- El tribunal, constituyéndose como instancia, ha de dictar un fallo que sustituya al recurrido, en la parte afectada por el recurso que se estima. Ha de hacerlo conforme a lo que previene el derecho aplicable, ya citado, y a las pretensiones de las partes.

En este caso la parte recurrente en casación ha solicitado de la Sala que dicte sentencia «en el sentido interesado», que no es la forma más clara y precisa de formular su pretensión.

A la vista del contenido de su escrito de recurso y de lo obrante en autos se decide: a) confirmar, como se ha indicado, el régimen de visitas establecido en la sentencia de la Audiencia Provincial; b) que todas las visitas de Don Daniel con su hija Daniela se llevarán a efecto bajo supervisión, manteniendo la institucional en la forma fijada en el fallo citado, así como en los casos en que se realicen bajo el control de los abuelos paternos; c) alternativamente la supervisión podrá efectuarse por persona designada de común acuerdo por ambos progenitores; d) este sistema de supervisión se extenderá a los fines de semana y encuentros intersemanales fijados.

Respecto al Auto aclaratorio, y en coherencia con lo razonado en el fundamento tercero, ha de mantenerse la exigencia de informes periódicos expedidos por psiquiatra, pero debe quedar sin efecto la exigencia de que la recogida y entrega de la niña se produzca en el domicilio de la madre, pues el lugar dependerá de aquel en el que las visitas tengan lugar. Esta deci-

sión no afectará a los periodos de vacaciones en España.

COSTAS

UNDÉCIMO.- La estimación del recurso de casación determina la no imposición de costas de este recurso, a tenor de los arts. 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. E igualmente se mantienen los pronunciamientos sobre no imposición que se contienen en las sentencias de primera y segunda instancia.

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

VISTOS los preceptos citados y demás de aplicación.

Resolviendo el recurso de casación y por infracción procesal, interpuesto por la representación procesal de Don Daniel T. B.

FALLAMOS

1º Desestimar los motivos segundo y tercero interpuestos por infracción procesal.

2º Estimar los motivos primero y cuarto del recurso, interpuestos por infracción procesal.

3º Estimar el recurso de casación, en su motivo único.

4º Casar la sentencia recurrida, dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección segunda, en fecha 4 de mayo de 2016 en el rollo de apelación 555/2015, y su auto aclaratorio de 12 de mayo siguiente, y modificar el Fallo en los siguientes apartados:

a) todas las visitas de Don Daniel con su hija Daniela se llevarán a efecto bajo supervisión, por establecimiento cuyo nombramiento sea promovido en su actual país de residencia, así como en los casos en que se realicen bajo el control de los abuelos paternos;

b) alternativamente la supervisión podrá efectuarse por persona designada de común acuerdo por ambos progenitores;

c) las visitas de fines de semana e intersemanales se realizarán en Bruselas, si el establecimiento designado tuviese su sede en la capital, o en la ciudad que acuerden las partes.

Se confirma la sentencia en todos los demás pronunciamientos.

6º En cuanto al Auto de aclaración:

- mantenemos la exigencia de que los informes médicos requeridos sean emitidos por psiquiatra;

- queda sin efecto la necesidad de que la recogida y entrega de la menor tenga lugar en el domicilio de la madre en Bélgica, y en su lugar esta recogida y entrega se realizará, en cuanto a las visitas de fines de semana y encuentros intersemanales, en el lugar en que se lleven a efecto.

5º No hacemos imposición de costas del recurso.

6º Acordamos la devolución del depósito constituido para recurrir.

B) ÍNDICE DE LAS RESOLUCIONES PUBLICADAS EN ESTE NÚMERO

B) CONTENTS OF THE PUBLISHED IN THIS NUMBER

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS			
CASACIÓN FORAL			
<i>ADMISIÓN</i>			
S. TSJA 11/2016	8 de marzo de 2016	RDCA-XXIII-2017	7
<i>DESESTIMACIÓN DE LOS MOTIVOS</i>			
S. TSJA 26/2016	16 de noviembre de 2016	RDCA-XXIII-2017	24
<i>FALTA DE COMPETENCIA FUNCIONAL</i>			
A. TSJA	25 de noviembre de 2016	RDCA-XXIII-2017	25
<i>FALTA DE IDENTIFICACIÓN DE LA MODALIDAD DE RECURSO INTERPUESTO</i>			
A. TSJA	11 de abril de 2016	RDCA-XXIII-2017	8
<i>FALTA DE JUSTIFICACIÓN DEL INTERÉS CASACIONAL</i>			
A. TSJA	11 de abril de 2016	RDCA-XXIII-2017	8
A. TSJA	10 de junio de 2016	RDCA-XXIII-2017	14
<i>FALTA DE TÉCNICA CASACIONAL</i>			
A. TSJA	25 de febrero de 2016	RDCA-XXIII-2017	5
<i>FUNCIÓN DE LA CASACIÓN</i>			
S. TSJA 11/2016	8 de marzo de 2016	RDCA-XXIII-2017	7
<i>INADMISIÓN DE MOTIVOS</i>			
A. TSJA	11 de abril de 2016	RDCA-XXIII-2017	8
<i>INVOCACIÓN ARTIFICIOSA DEL STANDUM</i>			
A. TSJA	24 de febrero de 2016	RDCA-XXIII-2017	4
DERECHO INTERREGIONAL			
<i>LEGISLACIÓN SOBRE PROPIEDAD HORIZONTAL</i>			
S. TSJA 22/2016	15 de septiembre de 2016	RDCA-XXIII-2017	19

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
DETERMINACIÓN DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE			
<i>AL EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL</i>			
S. TSJA 31/2016	21 de diciembre de 2016	RDCA-XXIII-2017	28
LEY DE COOPERATIVAS			
<i>RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES</i>			
S. TSJA 9/2016	19 de febrero de 2016	RDCA-XXIII-2017	3
MOTIVOS DE INFRACCIÓN PROCESAL			
<i>CONSECUENCIA DE LA ESTIMACIÓN</i>			
S. TSJA 31/2016	21 de diciembre de 2016	RDCA-XXIII-2017	28
<i>MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA</i>			
S. TSJA 18/2016	27 de junio de 2016	RDCA-XXIII-2017	15
64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES			
ASIGNACIÓN COMPENSATORIA			
<i>CARÁCTER TEMPORAL O INDEFINIDO</i>			
S. TSJA 18/2016	27 de junio de 2016	RDCA-XXIII-2017	15
<i>PAREJAS ESTABLES NO CASADAS</i>			
S. TSJA 16/2016	10 de junio de 2016	RDCA-XXIII-2017	13
ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR			
<i>OBLIGACIÓN DE FIJAR UN LÍMITE TEMPORAL CIERTO</i>			
S. TSJA 25/2016	14 de octubre de 2016	RDCA-XXIII-2017	22
GASTOS DE ASISTENCIA A LOS HIJOS			
<i>CONTRIBUCIÓN PROPORCIONAL EN LOS CASOS DE CUSTODIA COMPARTIDA</i>			
S. TSJA 12/2016	20 de abril de 2016	RDCA-XXIII-2017	9
<i>GASTOS DE LOS HIJOS MAYORES O EMANCIPADOS</i>			
<i>POR EL TIEMPO NORMALMENTE REQUERIDO PARA COMPLETAR LA FORMACIÓN</i>			
S. TSJA 10/2016	2 de marzo de 2016	RDCA-XXIII-2017	6
GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS			
<i>CUSTODIA INDIVIDUAL DE UN PROGENITOR FRENTE A OTRO</i>			
S. TSJA 16/2016	10 de junio de 2016	RDCA-XXIII-2017	13

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
<i>DERECHO TRANSITORIO</i>			
S. TSJA 21/2016	14 de septiembre de 2016	RDCA-XXIII-2017	18
<i>DOCTRINA JURISPRUDENCIAL</i>			
S. TSJA 15/2016	9 de junio de 2016	RDCA-XXIII-2017	12
S. TSJA 20/2016	7 de septiembre de 2016	RDCA-XXIII-2017	17
S. TSJA 21/2016	14 de septiembre de 2016	RDCA-XXIII-2017	18
<i>EL RIESGO DE DESEQUILIBRIO DEL MENOR</i>			
S. TSJA 13/2016	9 de mayo de 2016	RDCA-XXIII-2017	10
<i>FALTA DE FUNDAMENTO DE LA CUSTODIA INDIVIDUAL</i>			
S. TSJA 13/2016	9 de mayo de 2016	RDCA-XXIII-2017	10
S. TSJA 20/2016	7 de septiembre de 2016	RDCA-XXIII-2017	17
<i>FUNCIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN</i>			
S. TSJA 13/2016	9 de mayo de 2016	RDCA-XXIII-2017	10
S. TSJA 15/2016	9 de junio de 2016	RDCA-XXIII-2017	12
<i>IMPERATIVIDAD DE LA NORMA DEL ART. 80.2 CDF</i>			
S. TSJA 13/2016	9 de mayo de 2016	RDCA-XXIII-2017	10
<i>INFORMES DE ESPECIALISTAS</i>			
S. TSJA 13/2016	9 de mayo de 2016	RDCA-XXIII-2017	10
<i>INTERÉS DEL MENOR</i>			
S. TSJA 7/2016	17 de febrero de 2016	RDCA-XXIII-2017	2
<i>MODIFICACIÓN</i>			
S. TSJA 15/2016	9 de junio de 2016	RDCA-XXIII-2017	12
S. TSJA 20/2016	7 de septiembre de 2016	RDCA-XXIII-2017	17
S. TSJA 21/2016	14 de septiembre de 2016	RDCA-XXIII-2017	18
S. TSJA 28/2016	2 de diciembre de 2016	RDCA-XXIII-2017	27
<i>PERÍODOS DE CUSTODIA COMPARTIDA</i>			
S. TSJA 27/2016	1 de diciembre de 2016	RDCA-XXIII-2017	26
S. TSJA 28/2016	2 de diciembre de 2016	RDCA-XXIII-2017	27
<i>PREFERENCIA DE LA CUSTODIA COMPARTIDA</i>			
S. TSJA 12/2016	20 de abril de 2016	RDCA-XXIII-2017	9
<i>PRUEBA DE QUE LA CUSTODIA INDIVIDUAL ES MÁS CONVENIENTE</i>			
S. TSJA 19/2016	30 de junio de 2016	RDCA-XXIII-2017	16
<i>MEDIDAS JUDICIALES</i>			
<i>CON CARÁCTER DE MÍNIMAS</i>			
S. TSJA 28/2016	2 de diciembre de 2016	RDCA-XXIII-2017	27

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
MODIFICACIÓN DE MEDIDAS			
<i>CAUSAS O CIRCUNSTANCIAS RELEVANTES</i>			
S. TSJA 27/2016	1 de diciembre de 2016	RDCA-XXIII-2017	26
<i>DOCTRINA CONSOLIDADA</i>			
S. TSJA 24/2016	14 de octubre de 2016	RDCA-XXIII-2017	21
<i>LA DESESTIMACIÓN DE LO PEDIDO NO INFRINGE EL ART. 79.5 CDFA</i>			
S. TSJA 7/2016	17 de febrero de 2016	RDCA-XXIII-2017	2
<i>NATURALEZA DEL PROCESO DE MODIFICACIÓN DE MEDIDAS</i>			
S. TSJA 7/2016	17 de febrero de 2016	RDCA-XXIII-2017	2
PACTO DE RELACIONES FAMILIARES			
<i>MODIFICACIÓN</i>			
S. TSJA 10/2016	2 de marzo de 2016	RDCA-XXIII-2017	6
RÉGIMEN DE VISITAS			
<i>CAMBIO DE RESIDENCIA DE LOS HIJOS</i>			
S. TSJA 11/2016	8 de marzo de 2016	RDCA-XXIII-2017	7
<i>EXCEPCIONALIDAD DEL NO ESTABLECIMIENTO DE UN RÉGIMEN</i>			
S. TSJA 16/2016	10 de junio de 2016	RDCA-XXIII-2017	13
<i>POSIBILIDADES DE SUPERVISIÓN</i>			
S. TSJA 31/2016	21 de diciembre de 2016	RDCA-XXIII-2017	28
6635: CONSORCIO CONYUGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN			
PROCEDIMIENTO DE FORMACIÓN DE INVENTARIO			
<i>RECURRIBILIDAD EN CASACIÓN</i>			
A. TSJA	28 de octubre de 2016	RDCA-XXIII-2017	23
718: NORMAS COMUNES A LAS SUCESIONES VOLUNTARIAS			
SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA			
<i>FIDEICOMISO DE RESIDUO</i>			
S. TSJA 23/2016	5 de octubre de 2016	RDCA-XXIII-2017	20
722: TESTAMENTO MANCOMUNADO			
INSTITUCIÓN RECÍPROCA ENTRE OTORGANTES			
<i>DERECHOS LEGITIMARIOS</i>			

Índice de las resoluciones publicadas en este número

Resolución	Fecha	Año y n.º rev.	N.º orden
S. TS 488/2015	15 de septiembre de 2015	RDCA-XXIII-2017	1
84: SERVIDUMBRES			
CASACIÓN FORAL			
<i>DESESTIMACIÓN DE LOS MOTIVOS</i>			
S. TSJA 26/2016	16 de noviembre de 2016	RDCA-XXIII-2017	24
INMUEBLES EN PROPIEDAD HORIZONTAL			
<i>LA MODIFICACIÓN NO PUEDE PERJUDICAR LOS DERECHOS DE OTRO VECINO</i>			
S. TSJA 22/2016	15 de septiembre de 2016	RDCA-XXIII-2017	19
SERVIDUMBRE FORZOSA DE PASO			
<i>EXTINCIÓN</i>			
S. TSJA 14/2016	16 de mayo de 2016	RDCA-XXIII-2017	11

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
Excma. Diputación de Zaragoza
Plaza de España, 2
50071 Zaragoza (España)



Tels.: [34] 976 28 88 78/79

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:

