



# BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES DE ARAGÓN

---

Número 69 (2 fascículos)

Fascículo 2.º

Año XXXIV

Legislatura IX

20 de abril de 2016

## **\*\*\* Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Ejea de los Caballeros de 16 de abril de 2015. Cuantía de la pensión de alimentos. Modificación sustancial de circunstancias. Disminución de ingresos de alimentista y alimentante**

**“Primero.**— Se considera acreditado que el 25 de octubre de 2010 se dictó, en este Juzgado, sentencia que acordaba la disolución, por causa de divorcio, del matrimonio celebrado entre P y O, y aprobaba el convenio regulador ratificado por los mismos. Así se desprende de la sentencia aportada como documento 1 de la demanda, aparte de haber conformidad a este respecto.

Dicho convenio establecía, en su estipulación décima, que el padre abonaría una pensión de alimentos a favor de sus dos hijos menores de 250 euros mensuales, y que los gastos extraordinarios serían satisfechos igualmente por ambos progenitores.

En el momento de acordarse el divorcio, el demandante trabajaba y cobraba alrededor de 1.750 euros netos mensuales. Así se desprende de las nóminas aportadas como documentos 5 y 6 de la demanda, así como de la declaración de

la renta del ejercicio 2010. Las nóminas son de febrero y julio de 2010, y recogen un neto algo superior, pero la declaración de la renta evidencia que no debió cobrar la misma cantidad cada mes.

En cuanto a la demandada, no hay prueba acerca de sus ingresos en la fecha del divorcio. El demandante manifiesta que realizaba trabajos esporádicos, aunque no cuantifica los ingresos. La demandada no indica nada en su escrito, y en la vista manifestó que entonces cobraba unos 1.200 euros mensuales más pagas extras.

En la actualidad, el Sr. C tiene un contrato de duración determinada, de 27'5 horas semanales, hasta el 30 de septiembre de 2015. Su salario es de 777,11 euros brutos al mes, lo que supone 703,54 euros netos mensuales, por catorce pagas.

La demandada está contratada por tiempo indefinido desde enero de 2012, y realiza 40 horas a la semana desde marzo de 2014 (según las comunicaciones aportadas junto con la contestación a la demanda). Cobra 1.075,48 euros netos mensuales, con las pagas extraordinarias prorrateadas, según las nóminas aportadas con la contestación.

**Segundo.**— El artículo 775.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil establece que *"el Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o incapacitados y, en todo caso, los cónyuges podrán solicitar del tribunal la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas"*. También prevé este cambio el artículo 77.3 del Código de Derecho Foral de Aragón.

En el caso que nos ocupa, resulta claro que la situación económica del padre ha variado respecto de la existente en el momento de dictarse la sentencia de divorcio. Sus ingresos han disminuido notablemente, puesto que ha pasado de unos ingresos netos anuales de más de 20.000 euros a unos 9.850 euros.

Esta diferencia es importante cuantitativamente, ya que los ingresos se han reducido a menos de la mitad. Además, la capacidad económica del alimentante es uno de los elementos que han de tenerse en cuenta para fijar la cuantía de la pensión alimenticia.

Desde luego, debe tenerse también en cuenta la posible modificación en la situación económica de la demandada, así como las posibles variaciones en las necesidades de los menores.

Partiendo de la realidad de lo manifestado por la Sra. R (que cobraba en 2010 unos 1.200 euros mensuales más pagas extras), su situación económica también ha empeorado, aunque en menor medida que la del demandante. Así, habría pasado de unos ingresos anuales de unos 16.800 euros a 12.900, es decir, una reducción de alrededor del 25%.

En cuanto a las necesidades de los menores, no hay prueba acerca del aumento de sus necesidades. De los documentos aportados junto con

la contestación parece desprenderse que siguen realizando actividades extraescolares que ya realizaban con anterioridad. El aumento de edad evidencia que sus necesidades serán distintas, aunque no se ha cuantificado económicamente dicho cambio de necesidades. Además, el aumento de edad de los hijos tampoco es una circunstancia extraordinaria o imprevista, y no consta ninguna necesidad específica o extraordinaria de los hijos surgida con posterioridad al divorcio.

**Tercero.**— Entiendo que, a la vista de lo expuesto, debe estimarse parcialmente la petición del demandante.

Sin embargo, la rebaja no debe ser la que solicita, ni siquiera la que se solicitó en la vista con base en las tablas orientativas del Consejo General del Poder Judicial.

Entiendo que debe estarse a lo pactado. En el pacto de 2010 resulta que el demandante, que cobraba unos 1750 euros mensuales, y dada la circunstancia de que la demandada cobraba unos 1.400 euros mensuales (contando las pagas extraordinarias), pagaba una pensión total de 500 euros. Las tablas orientativas arrojan, para una situación similar, una pensión de 414 euros mensuales. Es decir, se asumía que el padre pagaba por encima de esta cifra.

En la actualidad debe respetarse esta idea, sin perjuicio de adaptarla a las nuevas circunstancias económicas de la familia.

Así, partiendo de que el padre cobra unos 820 euros netos mensuales (teniendo en cuenta las pagas extraordinarias) y la madre unos 1.075, las tablas mencionadas arrojan un resultado de 259 euros. Conforme a lo expuesto, esta cantidad se aumenta hasta los 300 euros, para respetar el espíritu del acuerdo consignado en el convenio regulador aprobado en su día. Dado que el convenio distingue la pensión por cada hijo, se entiende que serán 150 euros por cada uno de ellos.

Igualmente, entiendo que los gastos extraordinarios deben mantenerse al 50%. En su día se acordó este porcentaje, aunque la madre tenía menores ingresos que el padre, por lo que el espíritu de lo acordado parece ser que ambos progenitores aportarían por igual con independencia de sus ingresos.

**Cuarto.**— Entiendo que otras cuestiones que se han alegado en este procedimiento no afectan a lo decidido.

Los incumplimientos del demandado podrán dar lugar a las reclamaciones o ejecuciones judiciales correspondientes, pero la pensión alimenticia depende de la capacidad económica del alimentante y de las necesidades de los alimentistas.

En cuanto al hecho de que el demandante trabaje a tiempo parcial, por una parte, no consta acreditado que no busque otros trabajos, pese a sus respuestas inconcretas. Por otro lado, un trabajo de cinco horas y media diarias, dependiendo del horario, deja cierta disponibilidad, pero tampoco se trata de una disponibilidad plena, lo que dificulta encontrar un trabajo que se adapte al horario restante, aparte de las dificultades que, ya

de por sí, existen en la actualidad para encontrar trabajo.

Por lo que se refiere al coche que la madre del demandante le compró (no sabemos si donado o debe pagarlo), se trata de un coche de segunda mano y no es un dispendio extraordinario. Tampoco se puede reprochar a una madre que le compre un vehículo de segunda mano a un hijo con dificultades económicas. Y, dada dicha circunstancia, tampoco creo que ello sea reprochable al hijo.

En relación a la herencia del padre del demandante, tampoco consta su contenido, ni siquiera que pueda ser sustanciosa. Parece ser que deberá compartirla con varios hermanos y que, de momento, la madre será usufructuaria. En cualquier caso, constatada una nueva modificación de las circunstancias económicas, podría la madre solicitar un nuevo cambio.

En relación con las actividades extraescolares, lo decidido en nada afecta al régimen de su pago, que sigue siendo el mismo. Parece que los hijos siguen realizando las mismas que venían realizando con anterioridad. La madre podrá reclamar del padre la parte que le corresponda conforme a lo establecido en el convenio y en la Ley.

En definitiva, en cualquier familia, la disminución de los ingresos supone una menor disponibilidad para hacer frente a las necesidades y gastos que se venían soportando. En el caso que nos ocupa, se ha constatado una disminución de la capacidad económica de los progenitores, en comparación con la que tenían en el momento del divorcio. Esta disminución es relevante y, por lo tanto, justifica la disminución de la pensión alimenticia."

**\*\*\* Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 29 de abril de 2015. Pensión alimenticia. Recursos económicos del alimentante. Necesidades del menor**

**"PRIMERO.**— Contra la Sentencia de instancia se alzan la demandada y el Ministerio Fiscal solicitando la reducción de la cuantía de la pensión alimenticia estipulada a favor del hijo menor y a cargo de la primera, a 600,- € mensuales.

**SEGUNDO.**— La Sentencia impugnada impone a la recurrente una pensión de 1.200,- € mensuales y el abono de la totalidad de los gastos extraordinarios necesarios del hijo menor A, nacido el 1998, en atención a la capacidad económica de la misma, y a los escasos recursos del padre, permitiendo así que el menor pueda acceder a una vivienda de mejores condiciones que la que actualmente ocupa con su padre.

La recurrente y el Ministerio Fiscal no discuten los recursos económicos de que la primera dispone, ni la titularidad de los inmuebles que se reseñan en la Sentencia, vivienda en Garrapiniillos, otra en el centro de Zaragoza y apartamento en Comarruga, sino la falta de acomodo de esa suma a las necesidades del hijo menor.

El menor, A, cursa ESO en Instituto Público "...". No consta acuda a academias de apoyo para sus estudios, ni que goce de necesidades especiales que requieran un gasto periódico que deba cubrirse con un importe determinado.

El padre está en desempleo percibiendo un subsidio de unos 400,- € al mes, encontrándose en edad laboral, habiendo desempeñado diferentes trabajos como visitador médico, trabajó en I, etc... (Informe del IASS a los folios 124 y ss.). Su situación debe considerarse coyuntural.

La pensión alimenticia se impone al progenitor no custodio para contribuir al sostenimiento de los hijos en todos los órdenes, debiendo ser proporcional a su medios y a las necesidades de éstos (Artº. 82 del Código de Derecho Foral de Aragón), y valorando los recursos del otro progenitor.

Los hechos acreditados en el proceso conducen a considerar proporcional en este caso la suma de 600,- € mensuales a cargo de la madre, atendiendo a que la misma se hará cargo en su integridad de los gastos necesarios del hijo, estimándose desmesurada la cantidad establecida en la Sentencia para afrontar los gastos de subsistencia del menor, a cuya necesidad de habitación digna debe contribuir también el padre en el ejercicio de su responsabilidad parental."

**\*\*\* Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 8 de mayo de 2015. Régimen de visitas. Menor de corta edad. Traslado de residencia a localidad lejana. Contacto regular. Ejercicio de funciones propias de la autoridad familiar. Interés superior del menor como estatuto jurídico indisponible**

**"PRIMERO.**— La sentencia que estimó la demanda de reclamación de paternidad e impugnación de filiación matrimonial acordó, entre otros extremos, el establecimiento de un régimen de visitas a favor del actor -y ahora recurrente en casación- en virtud del cual éste podría comunicarse con su hijo en la sede del Punto de Encuentro ubicado en la calle Blasón Aragonés nº 6 de Zaragoza los miércoles, sábados y domingos, de 17 a 20 horas. Este régimen horario era el que se había pedido en el suplico de la demanda.

La codemandada Sra. V. apeló la sentencia en lo concerniente al régimen de visitas alegando que, habiendo trasladado su residencia y por tanto la del niño a Valderrobres (Teruel), lo dispuesto en la sentencia resultaba gravoso para el menor, dada la distancia entre dicha localidad y Zaragoza.

La sentencia de segunda instancia estimó el recurso de apelación, para lo que razonó así:

"En el caso de autos es claro que el viaje impuesto a un niño de tres años, durante tres días todas las semanas, de 140 Kms. ida, y otros tantos de vuelta, uno de los días recién salido del colegio, altera de forma sustancial sus rutinas, hábitos y su vida cotidiana, sometiéndolo a un cansancio y alteración indeseables, impidiéndole incluso, disfrutar de un solo fin de semana tranquilo en

su domicilio con su madre, y culminar su horario escolar.

En estas condiciones, debe aceptarse, dada la revisión de oficio que admite la materia que nos ocupa, trasladar el lugar de cumplimiento de las visitas al Punto de Encuentro de Alcañiz los miércoles alternos, en horario de 18 a 19,30 h, y establecer los sábados alternos en el Punto de Encuentro Familiar de Zaragoza de 11 a 13,30 h, de forma que una semana se ejercerán las visitas los miércoles y la siguiente el sábado en la forma referida”.

**SEGUNDO.**— En el primero de los motivos de casación se invocan como infringidos los artículos 59 b), 60.1 y 76.3 a) del CDFa, y en el segundo los artículos 59, 76.3 b) y 80.1 del mismo cuerpo legal. Pese a esta cita plural de preceptos en cada uno de los motivos, la lectura del escrito de recurso revela que lo que la parte sostiene es que la modificación —que hace la sentencia de segunda instancia— del régimen de visitas conculca el derecho del menor a un contacto regular con su padre (artículo 76.3 a) y asimismo el del progenitor recurrente a un régimen de visitas que le garantice el ejercicio de las funciones propias de la autoridad familiar (artículo 80.1). De ahí que el recurrente interese, en uno y en otro motivo, el análisis conjunto de la pretendida infracción de preceptos que en cada uno de ellos se invocan.

**TERCERO.**— La sentencia recurrida no vulnera el derecho del menor a un contacto regular con su padre que reconoce el artículo 76.3 a), pues la posibilidad de ese contacto no se ha eliminado.

Lo deseable es, evidentemente, que los niños estén con sus progenitores el mayor tiempo posible. Ahora bien, el establecimiento de un régimen de visitas, inevitable en caso de custodia individual, debe hacerse en todo caso atendiendo al superior interés del menor, tal como impone la regla del apartado segundo del precepto citado. En efecto, en la adopción de decisiones sobre la materia que nos ocupa, ha de tenerse en cuenta ese interés superior, que constituye el criterio preferente y rector en esta materia.

Así se desprende del art. 3.1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 44/25, de 20 noviembre 1989; del art. 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000; y del principio nº 15 de la Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo (DOCE núm. C.241 de 21 septiembre 1992), documentos internacionales todos ellos que deben considerarse asumidos por las normas constitucionales españolas sobre protección integral de la familia y de la infancia (art. 39.4 CE). En la normativa autonómica aragonesa recogen el principio, además del artículo 76.2 del CDFa, los 3.3.a) y c), 4, 13, 21, 46.i) de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón.

Ha señalado también nuestro Tribunal Constitucional que dicho principio constituye “un estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional” (STC 141/2000 de

29 de mayo) y un “criterio básico y preferente” en los procedimientos en materia de familia (ATC 127/1986 de 12 de febrero) que “debe inspirar la actuación jurisdiccional” (STC 217/2009 de 14 de diciembre) y que, en consecuencia, faculta al tribunal para resolver incluso “ex officio” sobre todo lo concerniente a los menores (STC 4/2001 de 15 de enero).

Así lo ha declarado también el Tribunal Supremo, para el que debe prevalecer “incluso por encima del de sus progenitores” (STS Sala 1º de 9 de julio de 2003) y cuyas características de orden público lo convierten en un principio de necesaria observancia por jueces y tribunales (STS Sala 1º de 28 de septiembre de 2009).

Y así, como no podría ser de otro modo, lo ha puesto de relieve en numerosas ocasiones esta misma Sala del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, entre otras, en SSTSJA 8 y 10/2011, de 13 de julio y 30 de septiembre.

**CUARTO.**— En el supuesto presente, y como señala el representante del Ministerio Fiscal, la modificación del régimen operada por dicha sentencia se justifica por una serie de circunstancias de hecho según ha quedado recogido arriba: la edad del niño, sus horarios y, sobre todo, la distancia entre Valderrobres y Zaragoza. No es cierto, frente a lo que afirma el recurrente, que el régimen inicialmente establecido se haya restringido sin motivo ni causa, ni que se prive innecesariamente al niño de un contacto fluido con el padre. Mantener el sistema acordado en la primera instancia hubiera comportado imponer al niño hacer un recorrido de 280 Km (entre ida y vuelta) tres veces por semana, lo que resulta sin duda muy gravoso para él. Es indudable, por tanto, que la modificación se ha hecho en su beneficio.

Ciertamente, la solución adoptada por la Audiencia es opinable, y cabría haber fijado un régimen más amplio de estancias del padre con el hijo. Ahora bien, no pasa inadvertido a esta Sala el dato de que el padre, en su oposición al recurso de apelación, interesó con carácter principal la confirmación íntegra de la sentencia apelada, y subsidiariamente, un régimen modificado pero *desarrollándose en todo caso en Zaragoza*. Esta falta de disposición del padre a llevar a cabo desplazamientos para estar con su hijo, que no se concilia bien con su manifestado deseo de intensificar su relación con él, explica también el régimen finalmente acordado. En consecuencia, debe concluirse que no sólo no se ha producido vulneración legal sino que la solución dada al problema no es arbitraria sino razonable.

Por tanto, el motivo se desestima.

**QUINTO.**— Debe examinarse a continuación el segundo motivo de recurso, para determinar si lo acordado vulnera el artículo 80.1 del CDFa en cuanto dispone que el régimen de visitas ha de garantizar el ejercicio de las funciones propias de la autoridad familiar. Realmente, la parte no concreta ni razona por qué el régimen instaurado impide ese ejercicio, sino que se limita a afirmar que “no se precisan grandes esfuerzos intelectuales para advertir que dicho ejercicio se ve menos-

cabado si las visitas se reducen a tan solo hora y media semanal”.

Tales funciones vienen relacionadas en el artículo 65 del CDFA. Pero es llano que el ejercicio de alguna de ellas, señaladamente la primera (tenerlos en su compañía) no puede tener la misma extensión en el caso de convivencia de ambos progenitores que en el de ruptura y, si no se acuerda la custodia compartida, también se ejercerá más limitadamente por el progenitor no custodio que por aquel con quien queden los hijos. Debe considerarse también que, en casos como el que se nos plantea, donde no ha habido convivencia previa de los padres entre sí ni del niño con el padre biológico, razones de prudencia indican la conveniencia de —al menos en una etapa inicial— no establecer un régimen de la amplitud que sería normal en otros casos. No se trata, como sugiere el recurrente, de “premiar” lo que reputa comportamiento irracional de la madre del niño, sino de adoptar, en una situación de conflicto, la solución que más beneficie el interés de aquel. A este interés, como acabamos de recordar, debe subordinarse cualquier medida que se adopte. Y en este caso no puede prescindirse de las circunstancias de lejanía geográfica y demás concurrentes, que han determinado la decisión recurrida. Por otro lado, y como señala el TS en su sentencia de 26 de octubre de 2012: « Las acciones y responsabilidades que derivan de la patria potestad corresponden a 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...”. Pues bien, en lo que hace a esta importante manifestación de las funciones propias de la autoridad familiar, no parece tampoco que vaya a verse dificultada por la restricción del régimen de visitas.

Es consecuencia de lo anterior, la desestimación de este segundo motivo.”

### **\*\*\* Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 12 de mayo de 2015. Custodia compartida. Beneficios de la custodia individual. Valoración de la prueba. Conflictividad entre progenitores**

**“PRIMERO.—** Se recurre por la representación de la parte actora (D.º. E), la Sentencia recaída en 1.º Instancia en el presente procedimiento sobre guarda, custodia y alimentos (Art.º. 748.4.º, 769.3 y 770 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil), considerando en su apelación (Art.º. 458 LEC), que la sentencia apelada que fija la custodia compartida de la hija menor a partir del mes de septiembre del año 2015, incurre en un grave error en cuanto a la valoración de la prueba practicada en autos, así como en la normativa aplicable, debiéndose fijar en el presente supuesto la custodia individual materna.

**SEGUNDO.—** La recurrente considera que no se recogen motivos claros y concretos para fijar la

custodia compartida a partir del mes de septiembre de 2015, careciendo de rigor el informe pericial practicado al no acreditarse por la técnico, la existencia de parámetros contrastables para determinar la procedencia de la custodia compartida a partir de la escolarización de la menor, que cuenta en la actualidad con dos años de edad, no existiendo prueba concluyente que acredite que el padre tenga la adecuada capacidad parental para el ejercicio de la custodia compartida, ni que disponga del tiempo adecuado para ello, dándose además, una elevada conflictividad incompatible con la custodia compartida (STS 30-10-2014).

**TERCERO.—** La doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en relación a la custodia compartida recogida en las Sentencias de 01-02-2012 y 05-07-2012, indican expresamente que “a) La custodia compartida por parte de ambos progenitores es el régimen preferente y predeterminado por el legislador, en busca de ese interés del menor, en orden al pleno desarrollo de su personalidad, de modo que se aplicará esta forma de custodia siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin (Sentencia de 30 de septiembre de 2011); b) El sistema no es rígido, salvo en un mandato que dirige al Juez; el superior interés del menor (Sentencia de 13 de julio de 2011); c) Podrá establecerse un sistema de custodia individual, cuando éste resulte más conveniente para dicho interés, a cuyo efecto habrá de evaluar los parámetros establecidos en el Art.º. 80.2 del Código (Sentencias citadas y la de 15 de diciembre de 2011); d) La adopción de la custodia individual exigirá una atenta valoración de la prueba que así lo acredite —la conveniencia para el menor— frente al criterio preferente de la custodia compartida, al que el precepto legal otorga tal preferencia en interés de los hijos menores (Sentencia de 15 de diciembre de 2011). Para adoptar la decisión, en cada caso, será relevante la prueba practicada, especialmente los informes psicosociales —Art.º. 80.3 CDFA— obrantes en autos, y la opinión de los hijos menores, cuando tengan suficiente juicio —Art.º. 80.2 c) CDFA—. Por último, el Tribunal que acuerde apartarse del sistema preferentemente establecido por el legislador debe razonar suficientemente la decisión adoptada.—”.

Igualmente, tanto el Tribunal Supremo (SS 21-07-2011 y 07-04-2011) como el Tribunal Superior de Justicia de Aragón (SS. 30-09-2011 y 05-07-2012), han destacado la especial relevancia de los informes psicosociales, puesto que en ellos previa constatación de los hechos concurrentes y la necesaria exposición razonada del método y factores tenidos en cuenta, se analiza por expertos profesionales la conveniencia o no de la adopción de las medidas solicitadas. *En el caso de que figuren estos informe, el juez debe valorarlos para formarse su opinión sobre la conveniencia o no de que se adopte cualquier medida sobre guarda y custodia o cualquier otra siempre en beneficio del menor y que, conforme el art. 348 Lec., la prueba*

de peritos es de libre apreciación, queriendo ello decir que el órgano judicial valorará el dictamen de peritos según los principios de la sana crítica, apreciando la prueba de acuerdo a las normas de la lógica elemental y las reglas comunes de la experiencia humana.

**CUARTO.**—La prueba practicada en autos no acredita que la custodia individual materna sea más beneficiosa para la menor en detrimento del régimen preferente de la custodia compartida.

El informe psicológico indica que el Sr. C presenta unas habilidades parentales adecuadas si bien está haciendo un uso excesivo de los apoyos familiares y que la Sra. M presenta una gran ansiedad ante el estado general de su hija cuando está en compañía de su padre que se explica por el conocimiento que ella tiene del estilo de vida de su expareja cuando estaban juntos, si bien desconoce cuál es la forma de vida actual del padre de su hija y en qué grado puede afectar a la menor.

Se constata que la Sra. M presenta unas habilidades maternas adecuadas para el cuidado de su hija.

Igualmente aconseja que ambos progenitores ejerciten la guarda y custodia compartida en periodos semanales alternos a partir de inicio de la escolaridad infantil y hasta entonces, seguir con el sistema propuesto a continuación.

Se recomienda una guarda y custodia compartida semanal a partir del inicio de la escolaridad, con entregas y recogidas la tarde del domingo a las 19:00 horas y con un reparto equitativo de los periodos vacacionales. En las vacaciones de verano, es decir, en los meses de julio y agosto, reparto quincenal alterno.

Desde ahora y hasta el comienzo de la escolaridad de la menor, se recomienda que el sistema de visitas de fines de semana siga siendo el mismo y, en cambio, se modifiquen las visitas entre semana. Ampliar el número de tardes a tres, martes, miércoles y jueves, y reducir los tiempos de las visitas a dos horas, de 17:30 a 19:30 horas. En las vacaciones de Semana Santa, seguir con el mismo reparto actual; en las vacaciones de verano, ampliar los periodos de julio y agosto a diez días alternos; y en las vacaciones de Navidad, ampliar el periodo de estancia con el padre a una semana.

Igualmente, el informe social incide en que tanto el Sr. C como la sra. M cuentan con recursos suficientes y, aún con alguna dificultad, pueden compatibilizar su vida familiar y laboral ya que disponen de una sólida red de apoyo. Ambos cuentan con el apoyo de sus respectivas familias extensas para los cuidados relacionados con la menor.

En el área de salud ni el Sr. C ni la Sra. M sufren de enfermedad relevante ni tienen reconocida ninguna discapacidad. Existen acusaciones recíprocas de consumo de sustancias adictivas y no hay constancia de que ninguno de los dos se haya sometido a procesos de desintoxicación.

En el área de vivienda se detecta cierta inestabilidad en ambos progenitores ya que no dispo-

nen de domicilio propio, residiendo actualmente en los respectivos domicilios paternos.

Finalmente recomienda la guarda y custodia compartida de la menor T a partir de los 3 años de edad, coincidiendo con el inicio de su escolarización.

Hasta ese momento se propone mantener el régimen de visitas actual a favor del padre, ampliando un día intersemanal de 17:30 a 19:30h.

Por lo expuesto, no se constata la errónea valoración de la prueba pericial que se denuncia en el recurso.

En cuanto a la pretendida conflictividad y que con cita en la S del TS de 30 de octubre de 2014, pretende la recurrente servir de base para la fijación de la custodia individual, lo cierto es que no está acreditado que el grado o situación de conflictividad existente entre los progenitores, sea de tal relevancia que perjudique el interés del menor para descartar el régimen de custodia compartida. Por lo expuesto, procede confirmar la Sentencia desestimando el recurso planteado."

### **\*\*\* Sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Zaragoza de 21 de mayo de 2015. Divorcio de mutuo acuerdo. Hijos menores**

**"PRIMERO.** El artículo 85 del Código Civil previene que el matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio. A continuación, el artículo 86, dispone que "Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno sólo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81.". Dicho precepto, en su apartado 2.º. Establece que se decretará la separación "2.º A petición de uno sólo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio...". De acuerdo con ello, siendo ahora las causas de divorcio y los plazos para la presentación de tal demanda los mismos que los de la separación, mostrando las partes su conformidad con la solicitud de divorcio, siendo la fecha de celebración del matrimonio el día 5 de mayo de 2001 en Zaragoza, habiendo transcurrido, evidentemente, los tres meses desde su celebración, procede sin más declarar el divorcio solicitado.

**SEGUNDO.** El Artículo 77 del Decreto Legislativo 172011, de 22 de marzo del Gobierno de Aragón por el que se aprueba con el con el título de Código del Derecho Foral de Aragón, el Texto Refundido de las Leyes Civiles Aragonesas, establece: " 1. Los padres podrán otorgar un pacto de relaciones familiares como consecuencia de la ruptura de su convivencia, en el que fijarán los términos de sus nuevas relaciones familiares con los hijos.

2. El pacto de relaciones familiares deberá concretar, como mínimo, los acuerdos sobre los

siguientes extremos relacionados con la vida familiar:

a) El régimen de convivencia o de visitas con los hijos.

b) El régimen de relación de los hijos con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas.

c) El destino de la vivienda y el ajuar familiar.

d) La participación con la que cada progenitor contribuya a sufragar los gastos ordinarios de los hijos, incluidos en su caso los hijos mayores de edad o emancipados que no tengan recursos económicos propios, la forma de pago, los criterios de actualización y, en su caso, las garantías de pago. También se fijarán la previsión de gastos extraordinarios y la aportación de cada progenitor a los mismos.

e) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico matrimonial.

f) La asignación familiar compensatoria, en su caso, que podrá determinarse en forma de pensión, entrega de capital o bienes, así como la duración de la misma.

3. La modificación o extinción del pacto de relaciones familiares se podrán llevar a cabo en los siguientes supuestos:

a) Por mutuo acuerdo de los padres.

b) En virtud de las causas que consten en el propio pacto de relaciones familiares.

c) A petición de uno de los padres al sobrevenir circunstancias relevantes.

d) Por iniciativa del Ministerio Fiscal, en su función de protección de los derechos de los menores e incapacitados.

e) Por privación, suspensión y extinción de la autoridad familiar a uno de los padres sobrevenida al pacto de relaciones familiares.

f) Incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones del pacto.

4. El pacto de relaciones familiares y sus modificaciones producirán efectos cuando sean aprobados por el Juez, oído el Ministerio Fiscal, en garantía de los derechos y principios recogidos en el artículo anterior.

5. El Juez aprobará el pacto de relaciones familiares, salvo en aquellos aspectos que sean contrarios a normas imperativas o cuando no quede suficientemente preservado el interés de los hijos. Si el pacto de relaciones familiares no fuera aprobado en todo o en parte, se concederá a los progenitores un plazo para que propongan uno nuevo, limitado, en su caso, a los aspectos que no hayan sido aprobados por el Juez. Presentado el nuevo pacto, o transcurrido el plazo concedido sin haberlo hecho, el Juez resolverá lo procedente.

En el supuesto que nos ocupa, presentando la propuesta alcanzada todos los requisitos legales, ratificados ambos padres en el mismo y siendo favorable el informe del Ministerio Fiscal, ha de procederse a su aprobación en los términos expuestos en el Fallo de la presente resolución.

**TERCERO.** El artículo 95.1 del C.C., la sentencia firme recaída en un proceso de divorcio produce "ex lege", respecto de los bienes del

matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial.

Del mismo modo, el artículo 247 del Código de Derecho Foral de Aragón previene: "La disolución, si es de pleno derecho, se produce desde que concurre su causa y, en los casos que requieren decisión judicial, desde la fecha que en ella se fije o, en su defecto, desde la fecha de la resolución en que se acuerde." En el párrafo segundo, se prevé que en los casos de nulidad, separación o divorcio y en los casos de disolución por decisión judicial, pueda el Juez retrotraer los efectos de la disolución hasta el momento de la admisión a trámite de la demanda sin perjuicio de los derechos de terceros. "

**\*\*\* Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 27 de mayo de 2015. Custodia compartida. Interés superior del menor. Criterio preferente legal. Informe psicossocial**

**"PRIMERO.**— Por sentencia dictada el día 27 de junio de 2014 por el Juzgado de Primera Instancia número Seis de Zaragoza se acordó el divorcio de los litigantes Doña Lucía P. C. y Don Jorge V. G., que habían contraído matrimonio el día 30 de abril de 2010 y en el que había nacido una hija, C, el 2011.

En el fallo de tal sentencia, transcrito en el anterior Antecedente de Hecho número Tercero, se estableció la custodia compartida de la menor, por periodos de meses naturales, con fijación detallada de régimen de visitas y distribución de periodos vacacionales y de gastos derivados del cuidado de la niña.

La anterior sentencia fue apelada por la demandante en recurso que la Audiencia Provincial estimó, y acordó la custodia individual a cargo de la madre, así como distinta contribución económica a los gastos de la hija menor.

Contra la anterior sentencia se formula por el demandado y apelado el presente recurso de casación, en los términos que han sido expuestos en los anteriores antecedentes de hecho y que, en lo necesario, se concretarán más adelante.

**SEGUNDO.**— El primer motivo del recurso de casación se funda en la infracción, por inaplicación, de lo establecido en el artículo 75.2 del Código de Derecho Foral Aragonés (CDFA) y, en su desarrollo, expone la parte que, sin justificación probatoria, la sentencia impugnada establece un sistema de guarda y custodia a favor de la madre que crea desigualdad con respecto a la posición del recurrente, otorgando así un trato discriminatorio a favor de la madre.

Conforme a la previsión del contenido del recurso de casación recogida en el artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no corresponde entrar a conocer en esta vía impugnativa de cuestiones atinentes en exclusiva a la declaración de hechos considerados probados sobre los que la sentencia impugnada ha asentado sus conclusiones jurídicas, por lo que no cabe valorar en esta

sentencia las cuestiones probatorias a que se refiere el recurrente.

Respecto a la posible infracción del principio de igualdad sancionado en el artículo 75.2 del CDFA, no se observa en la sentencia recurrida indicio alguno de que pueda haberse dado lugar en la resolución impugnada a su infracción, ya que se limita a determinar qué tipo de custodia del menor entre las legalmente previstas debe ser establecida en este caso, sin trato diferenciado a favor de uno u otro progenitor por razón de su sexo.

Procede, por tanto, desestimar el primer motivo del recurso de casación.

**TERCERO.**— El segundo motivo del recurso de casación se fundamenta en la infracción, por inaplicación, del criterio preferente de custodia compartida que establece el artículo 80.2 del CDFA, al entender la parte recurrente que todos los factores previstos en tal norma muestran la conveniencia de la custodia compartida, y que no se ha acreditado en absoluto que el interés del menor exija que su custodia sea ejercida individualmente por la madre.

Como ya se indicó al tratar el motivo primero, ningún pronunciamiento sobre acreditación de hechos puede ser tratado ahora, por lo que esta sentencia debe partir de los hechos probados considerados en la sentencia recurrida y, en lo que en ella sean mantenidos, por aquéllos que fueron tenidos como probados en la sentencia dictada en su momento por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Zaragoza.

Así, la sentencia dictada por el Juzgado consideró como acreditado:

*(...) Ambos progenitores poseen aptitudes y capacidad personales suficientes para hacerse cargo por igual de la menor C, habiendo acreditado suficientemente el Sr. V. su interés por estar presente en la vida de la menor.*

*Debe resaltarse por tanto el convencimiento del Juzgador de que el padre reúne cualidades para atender a la hija y que profesa por la misma un especial afecto, extremos estos reconocidos por la actora si bien le reprocha ser permisivo y poco normativo, dependiente e inmaduro. Y en los mismos términos cabe pronunciarse respecto de la Sra. P., a falta de prueba que acredite que se desentienda de los cuidados de la menor.*

*Así, la única prueba de entidad encaminada a determinar el régimen de custodia más favorable para la menor C es la pericial practicada por la Sra. psicóloga del Gabinete adscrito a los Juzgados de Familia de esta Ciudad. En dicho informe la psicóloga, tras la evaluación de ambos progenitores y de la situación familiar concluye que ambos progenitores reúnen por igual cualidades y recursos personales para afrontar la crianza de la menor de forma satisfactoria, no evidenciándose en ninguno de ellos falta de capacidades para ejercer su rol parental. Añade que la menor presenta un estrecho vínculo con ambos progenitores y con las respectivas familias extensas. Considera la psicóloga que una modificación del actual sistema de relaciones por otro en el que la menor*

*conviva con ambos progenitores se ajustaría a las necesidades de la menor, proponiendo una alternancia mensual coincidiendo con el inicio del nuevo curso escolar, con visitas de fines de semana e intersemanales para el no custodio. En el acto de la vista la Sra. psicóloga ratificó las conclusiones de su informe.*

*En similares términos se pronuncia el informe de la Sra. trabajadora social quien hace además referencia al apoyo familiar con el que cuentan ambos progenitores, siendo los padres del Sr. V. trabajadores autónomos con un horario que les permite colaborar puntualmente con el padre en algunos momentos del día como, por ejemplo para recoger a la menor a la salida del centro escolar, pudiendo llevarla el padre por las mañanas por su flexibilidad de horario. Concluye el informe afirmando que ambos progenitores son idóneos para ostentar la guarda y custodia de la menor*

*En relación a los citados informes, debe recordarse que resultan de especial relevancia, y es por ello por lo que el legislador aragonés en el artículo 6.3 de la Ley 20/2010, de 26 de mayo, (hoy artículo 80.3 del Código de Derecho Foral) consciente de la importancia de tales dictámenes y que los mismos pueden constituir una herramienta de gran valor para los Tribunales a la hora de decidir la atribución de la custodia compartida o individual, estableció que “antes de adoptar su decisión, el Juez podrá, de oficio o a instancia de parte, recabar informes médicos, sociales o psicológicos de especialistas debidamente cualificados e independientes, relativos a la idoneidad del modo de ejercicio de la autoridad familiar y del régimen de custodia de las personas menores”. En esta línea Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 13 de julio de 2011 y Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2011, 8 de octubre de 2010, 28 de septiembre de 2009 y 21 de julio de 2011.*

*Frente a dicha prueba pericial, y las conclusiones contenidas en los informes de la psicóloga y de la trabajadora social, no se ha practicado prueba alguna que desvirtúe su contenido y conclusiones y que haga llegar a quien ahora juzga a la conclusión de que el régimen de custodia más favorable para C sería una custodia individual a favor de la madre frente a la compartida de carácter preferente según nuestra legislación foral. (...)*

La sentencia dictada por la Audiencia Provincial no modifica los hechos valorados por el Juzgado y, al lado de ellos, considera acreditado que el padre carece de independencia personal y no goza de un espacio físico habitable fijo que permita a su hija mantener una estabilidad o sensación de permanencia y pertenencia, que impone, por ello, a sus padres, trabajadores, una carga que no les corresponde. En cuanto a la madre, valora el hecho de que está en situación de desempleo, habiendo adaptado siempre su horario laboral a las necesidades de cuidado de la hija menor y el hecho negativo de que no se han evidenciado problemas con la madre en orden al

cuidado de la menor. Junto a ello, y ahora desde la perspectiva de la menor, resalta que la niña debe estar sometida a un tratamiento y rutinas higiénicas y dietéticas rigurosas por razón de estreñimiento con encopresis, y que los cuidadores deberán controlar para su restablecimiento, además de las que impone su corta edad.

**CUARTO.**— Partiendo de unos y otros hechos declarados probados en la instancia, la sentencia ahora recurrida pondera cuál es la finalidad de la custodia compartida, que define en la "finalidad de fomentar la corresponsabilidad parental de los menores y el vínculo de éstos con sus progenitores", cita el artículo 80 del CDFA, y establece custodia individual a cargo de la madre.

Como en otras ocasiones ha resuelto esta Sala (valgan como ejemplo las de 10 de enero de 2014 o 6 de abril de 2015): "(...) la ley aragonesa no permite que sea el órgano judicial el que, en el ámbito de su discrecionalidad, establezca uno u otro régimen sino un punto de partida previo, como sucede en otros cuerpos legales de vigencia en España, sino que, imperativamente, ordena como premisa primera y principal que, en interés del menor que es expresamente mencionado y valorado en la propia ley, se esté al régimen de custodia compartida, pues, conforme a la literalidad de la primera aseveración del artículo 80.2 del CDFA: "El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores (...)" (sentencia de 6 de abril de 2015).

Ante tal criterio de preferencia legal por la custodia compartida, la posibilidad de excluir su establecimiento y estar a la custodia individual no es de libre decisión para la autoridad judicial, sino que exige la adecuada ponderación de las distintas prevenciones contenidas en el propio apartado 2 del artículo 80, que no son *numerus clausus*, sino que permiten la valoración de cualquier circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia. Tal ponderación, por otro lado, es susceptible de ser revisada en el recurso de casación (así, sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2005, o sentencia de esta Sala de 10 de enero de 2014) dado que concretar el interés del menor es una valoración de una calificación jurídica, como concepto jurídico indeterminado que es.

Pues bien, la sentencia recurrida no excluye la posibilidad de fijación de la custodia compartida en el caso de autos porque haya valorado alguna de las cuestiones específicas prevenidas en el artículo 80.2 del CDFA, sino que tiene en cuenta dos circunstancias concretas para la exclusión de la custodia compartida: que el padre convive con sus padres, de lo que concluye una falta de independencia personal por su parte, y parece considerar una delegación de sus obligaciones a los abuelos; y que la madre se encuentra en desempleo y siempre ha adaptado su horario laboral a las necesidades del cuidado de su hija menor.

Frente a la falta de concurrencia de algún factor de los previstos en el artículo 82.3 del CDFA que pueden dar lugar al establecimiento de la

custodia individual, y a las conclusiones de los informes periciales psicológico y social favorables a la custodia compartida, las menciones en las que la sentencia basa el apartamiento de tal custodia no puede considerarse que tengan la especial relevancia exigible para excluir el principio legalmente impuesto de preferencia de la custodia compartida. El hecho de que el padre viva en casa de los abuelos o de que éstos colaboren en el cuidado de la nieta son circunstancias de las que no cabe derivar, por sí solas y a falta de mayor mención sobre su prueba, que la custodia compartida, en lo que sea ejercida por el padre, pueda perjudicar a la menor. Y lo mismo cabe concluir en lo referente a que la madre se encuentre en situación de desempleo, frente a tener el padre ocupación laboral, porque lejos de entender que sea preferible que los progenitores estén sin trabajo, parece que lo mejor es que uno y otro cuenten con la conveniente prestación laboral, y las ventajas económicas y personales que ello conlleva para los progenitores y, también, para la hija menor que deben cuidar.

**QUINTO.**— En conclusión, por tanto, considerando que las circunstancias valoradas por la sentencia recurrida no tienen relevancia suficiente para hacer aconsejable en este caso la custodia individual, procede estimar el recurso por lo alegado en el segundo motivo, y casar la resolución que así lo acordó, dejándola sin efecto.

Actuando esta Sala como tribunal de instancia por consecuencia de la estimación del recurso, no se observa motivo para modificar los acertados razonamientos de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, cuyos fundamentos normativos son ajustados al texto legal, por lo que no existe razón para modificarlos ni, por ello, para alterar el Fallo que es su consecuencia."

**\*\*\* Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Ejea de los Caballeros de 18 de mayo de 2015. Modificación de cuantía de pensión de alimentos. Ausencia de ingresos del alimentante**

**"Primero.**— Se considera acreditado que el 9 de enero de 2012 se dictó en este Juzgado sentencia que acordaba la disolución por causa de divorcio del matrimonio celebrado entre E y P, y aprobaba el pacto de relaciones familiares ratificado por los mismos. Así se desprende de la sentencia aportada como documento 1 de la demanda, aparte de haber conformidad a este respecto.

Dicho convenio preveía, entre otras cuestiones, que el padre abonaría mensualmente una pensión de alimentos a favor de sus hijas menores de 320 euros (160 euros por cada hija), atendiendo a las necesidades de las menores y a la capacidad económica del padre.

De los documentos 4 y 5 de la demanda se desprende que el demandante se encuentra inscrito como desempleado, de forma ininterrumpida, desde el 25 de abril de 2014, y que no

es beneficiario de subsidio o pensión por desempleo.

Asimismo, el libro de familia aportado como documento 6 de la demanda demuestra que en enero de 2014 el demandante tuvo un nuevo hijo con otra pareja.

**Segundo.**— El artículo 775.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil establece que *“el Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o incapacitados y, en todo caso, los cónyuges podrán solicitar del tribunal la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas”*. También prevé este cambio el artículo 77.3 del Código de Derecho Foral de Aragón.

La variación de las circunstancias es presupuesto para la modificación de medidas pero, aun dándose dicha variación, la modificación no es automática. El hecho de que hayan cambiado algunas de las circunstancias que se daban en el momento de acordarse unas medidas no significa, necesariamente, que las medidas tengan que modificarse. Es necesario, además, que las nuevas medidas propuestas sean procedentes, a la vista de las circunstancias de cada caso.

En el presente caso, son nuevas circunstancias la pérdida del empleo y de todo ingreso, por una parte, y el hecho de haber tenido un nuevo hijo.

**Tercero.**— En el caso que nos ocupa parece claro que las circunstancias tenidas en cuenta en el momento del divorcio han cambiado. Aunque no se ha probado cuánto cobraba el demandante en el momento de decretarse el divorcio, sí parece que trabajaba en la construcción, y ha quedado probado que desde hace un año tiene trabajo.

La capacidad económica del alimentante es uno de los elementos para la fijación de la pensión de alimentos, por lo que su variación sustancial puede dar lugar a que se modifique la pensión de alimentos.

También ha quedado acreditado que ha tenido un hijo con posterioridad. Si bien este hecho supone, necesariamente, el aumento de los gastos del padre, también es cierto que se trata de una carga posterior generada de forma voluntaria por parte del demandante, por lo que su relevancia debe ser matizada. Por una parte parece claro que el demandante tiene derecho a rehacer su vida con su nueva pareja, lo que incluye tener hijos, pero las obligaciones con su nuevo vástago y los derechos de éste no permiten desconocer las obligaciones para con los anteriores, y los derechos de aquéllos.

De la documentación aportada se desprende que, en este momento, el demandante no percibe ningún tipo de prestación (certificación de 12 de mayo de 2015). Sin embargo, cabe presumir que si el demandante estuvo trabajando hasta abril de 2014, con posterioridad habrá recibido prestación por desempleo durante un tiempo.

En relación con la madre, no hay prueba de su situación económica en la fecha del divorcio, ni en la fecha actual. Parece que no trabaja, y que

su situación económica no puede ser muy buena si ha obtenido el derecho a la asistencia jurídica gratuita. También parece claro de la documentación aportada y de la propia declaración del demandante que este último no le ha abonado la pensión de alimentos de varias mensualidades en los últimos dos años. Esto significa que no hay prueba acerca de la variación de su situación económica, salvo que ha empeorado en la medida en que se habrá tenido que seguir encargando de sus hijos, pero sin la pensión alimenticia que debía recibir (se trata de un empeoramiento fáctico ya que, teóricamente, será acreedora de las cantidades que no ha recibido, aunque en la práctica existan dificultades para hacerlas efectivas).

**Cuarto.**— De todo lo anterior se deriva que el demandante ha visto mermados sus ingresos.

Pero ello no puede suponer que deje de pagar una pensión a sus hijos menores, que siguen teniendo las mismas necesidades que tenían antes.

Resulta claro que si una familia ve disminuidos sus ingresos podrá destinar menos a satisfacer las necesidades de sus hijos. Pero, salvo supuestos de la más absoluta indigencia, un progenitor no puede desentenderse de la atención de las necesidades de sus hijos por el hecho de tener dificultades económicas.

El demandante no tiene trabajo ni ingresos en este momento, pero no se ha acreditado una situación de pobreza extrema o indigencia. Por decirlo de alguna forma, el demandante *“se busca la vida”*; come, se viste y tiene una vivienda; y él mismo reconoció haber realizado algún trabajo en el ámbito de la economía sumergida (aunque matizara diciendo que sólo fue uno y no lo cobró).

Por lo tanto, deberá abonar a sus hijos un mínimo vital de 75 euros por cada uno de ellos, y ello tan sólo mientras se mantenga su situación de desempleo y falta de percepción de ningún tipo de ingreso.

**\*\*\* Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 28 de mayo de 2015. Custodia compartida. Interés superior del menor. Principio de orden público. Favor filii. Traslado de ciudad por motivos laborales**

**“PRIMERO.**— En la demanda origen del presente recurso se instó la modificación de medidas acordadas en la sentencia de 24 de abril de 2013. Se pidió concretamente que, continuando con el régimen de custodia compartida establecido en aquella, el hijo común, nacido el 16 de septiembre de 2008, pasase la mitad del tiempo con cada progenitor y que se eliminase la pensión de 250 € a cargo del padre.

En el apartado que la sentencia de primera instancia dedica a los hechos probados se expresa que, en septiembre de 2013, aduciendo una situación económicamente insostenible, la madre del menor decidió trasladar su residencia y la del niño a Barcelona, por vivir allí su familia más cercana y por la circunstancia de haber sido

empleada en la peluquería de su hermana a media jornada prestando servicios los jueves de 9 a 13 y de 15 a 19 horas, los viernes de 9 a 13 horas y de 16 a 19 horas y los sábados de 9 a 14 horas. Continúa la sentencia refiriendo que, solicitada intervención judicial para remediar la privación de hecho de la guarda del menor por su padre, se acordó mediante auto una serie de medidas que resultan prácticamente confirmadas en la sentencia en los términos que han quedado recogidos en los antecedentes de la presente.

La sentencia de apelación, como también ha quedado expuesto, revoca la anterior para atribuir la custodia del niño a la madre. Y las razones que ofrece para adoptar tal decisión son las siguientes:

*...tal como ha expuesto el Magistrado-Juez a quo, cada progenitor puede establecer su residencia donde tenga por conveniente; ahora bien, no puede mostrarse conforme este Tribunal con que dicha libertad de residencia pueda tener consecuencias negativas respecto a la guarda de la descendencia si, como en este caso, dicho cambio de localidad no obedece a una mala fe por parte de la madre sino a una necesidad real de trabajar y estar en compañía de su familia. Por otra parte, entiende la Sala que por la escasa edad del menor, seis años, no puede hablarse de un fuerte arraigo del mismo en una localidad determinada (...). Pero para poder mantener dicho régimen (de custodia compartida) es preciso que las localidades de residencia de los padres lo permita, siendo un obstáculo insalvable la existencia de una gran distancia entre ambas (...). A pesar de tenerse que acordar en este caso la custodia individual a favor de uno solo de los progenitores por la razón expuesta, deberá establecerse respecto al no custodio un amplio régimen de comunicación (...). Así las cosas, atendiendo al informe pericial (...) con arreglo al cual "la madre ha sido la principal cuidadora del menor durante la convivencia, quedando objetivado, en los resultados psicométricos y en el testimonio de ambos, que puede cubrir las necesidades del menor en solitario de manera adecuada. El padre cubre, en la actualidad, las necesidades del menor con ayuda de apoyos, observándose en los resultados de las pruebas realizadas carencias en factores de independencia, capacidad para establecer vínculos afectivos o de apego y capacidad de resolución de duelo" estima la Sala la conveniencia de otorgar la guarda y custodia del menor a la madre (...).*

**SEGUNDO.**— En el motivo de casación que resultó admitido por la Sala se alega, con invocación del precepto del artículo 80.2 del CDFA, vulneración del principio del *favor filii*. Considera el recurrente que no es al interés del menor a lo que se ha atendido en la sentencia impugnada, sino al de la madre; que lo que aquel interés pide es que el niño continúe donde se ha criado y donde tiene a su padre, abuela y amigos, y no que se traslade a Barcelona, a un ambiente que no conoce y con un idioma que no habla, no habiéndose dado una sola razón por la que vaya a

estar mejor en Barcelona que en Teruel. Y viene a señalar que el derecho de la madre de residir en Barcelona no puede anteponerse al del niño.

La representación de la madre se opone al recurso alegando que ha quedado probado que la decisión de la madre de trasladarse de localidad responde a una necesidad real de trabajar y no a mala fe. No es admisible, -razona- la *falsa confrontación entre el derecho de residir y trabajar de la madre y el interés del menor. La cuestión a dilucidar era si el cambio de residencia era caprichoso e inmotivado (...)* Y a continuación, *resolver lo más adecuado para el interés del menor en dichas circunstancias*. No considerando posible la custodia compartida a causa de la distancia entre los domicilios de los progenitores, entiende correcta la solución adoptada, que desecha que a los seis años el niño haya establecido vínculos relevantes, y que tiene en cuenta que la madre ha sido la principal cuidadora y es capaz de asumir en solitario -frente a lo que sucede con el padre- el cuidado del menor.

El Ministerio Fiscal interesa la estimación del recurso de casación al considerar que el régimen de custodia individual instaurado vulnera el *favor filii* al reducir de manera sustancial la estancia y la guarda del menor con su padre, familia amplia de éste y el entorno habitual del niño, con la sola base de una circunstancia de hecho ejecutada de manera unilateral por la recurrida.

**TERCERO.**— Como hemos señalado en ocasiones anteriores, en la adopción de decisiones sobre la materia que nos ocupa, ha de tenerse en cuenta el interés superior del menor, que constituye el criterio preferente y rector en esta materia.

Así se desprende del art. 3.1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 44/25, de 20 noviembre 1989; del art. 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000; y del principio nº 15 de la Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo (DOCE núm. C.241 de 21 septiembre 1992), documentos internacionales todos ellos que deben considerarse asumidos por las normas constitucionales españolas sobre protección integral de la familia y de la infancia (art. 39.4 CE). En la normativa autonómica aragonesa recogen el principio, además del artículo 76.2 del CDFA, los 3.3.a) y c), 4, 13, 21, 46.i) de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón.

Ha señalado también nuestro Tribunal Constitucional que dicho principio constituye "un estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional" (STC 141/2000 de 29 de mayo) y un "criterio básico y preferente" en los procedimientos en materia de familia (ATC 127/1986 de 12 de febrero) que "debe inspirar la actuación jurisdiccional" (STC 217/2009 de 14 de diciembre) y que, en consecuencia, faculta al tribunal para resolver incluso "ex officio" sobre todo lo concerniente a los menores (STC 4/2001 de 15 de enero).

Así lo ha declarado también el Tribunal Supremo, para el que debe prevalecer “incluso por encima del de sus progenitores” (STS Sala 1ª de 9 de julio de 2003) y cuyas características de orden público lo convierten en un principio de necesaria observancia por jueces y tribunales (STS Sala 1ª de 28 de septiembre de 2009).

Y así, como no podría ser de otro modo, lo ha puesto de relieve en numerosas ocasiones esta misma Sala del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, entre otras, en SSTSA 8 y 10/2011, de 13 de julio y 30 de septiembre.

**CUARTO.**— Partiendo de lo anterior, debe recordarse que la función propia de los tribunales de casación consiste en pronunciarse sobre el ajuste a la ley de la resolución recurrida. Es constante la doctrina jurisprudencial que limita el ámbito del recurso de casación a su función nomofiláctica, de tal forma que considera ajeno al mismo el control de las decisiones adoptadas dentro de los márgenes de discrecionalidad que el legislador confiere a los tribunales para llevar a cabo el juicio de valor del que depende la decisión del caso concreto.

Corresponde al recurso de casación velar porque la resolución recurrida haya tenido como norte el interés del menor.

**QUINTO.**— Lo que acaba de señalarse es lo esencial y en lo que debe centrarse la resolución del problema que nos ocupa, y frente a ello resulta secundario establecer si el cambio de residencia de la madre era caprichoso e inmotivado o, por el contrario, era necesario como sostiene con vehemencia la recurrida. Ello no obstante, cabe recordar lo declarado por el TS en sentencias como la de 11 de diciembre de 2014:

*Dice la sentencia de esta Sala de 26 de octubre de 2012 lo siguiente: “Las acciones y responsabilidades que derivan de la patria potestad corresponden a ambos padres de tal forma que cualquiera de ellos, tanto el que tiene la guarda como el que no la conserva, puede actuar en relación a sus hijos una posición activa que no solo implica colaborar con el otro, sino participar en la toma de decisiones fundamentales al interés superior del menor. Una de ellas la que concierne a su traslado o desplazamiento en cuanto le aparta de su entorno habitual e incumple el derecho de relacionarse con el padre o madre no custodio.*

*Pues bien, la guarda y custodia de los menores deriva de la patria potestad y de la patria potestad, entre otras cosas, deriva la fijación del domicilio familiar, según dispone el artículo 70 del Código Civil, para dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 68 del Código Civil, respecto de la obligación de vivir juntos. La ruptura matrimonial deja sin efecto la convivencia y obliga a los progenitores a ponerse de acuerdo para el ejercicio de alguna de estas facultades que traen causa de la patria potestad, entre otra la de fijar el nuevo domicilio y, como consecuencia, el de los hijos que se integran dentro del grupo familiar afectado por la ruptura coincidente por lo general con el de quien ostenta la guarda y custodia. Es-  
tamos, sin duda, ante una de las decisiones más*

*importantes que pueden adoptarse en la vida del menor y de la propia familia, que deberá tener sustento en el acuerdo de los progenitores o en la decisión de uno de ellos consentida expresa o tácitamente por el otro, y solo en defecto de este acuerdo corresponde al juez resolver lo que proceda previa identificación de los bienes y derechos en conflicto a fin de poder calibrar de una forma ponderada la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada, sin condicionarla al propio conflicto que motiva la ruptura.*

*Es cierto que la Constitución Española, en su artículo 19, determina el derecho de los españoles a elegir libremente su residencia, y a salir de España en los términos que la ley establezca. Pero el problema no es este. El problema se suscita sobre la procedencia o improcedencia de pasar la menor a residir en otro lugar, lo que puede comportar un cambio radical tanto de su entorno social como parental, con problemas de adaptación. De afectar el cambio de residencia a los intereses de la menor, que deben de ser preferentemente tutelados, podría conllevar, un cambio de la guarda y custodia”.*

**SEXTO.**— El régimen de custodia compartida acordado en la sentencia de 24 de abril de 2013 recaída en el procedimiento de guarda y custodia seguido tras la ruptura de los ahora litigantes, se estableció al no existir ningún obstáculo para considerar que dicho régimen era el más conveniente al interés del menor. En tal caso, esto —la custodia compartida— es precisamente lo que la regla del artículo 80.2 contempla como sistema preferente.

La solución adoptada por el juez de primera instancia en el procedimiento del que dimana el presente recurso descansa sobre esa misma base, reforzada con el apoyo de un informe pericial al que se hace referencia en la fundamentación de la sentencia, y del que destaca que advera la idoneidad parental de ambos progenitores. Si bien, ante el hecho constatado de que la madre optó por trasladar su residencia y la de su hijo a Barcelona, donde trabaja de jueves a sábado (19 horas semanales) modifica el reparto del tiempo de estancia del niño con cada progenitor. Y lo hace de un modo que es compatible (aunque costoso para la madre) con la situación. Pero no acuerda la continuación del régimen de custodia compartida sin más, sino que defiere a la madre la decisión de llevarlo a cabo efectivamente o bien aceptar una custodia individual, a favor del padre, con un régimen de visitas para ella. Esta segunda alternativa, es decir, que el niño quede bajo la custodia del padre y no de la madre, se motiva en la sentencia. Y esa motivación es irreprochable, pues no hay duda de que, siendo probadamente idóneos ambos progenitores, lo más conveniente al interés del niño es no sacarle de su entorno, máxime cuando con ello no sólo se le restringe la relación con su padre y familia paterna sino que se introducen modificaciones en sus hábitos, escolarización, costumbres, incluso con un idioma diferente.

Pues bien, frente a la razonabilidad de esa decisión del Juez de primera instancia contrasta llamativamente lo acordado en la sentencia de apelación. En ella, la revocación de lo decidido se justifica con la endeble alusión, como con acierto pone de relieve el Fiscal, a una parte del informe pericial que no pasó inadvertida al Juez a quo, pero que desechó precisamente por la irrelevancia de su contenido. Pese a que se expresa en la sentencia de segunda instancia que la razón de acordar la custodia individual es la distancia entre las localidades de residencia de los progenitores —no se niega, pues, la aptitud de uno y otro— justifica la atribución de dicha custodia a la madre por el dato de haber sido la principal cuidadora del menor durante el régimen de convivencia; porque puede cubrir las necesidades del menor en solitario mientras que el padre las cubre con apoyos, y por algunas carencias observadas en los resultados del test psicométrico del padre. Esto revela que en realidad, lo que ha sucedido es que se ha dado prevalencia a la situación de hecho existente, de modo que lo que realmente sustenta la decisión adoptada es la aceptación de esa situación y no la efectiva atención al interés superior del menor.

Debe entenderse, en consecuencia, y de acuerdo con lo postulado por el Ministerio Fiscal, que la sentencia impugnada ha vulnerado el art. 80.2 en la atribución del régimen de custodia. En consecuencia, procede la estimación del recurso, anulando la sentencia impugnada."

**\*\*\* Sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Zaragoza de 9 de junio de 2015. Guarda y custodia. Régimen de visitas. Pensión de alimentos**

**"PRIMERO-** El artículo 85 del Código Civil previene que el matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio. A continuación, el artículo 86, dispone que *"Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno sólo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81."* Dicho precepto, en su apartado 2º. Establece que se decretará la separación *"2.º A petición de uno sólo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio..."*. De acuerdo con ello, siendo ahora las causas de divorcio y los plazos para la presentación de tal demanda los mismos que los de la separación, siendo la fecha de celebración del matrimonio el día 21 de octubre de 1991 en la ciudad de LARACHE (MARRUECOS) habiendo transcurrido, evidentemente, los tres meses desde su celebración, procede sin más declarar el divorcio solicitado.

**SEGUNDO-** Con relación a los efectos de la disolución conyugal con relación al hijo menor de edad, O, de nacionalidad española y con ve-

ciudad civil aragonesa como consta en su Certificación literal de nacimiento, debe acudirse al Código de Derecho Foral de Aragón.

El *Artículo 77 del Decreto Legislativo 172011, de 22 de marzo del Gobierno de Aragón por el que se aprueba con el con el título de Código del Derecho Foral de Aragón, el Texto Refundido de las Leyes Civiles Aragonesas*, establece: " 1. Los padres podrán otorgar un pacto de relaciones familiares como consecuencia de la ruptura de su convivencia, en el que fijarán los términos de sus nuevas relaciones familiares con los hijos.

2. El pacto de relaciones familiares deberá concretar, como mínimo, los acuerdos sobre los siguientes extremos relacionados con la vida familiar:

a) El régimen de convivencia o de visitas con los hijos.

b) El régimen de relación de los hijos con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas.

c) El destino de la vivienda y el ajuar familiar.

d) La participación con la que cada progenitor contribuya a sufragar los gastos ordinarios de los hijos, incluidos en su caso los hijos mayores de edad o emancipados que no tengan recursos económicos propios, la forma de pago, los criterios de actualización y, en su caso, las garantías de pago. También se fijarán la previsión de gastos extraordinarios y la aportación de cada progenitor a los mismos.

e) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico matrimonial.

f) La asignación familiar compensatoria, en su caso, que podrá determinarse en forma de pensión, entrega de capital o bienes, así como la duración de la misma.

3. La modificación o extinción del pacto de relaciones familiares se podrán llevar a cabo en los siguientes supuestos:

a) Por mutuo acuerdo de los padres.

b) En virtud de las causas que consten en el propio pacto de relaciones familiares.

c) A petición de uno de los padres al sobrevenir circunstancias relevantes.

d) Por iniciativa del Ministerio Fiscal, en su función de protección de los derechos de los menores e incapacitados.

e) Por privación, suspensión y extinción de la autoridad familiar a uno de los padres sobrevenida al pacto de relaciones familiares.

f) Incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones del pacto.

4. El pacto de relaciones familiares y sus modificaciones producirán efectos cuando sean aprobados por el Juez, oído el Ministerio Fiscal, en garantía de los derechos y principios recogidos en el artículo anterior.

5. El Juez aprobará el pacto de relaciones familiares, salvo en aquellos aspectos que sean contrarios a normas imperativas o cuando no quede suficientemente preservado el interés de los hijos. Si el pacto de relaciones familiares no fuera aprobado en todo o en parte, se concederá a los progenitores un plazo para que propongan

uno nuevo, limitado, en su caso, a los aspectos que no hayan sido aprobados por el Juez. Presentado el nuevo pacto, o transcurrido el plazo concedido sin haberlo hecho, el Juez resolverá lo procedente.

En el supuesto que nos ocupa, presentando la propuesta alcanzada todos los requisitos legales, ratificados ambos padres en el mismo y siendo favorable el informe del Ministerio Fiscal, ha de procederse a su aprobación en los términos expuestos en el Fallo de la presente resolución agregando, por imperativo de orden público, la cláusula de actualización anual de la pensión alimenticia fijada, sin necesidad de previo requerimiento y conforme al último IPC publicado a la fecha de la actualización.

**TERCERO-** El artículo 95.1 del C.C., la sentencia firme recaída en un proceso de divorcio produce "ex lege", respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial.

Del mismo modo, el artículo 247 del Código de Derecho Foral de Aragón previene: "La disolución, si es de pleno derecho, se produce desde que concurre su causa y, en los casos que requieren decisión judicial, desde la fecha que en ella se fije o, en su defecto, desde la fecha de la resolución en que se acuerde." En el párrafo segundo, se prevé que en los casos de nulidad, separación o divorcio y en los casos de disolución por decisión judicial, pueda el Juez retrotraer los efectos de la disolución hasta el momento de la admisión a trámite de la demanda sin perjuicio de los derechos de terceros."

**\*\*\* Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 16 de junio de 2015. Custodia compartida. Alteración sustancial de circunstancias. Fin de periodo de lactancia. Perjuicios de la custodia individual. Interés del menor**

"I.— Frente a la sentencia de instancia, que modificando las medidas definitivas de divorcio, convenidas por los cónyuges y aprobadas por sentencia del Juzgado de Primera Instancia Nº 2 de Alcañiz, sustituye la custodia individual de la madre sobre los hijos menores, por la custodia compartida, se alza la representación de la esposa demandada, que fundamenta su impugnación, esencialmente, en un triple argumento: de una parte que no ha existido el alteración de las circunstancias que justifique la modificación de las medidas; en segundo lugar que la custodia compartida no es más beneficiosa para los menores que la custodia individual de la madre; y finalmente que no existe plan de relaciones familiares. Sin embargo este planteamiento no puede ser compartido por el Tribunal. Dispone el Art. 77 del Código de Derecho Foral de Aragón, que el pacto de relaciones familiares podrá modificarse o extinguirse, a petición de uno de los cónyuges, al sobrevenir circunstancias relevantes. De igual modo el artículo 79.5 del mismo Texto prevé que el pacto de relaciones familiares que las medidas

aprobadas judicialmente puedan igualmente ser modificadas cuando concurren causas o circunstancias relevantes. Y añade que, cuando se haya acordado la custodia individual en atención a la edad del hijo o hija menor, se revisará el régimen de custodia en el plazo fijado en la propia Sentencia, a fin de plantear la conveniencia de un régimen de custodia compartida. Pues bien, la sentencia recurrida fundamenta la modificación en la existencia de dos circunstancias: de una parte el fin de la lactancia del hijo menor, I, lo que determina que ya no precise unos cuidados maternos tan intensos, como cuando se adoptó el pacto. De otra parte el fracaso del régimen de custodia individual, que ha derivado en la aplicación de un régimen de visitas y comunicaciones muy restrictivo para el padre, y que ha devenido perjudicial para el desarrollo y evolución de los hijos, especialmente de la hija mayor Sonia, tal y como ha puesto de relieve el informe pericial psicológico practicado respecto de la misma. Pues bien no cabe duda que dichas circunstancias resultan "relevantes" para poder abordar una modificación de las medidas previamente acordadas, máxime cuando es la propia Ley la que contempla dicha circunstancia como suficiente para el cambio, en el primer caso, y en el segundo cuando la misma ha devenido en una situación perjudicial para intereses de los hijos menores sujetos a custodia.

II.— En segundo término, cuestiona la parte recurrente la bondad del régimen de custodia compartida para intereses de los hijos menores sujetos a la autoridad familiar. Pues bien el punto de partida para la resolución del recurso debe ser el Art. 80 del Código de Derecho Foral de Aragón, que establece como criterio preferente para la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores la custodia compartida, que el Juez adoptará en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, atendiendo, además, a los siguientes factores: la edad de los hijos, su arraigo social y familiar, su opinión, la aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos, las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres y cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia. La Jurisprudencia de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sentencias de 1 de Febrero y 18 de Abril de 2012 entre muchas otras) señalan que la custodia compartida por parte de ambos progenitores es el criterio preferente y predeterminado por el legislador, en busca del interés del menor, en orden al desarrollo de la personalidad, de modo que se aplicará esta forma de custodia, siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin, limitándose la custodia individual aquellos casos en que los progenitores no están capacitados para ella, o a que la custodia individual resulta mas 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. Pues bien en el

caso enjuiciado, no sólo es que los progenitores estén ambos capacitados para asumir la custodia compartida, y que la misma se plantee como beneficiosa para el interés de los hijos menores, como así lo ha dictaminado el informe emitido por el Instituto de Medicina Legal de Aragón; si no es que además el régimen de custodia individual, ya experimentado, no sólo ha derivado en un fracaso que ha determinado una restricción de las relaciones de los progenitores, especialmente el padre con sus hijos menores, sino que además dicho sistema se presenta como perjudicial para el desarrollo integral y evolución de la hija mayor del matrimonio, S, por lo que en tales circunstancias no cabe duda que la custodia compartida aparece como más beneficiosa para el interés de los hijos menores.

**III.**— En último término alega la parte recurrente la inexistencia de un plan de relaciones familiares. Sin embargo tal afirmación resulta falaz teniendo en cuenta que el esposo en su demanda, al solicitar la custodia compartida, propuso un plan de relaciones familiares, que ha sido parcialmente acogido en la sentencia recurrida, modificándolo en su función de las observaciones efectuadas en el informe emitido por el Instituto de Medicina Legal."

**\*\*\* Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Ejea de los Caballeros de 23 de junio de 2015. Privación de la autoridad familiar. Incumplimiento de deberes. Interés del menor. Modificación régimen de visitas**

**"Primero.**— Se considera acreditado que el 28 de mayo de 2009 se dictó en este Juzgado sentencia en la que se decretaba el divorcio entre S y J, y establecía las correspondientes medidas. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 16 de marzo de 2010 confirmó la anterior resolución. Así se desprende de los documentos 1 y 2 aportados con la demanda, aparte de no ser hechos discutidos.

Los litigantes tienen una hija menor,, nacida el 2006.

Las mencionadas resoluciones atribuían la custodia de la menor a la madre, y establecían un régimen de visitas a favor del padre, de fines de semana alternos y mitad de vacaciones.

En varias ocasiones, la demandante o su familia acudieron con la menor a las dependencias de la Policía Local de Ejea de los Caballeros para su entrega al padre en cumplimiento del régimen de visitas, sin que acudiera al padre. También la madre fue condenada por incumplimiento del régimen de visitas en sentencia del Juzgado nº 2 de esta localidad de 14 de abril de 2010 (documento único de la contestación).

Desde el mes de noviembre de 2010, el padre no acudió a buscar a su hija en ninguna ocasión, ni envió a nadie a recogerla, pese a que la demandante o algún familiar llevaban a la menor para su entrega los viernes correspondientes. Así lo acreditan las comparecencias efectuadas en

la comisaría de la Policía Local aportadas como documentos 6 a 52, y las aportadas en escrito presentado el 14 de marzo de 2014. El propio padre reconoció que desde octubre de 2010 no ve a su hija.

El demandado fue condenado en Sentencia de 9 de noviembre de 2010 del Juzgado de lo Penal nº 3 de Zaragoza, como autor de un delito de violencia psíquica habitual y de otro de amenazas en el ámbito familiar, contra la demandante. La condena fue ratificada por Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 14 de enero de 2011, salvo en lo relativo a la responsabilidad civil.

El 28 de octubre de 2013, el Juzgado de lo Penal nº 2 de Zaragoza condenó al demandado, como autor de un delito de abandono de familia (impago de pensiones), por dejar de abonar la pensión de alimentos de su hija desde febrero de 2011 (así se acredita con la sentencia aportada en el escrito presentado el 14 de marzo de 2014).

**Segundo.**— El artículo 775.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil establece que *"el Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o incapacitados y, en todo caso, los cónyuges podrán solicitar del tribunal la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas"*. También prevé este cambio el artículo 77.3 del Código de Derecho Foral de Aragón.

La demandante pide que se prive temporalmente al demandado de la autoridad familiar sobre la hija menor y se atribuya en exclusiva a la demandante; se modifique el régimen de visitas y se establezca otro más adecuado, sin necesidad de entregas y recogidas en el punto de encuentro sito en las dependencias de la Policía Local de Ejea de los Caballeros. Considera que el padre se ha desentendido de la menor, y que resulta penoso para esta última acudir de forma periódica a las dependencias de la Policía para que su padre no vaya a recogerla.

El demandado se opone a la privación temporal de la autoridad familiar y a la suspensión del régimen de visitas, aunque está de acuerdo con su modificación, haciendo una propuesta alternativa. Alega que el incumplimiento ha respondido a razones económicas, el resultado de los procesos penales y a la conducta de la demandante y su familia que han tratado de dificultar el cumplimiento del régimen de visitas y una relación normal con su hija.

El Ministerio Fiscal propone un régimen de visitas progresivo.

**Tercero.**— La parte actora solicita la privación temporal de la autoridad familiar sobre la hija menor al demandado.

Los artículos 90 y 91 del Código de Derecho Foral prevén la privación y la suspensión de la autoridad familiar. Entiendo que no nos encontramos ante un supuesto de suspensión, ya que no se da ninguno de los casos enumerados en el artículo

91 (ni hay tutela de entidad pública, ni declaración de ausencia o fallecimiento ni incapacitación de ninguno de los titulares, ni imposibilidad de ejercerla).

Por lo tanto, habrá que determinar si hay causa de privación (artículo 90). Este precepto no prevé expresamente la privación temporal, pero establece en todo caso la posibilidad de recuperar la autoridad familiar si cesa la causa que motivó la privación.

El artículo 90 establece que *"en interés del hijo, cualquiera de los padres podrá ser privado total o parcialmente de la autoridad familiar por sentencia firme fundada en el incumplimiento grave y reiterado de los deberes inherentes a la misma"*.

En el caso que nos ocupa, entiendo que se ha acreditado un incumplimiento reiterado de los deberes del padre. Por una parte, existe una condena por impago de las pensiones de su hija menor. La demandante aportó sentencia de 28 de octubre de 2013 del Juzgado de lo Penal nº 2 de Zaragoza, que considera probado que el demandado *"a partir de febrero de 2011 hizo caso omiso de la obligación impuesta por la sentencia de Ejea mencionada (refiriéndose a la obligación de pagar la pensión de alimentos); y voluntariamente no ha abonado ninguna cantidad desde entonces pese a poder hacerlo de manera que el total adeudado desde febrero de 2011 hasta la fecha asciende a 9.000 €"*.

Debe destacarse que no hay un incumplimiento parcial durante este período, sino un incumplimiento total. La sentencia dice que no ha abonado ninguna cantidad. No es que haya pagado menos, o haya dejado de pagar alguna mensualidad. Así lo explica la sentencia citada en su fundamento segundo, de donde parece desprenderse que el demandado relacionaba el impago con los problemas que se le ponían para cumplir con el régimen de visitas.

Por otra parte, ha resultado también probado el incumplimiento permanente del régimen de visitas establecido desde noviembre de 2011. También aquí nos encontramos ante un incumplimiento total. La mala situación económica del demandado, y el desplazamiento del domicilio del demandado a Castro Urdiales (Cantabria), podría explicar que el régimen que se estableció teniendo en cuenta otras circunstancias no se haya cumplido plenamente. Pero, como se ha indicado, el incumplimiento ha sido total, sin que conste ningún intento del padre para modificar el régimen, o para haber mantenido algún tipo de contacto con la menor. Y sin que en la vista el demandado diera explicaciones satisfactorias ya que, a preguntas del que suscribe de cuál era el problema para ir a recoger a su hija, el padre sólo dio respuestas inconsistentes y excusas vagas.

Las decenas de comparecencias efectuadas por la madre o sus familiares los viernes y los días de inicio de las vacaciones acreditan que se ponía a la menor a disposición del padre para que éste se llevara a su hija.

Teniendo en cuenta que las principales obligaciones del padre, al quedar la custodia para la

madre, eran pagar la pensión de la menor y estar con ella durante las visitas y vacaciones, entiendo que sí existe un incumplimiento grave y reiterado de sus obligaciones por parte del padre.

**Cuarto.**— La privación de la autoridad familiar ha de acordarse en interés del hijo (artículo 90).

En el caso que nos ocupa, entiendo que no procede esta privación.

Por una parte, la privación de la autoridad familiar no suprime las obligaciones de los padres establecidas en los artículos 58 y 59 (artículo 92.1 del Código).

Estos preceptos establecen las obligaciones de asistencia, prestación de alimentos o visitas y relación.

El informe psicosocial obrante en las actuaciones indica que *"para la resolución del conflicto emocional de la niña y su buen desarrollo psicoafectivo estimo conveniente que retome la relación con su padre y, por extensión, con la familia paterna"*, parece que el interés de la menor supone que, para garantizar este contacto con el padre y la familia paterna, se establezca algún tipo de régimen de visitas que propicie este contacto.

Si se va a establecer algún tipo de régimen de visitas a favor del padre que, además, va a mantener las obligaciones de los artículos 58 y 59, teniendo en cuenta el contenido de la autoridad familiar (artículo 65 del Código), entiendo que no tiene mucho sentido privar al padre de la autoridad familiar.

En la demanda tampoco se ha puesto de manifiesto ninguna conducta del padre que haya podido entorpecer a la madre el ejercicio de la autoridad familiar.

Por ello, aún dándose el incumplimiento del padre, no se observa cuál es el beneficio para la menor de privarlo de la autoridad familiar, y por ello no se accede a esta pretensión.

**Quinto.**— Se pide también que se deje sin efecto el anterior régimen de visitas, estableciéndose otro más adecuado, y sin necesidad de entrega y recogida en las dependencias de la Policía Local de Ejea de los Caballeros.

Como se ha expuesto, el dictamen psicosocial indica la conveniencia de que la menor retome el contacto con el padre y la familia paterna. Dicho dictamen, en coherencia con el tiempo transcurrido sin contacto entre el padre y la menor, propone un régimen progresivo, que pueda ir incrementándose si se da una valoración positiva de los técnicos.

Asimismo, debe valorarse la distancia existente entre el domicilio del padre y el domicilio de la menor, y la capacidad económica de aquel.

La psicóloga propone que, al menos inicialmente, estos contactos se hagan en un punto de encuentro familiar. Así entiendo que debe ser, pues nos encontramos en uno de los supuestos para los que se prevé este tipo de centros (artículo 5.3c) del Decreto 35/2013, del Gobierno de Aragón).

A la vista de todo lo expuesto, se establece un régimen de visitas progresivo en el que se distingan tres fases:

— Primera fase: visitas supervisadas el segundo sábado de cada mes, en el Punto de Encuentro Familiar de Zaragoza, de 12:00 a 14:00 horas.

— Segunda fase: visita ordinaria, el segundo sábado de cada mes, de 12:00 a 20:00 horas, debiendo recoger y reintegrar a la menor en su domicilio, pudiendo hacerse las entregas y recogidas a través de personas de confianza del padre y de la madre.

— Tercera fase: dos de cada tres puentes lectivos. La recogida de la menor será el último día lectivo a las 17:00 horas, y el reintegro el día anterior a la reanudación de las clases, a las 20:00 horas, en ambos casos en el domicilio de la menor.

Asimismo, la mitad de las vacaciones de verano y de Navidad. Las vacaciones de verano se dividirán en dos grupos de períodos:

El grupo de períodos uno incluirá:

Desde el día siguiente al último día lectivo a las 12:00 horas hasta el 30 de junio a las 12:00 horas.

Desde el 15 de julio a las 12:00 horas hasta el 31 de julio a las 12:00 horas.

Desde el 15 de agosto a las 12:00 horas hasta el 31 de agosto a las 12:00 horas.

El grupo de períodos dos incluirá:

Desde el 30 de junio a las 12:00 horas hasta el 15 de julio a las 12:00 horas.

Desde el 31 de julio a las 12:00 horas hasta el 15 de agosto a las 12:00 horas.

Desde el 31 de agosto a las 12:00 horas hasta el día anterior a la reanudación de las clases a las 12:00 horas.

Corresponderá al padre estar en compañía de la menor el grupo de períodos uno en los años impares, y el grupo de períodos dos en los años pares.

La Navidad se dividirá en dos períodos. El primero desde el día siguiente a la finalización de las clases a las 12:00 horas hasta el 30 de diciembre a las 12:00 horas. Y el segundo desde el 30 de diciembre a las 12:00 horas hasta el día anterior a la reanudación de las clases a las 12:00 horas. Corresponderá al padre el primer período los años pares y el segundo período los años impares.

Las entregas y recogidas se harán en el domicilio de la menor, pudiendo el padre y la madre servirse de personas de su confianza.

El paso de la primera a la segunda fase se hará en el momento en que los informes de intervención sean favorables para ello, debiendo emitirse trimestralmente, en los términos establecidos en el artículo 17 del Decreto 35/2013 del Gobierno de Aragón.

El paso de la segunda a la tercera fase se hará transcurrido un año desde el inicio de la segunda fase.

En sus conclusiones, la defensa de la madre alega que el demandado se encuentra en prisión,

y aporta documentación relativa al ingreso del demandado en centro penitenciario a partir del mes de junio de 2015. Ello impide el inicio del régimen que se ha descrito, por lo que el comienzo del mismo tendrá lugar una vez que el padre sea excarcelado."

### **\*\*\* Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 30 de junio de 2015. Custodia compartida. Preferencia legal. Valoración de la opinión del menor. Objeción de un progenitor**

**"PRIMERO.**— D. Francisco recurre la sentencia dictada por la Audiencia por infracción procesal y por casación, que, en contra del criterio sustentado por la de divorcio de primera instancia, atribuye a D<sup>ña</sup>. María del Mar la custodia del hijo del matrimonio que contrajeron el día 7 de diciembre de 2002, A, nacido el 2007.

El único motivo de infracción procesal, con base en el art. 469.1.4<sup>º</sup> LEC, afirma vulneración del art. 24 CE, al haber incurrido la Sala en una valoración arbitraria, irracional y manifiestamente errónea de la prueba pericial practicada en autos.

La casación se asienta en tres motivos. En el primero se denuncia infracción por aplicación indebida del art 80.2 CDFA, en cuanto desconoce la preferencia legal por la custodia compartida; en el segundo, la infracción por aplicación indebida del art. 80.2.c), por la valoración de la opinión del menor manifestada en la exploración del mismo al decidir la custodia individual; y, finalmente, en el tercer y último motivo se denuncia la infracción por aplicación indebida del art. 80.5 CDFA, en cuanto impide que la mera objeción de uno de los progenitores a la custodia compartida sea suficiente para denegarla.

**SEGUNDO.**— Recurso por infracción procesal. Error en la valoración de la prueba.

Es doctrina jurisprudencial que recuerda la STS 649/2014 | Recurso: 2691/2012:

*"Es preciso recordar de nuevo que la valoración de la prueba, como función soberana y exclusiva de los juzgadores que conocen en las instancias, no es revisable en el recurso extraordinario por infracción procesal, salvo cuando se conculque el artículo 24 .1 de la Constitución por incurrirse en error de hecho palmario, irracionalidad o arbitrariedad.*

*El error en la valoración de la prueba que puede ser denunciado a través de este recurso extraordinario debe ser patente, es decir, «inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, por haberse llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y de la experiencia» (sentencia de esta Sala de de 16 abril 2014, recurso 2340/2011) de modo que «concorre 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» (sentencia de esta Sala núm. 75/2014, de 4 de marzo).

No es claro si lo que sirve de fundamento a su recurso es que la Sala haya ignorado el informe pericial realizado por los peritos judiciales —trabajadora social y psicóloga adscritos al Juzgado de Familia—, o si lo que afirma es que la Sala ha incurrido en un craso error en la valoración de la prueba. El hecho de que incluya esta cuestión en el motivo de infracción procesal al amparo del art. 24 CE hace que nos inclinemos por la segunda de las opciones, esto es, que lo que sostiene es que la Sala ha incurrido en un craso error en la valoración de esta prueba, que puede dar lugar al motivo que se hace valer de acuerdo con la doctrina jurisprudencial que ha quedado enunciada.

Pues bien, la Sala razona en su fundamento de derecho segundo:

*“Es cierto que el Juzgador de instancia funda su decisión en el informe pericial, practicado (folio 145 y siguientes de las actuaciones), sin embargo, el mismo adolece de contradicciones relevantes. . .*

*Así, señala que tiene dificultades el Sr. Z. para defender su criterio y enfrentarse a otros, mostrando una actitud pasiva y dubitativa sobre decisiones a adoptar respecto de su hijo, basando su relación con el menor en aspectos afectivos, sin involucrarse efectivamente en las responsabilidades concernientes al menor, y, tras constatar esto, atribuye a la Sra. P. tendencia a ejercer control sobre el hijo y a asumir la responsabilidad en la toma de decisiones, lo que podría dar lugar a una dependencia del menor respecto de ella.*

*Si el padre ha adoptado una actitud de dejadez y pasividad en sus cometidos familiares, está claro que es necesario que otro de los integrantes del núcleo familiar asuma las responsabilidades, en especial, las referentes al cuidado y desarrollo del hijo menor, sin que pueda tacharse de forma negativa dicha disposición, cuando se pone, además, de relieve la falta de implicación del padre en las parcelas fundamentales del hijo.*

*La psicóloga recoge la negación del padre sobre el consumo de tóxicos, que, sin embargo, mantiene la madre, señalando no detectar sintomatología, que respecto al cannabis sólo podría referirse al momento exclusivo de la entrevista”.*

La Sala, como se ve, no ha ignorado el informe. Por el contrario, lo ha analizado de forma expresa en el razonamiento que la conduce a la revocación de la sentencia y a cambiar el sistema de guarda de custodia compartida que había sido decidido por el juzgador de primera instancia, por el de guarda individual a favor de su madre, y la cuestión es si las premisas fácticas de las que parte para tal conclusión han sido extraídas de dicho informe con una valoración viciada por un manifiesto y palmario error.

Pues bien, el examen de la mencionada prueba no evidencia tal error. Si se profundiza en el razonamiento de la Sala, los datos fácticos que extrae del informe son:

-que el Sr Z. tiene dificultades para defender su criterio y enfrentarse a otros, mostrando una actitud pasiva y dubitativa sobre decisiones a adoptar respecto de su hijo

-que no se involucra efectivamente en las responsabilidades concernientes al menor

- que esta actitud es la que provoca la actitud dominante de la madre

Y ciertamente tales elementos resultan de la prueba de mención, en la que puede leerse:

*“Del proceso de valoración se extraen dificultades para defender su propio criterio y escasa capacidad de enfrentarse a otros por temor a perder su afecto o al propio enfrentamiento.”*

*“Expresa dudas sobre las decisiones puede tomar acerca de su hijo. Observando en este sentido una actitud pasiva del progenitor respecto a estas decisiones.”*

*“El padre ha tenido una actitud pasiva, basando su relación con el menor más en aspectos afectivos que en involucrarse efectivamente en las decisiones sobre este, aceptando las condiciones establecidas por la madre.*

*En la actualidad, trata de cambiar esta situación solicitando más tiempo con su hijo que le permita implicarse de manera más efectiva.”*

Es cierto que en el informe se contienen también otras apreciaciones, como la equiparación de situación convivencial de los dos progenitores, ambos con sus respectivos padres, y con adecuado apoyo familiar, que no existe en ninguno de los progenitores limitaciones para afrontar el cuidado del menor, lo que hace que puedan cubrir las necesidades afectivas y de desarrollo del mismo, y que ambos disponen de apoyos para conciliar la vida familiar y laboral, pero tales apreciaciones no han sido omitidas en la valoración hecha por la Sala, sino que las incorpora a su razonamiento para concluir que en el conjunto del informe resultan contradicciones, relevantes, como es de ver en el pasaje mas arriba transcrito.

Las razones expuestas por la sentencia recurrida al concluir de la prueba pericial como lo hizo distan mucho de ser absurdas o contrarias a los principios elementales de la lógica y de la experiencia, condición que es precisa para que pueda ser estimada la infracción procesal por vulneración del art. 24 CE en el juicio de hecho.

Por el contrario, ha hecho uso de las atribuciones de plenitud sobre tal juicio que le corresponden como órgano de segunda instancia, y así lo hace ver la sentencia del TS más arriba citada, en la que reitera y hace manifiesto su desacuerdo con el criterio restrictivo con el que algunas Audiencias Provinciales acometen la revisión de la valoración de la prueba llevada a cabo por el juez a quo cuando la apelación se funda precisamente en el error cometido por dicho juzgador en los siguientes términos:

*“En él [juicio de segunda instancia] la comprobación que el órgano superior hace para verificar el acierto o desacierto de lo decidido en primera instancia es una comprobación del resultado alcanzado, en la que no están limitados los poderes del órgano revisor en relación con los del juez*

*“a quo”. Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional (STC 212/2000, de 18 de septiembre), y así lo ha declarado esta Sala, a la que cualquier pretensión de limitar los poderes del tribunal de apelación le ha merecido « una severa crítica » (sentencias de esta Sala de 15 de octubre de 1991, y núm. 808/2009, de 21 de diciembre).”*

Por todo ello, la impugnación por la infracción procesal que se atribuye a la sentencia recurrida ha de ser rechazado.

**TERCERO.**— Motivos de casación.

Los tres motivos, atribuyen a la sentencia de la Audiencia infracción por aplicación errónea de distintos apartados del art. 80 del CDFa, y todos se hallan dirigidos a combatir la decisión de atribuir la custodia individual del menor a la madre en contra de los criterios dispuestos en dicho precepto.

Comenzando por el segundo y tercer motivo.

El segundo afirma vulneración del art. 80.2.c) CDFa, que exige atender para determinar si el de custodia compartida es el sistema de custodia que reclama el interés de los hijos, entre otros factores a:

*c) La opinión de los hijos siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años.*

Tampoco se advierte aquí con claridad si el motivo del recurso se asienta en que la exploración del menor no fue una prueba adecuada, o en que su consideración como criterio para decidir la custodia individual de la madre es contraria a la doctrina de esta Sala contenida en sus STSJA dictadas en los RRCC 14/2013 y 37/2013, en la que se advierte que la opinión del menor no debe ser tenida como un criterio decisivo, sino que ha de ser valorada en atención a los demás elementos a que el art. 80 CDFa ordena atender.

Pues bien, cualquiera que sea su fundamento el motivo ha de ser rechazado.

Si lo que se sostiene es lo primero, por cuanto que la prueba de exploración acordada por la Sala por auto de 19 de noviembre de 2014 no ha sido objeto de impugnación, en contra de lo que exige el art. 469.2 LEC, es requerida entre otros preceptos generales, por los arts. 76.4 y precisamente por el que se dice infringido, y no ha sido evidenciado que el menor careciera de madurez bastante para que la prueba pudiera ser tachada de inútil o impertinente, madurez que a los efectos perseguidos debe ser reconocida a un menor de 7 años cumplidos, como el de autos, al que el mismo recurrente le reconoce suficiente autonomía para distribuir los períodos de convivencia a los efectos de reclamar el sistema de custodia compartida.

Y si lo que se sostiene es lo segundo, porque no es cierto que la Sala haya tenido por decisiva la opinión del menor, pues nada de lo argüido en la sentencia permite concluir que ello haya sido así. Por el contrario, la opinión del menor, favorable a la decisión tomada, es tenida en cuenta en unión de los demás elementos probatorios, en particular el dictamen pericial por cuyo examen

principia el fundamento de derecho segundo de la sentencia de la Audiencia.

**CUARTO.**— En lo que toca al tercero de los motivos de casación.

Se afirma en él vulneración por aplicación indebida del art. 80.5 CDFa. Conforme a dicha norma:

*“La objeción a la custodia compartida de uno de los progenitores que trate de obtener la custodia individual, no será base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el mejor interés del menor.”*

En el desarrollo del motivo se dice que ha quedado acreditado que la madre se opuso en todo momento a la custodia compartida y a la existencia de comunicaciones regulares entre progenitor e hijo, pero aún cuando ello fuera cierto, la sentencia no hace referencia alguna en su motivación a que esta oposición hubiera sido uno de los elementos que contribuyó a formar el criterio de la Sala, por lo que difícilmente puede haberse producido la infracción que se denuncia.

**QUINTO.**— Finalmente, y por lo que se refiere al primero de los motivos de casación.

Aduce vulneración por aplicación indebida del art. 80.2 CDFa, y su desarrollo afirma que la Sala ha infringido el criterio establecido en dicho precepto al determinar el sistema de custodia del menor.

De acuerdo con el precepto que se dice vulnerado:

*2. El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a los siguientes factores:*

- a) La edad de los hijos.*
- b) El arraigo social y familiar de los hijos.*
- c) La opinión de los hijos siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años.*
- d) La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos.*
- e) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres.*
- f) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.*

El recurrente hace expresa mención a todos y cada uno de los factores enumerados en el precepto y concluye infracción de todos ellos, a excepción del recogido en la letra c).

No obstante, para ello, hace caso omiso de las declaraciones de hecho que se contienen en la sentencia de apelación e incluso del contenido de la pericial, como ocurre con la implicación activa del padre en la crianza y educación del menor que afirma en el recurso, sin base alguna en los hechos de la sentencia ni en la pericial de la que la extrae, pues en dicha prueba tal afirmación se atribuye al padre en cuya boca se pone (pag. 4).

Pues bien, como señala la STS 251/2015, de 8 de mayo, el recurso de casación en la deter-

minación 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 el presente caso, la Sala ha atendido a los siguientes factores: 1) la actitud pasiva del padre en sus cometidos familiares, 2) su inestabilidad laboral; 2) la falta de contribución del padre al sostenimiento del hijo desde la ruptura a mediados de 2012 hasta el dictado del auto de medidas provisionales el 21 de febrero de 2014; y, 3) la voluntad del menor de vivir con su madre y no con su padre.

De todo ello concluye que no ha sido probado que el padre pueda asumir de forma responsable el cuidado y atención del menor de forma responsable en orden a su correcto desarrollo, ni que haya planificado al margen de sus familiares la asunción de los cometidos y decisiones que implica la custodia del hijo, y que por ello la custodia individual se revela como la medida más beneficiosa para el interés del menor.

La Sala ha tomado su decisión, por tanto, sin apartarse de los mandatos establecidos en la norma que se afirma infringida, sin que corresponda a esta Sala corregir su criterio, dada la finalidad exclusivamente nomofiláctica del recurso de casación."

### **\*\*\* Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Ejea de los Caballeros de 7 de julio de 2015. Régimen de custodia individual. Pensión alimenticia**

**"Primero.**— Se considera acreditado que de la relación habida entre B y A nació un hijo llamado, el 2010. Así se desprende de la certificación de nacimiento y del libro de familia aportados junto con la demanda.

Se considera también acreditado que los litigantes finalizaron su convivencia a principios del año 2014, abandonando el demandado el que fue domicilio familiar. Con posterioridad, la demandante, junto con su hijo, se marchó a vivir al domicilio de sus padres. Así lo relata la demandante en su demanda, sin que el demandado haya manifestado nada en contra.

La demandante trabaja como camarera y cobra un sueldo de unos 550 euros netos al mes, desde mayo de 2014. Así se desprende de las nóminas aportadas, de su declaración y de la averiguación patrimonial que obra en las actuaciones.

Del demandado no se conocen más datos que los que se han obtenido de la averiguación patrimonial. De ella se desprende que en 2014 cobró 293 euros del pagador E, y 2.882 euros de prestación por desempleo. No se conocen sus ingresos en 2015 aunque, al parecer, según la demandante, podría estar en Barcelona con su actual pareja. En la información de Seguridad Social se indica que tiene una prestación, con efectos de 1 de enero de 2015, de doce pagas, aunque no queda clara la información (parece que podría ser un importe de 24,25 euros diarios).

**Segundo.**— En relación a la autoridad familiar y la custodia del hijo menor,, procede acceder a lo solicitado en la demanda.

Así, la autoridad familiar será compartida, al no haber motivo alguno acreditado que justifique la privación a uno de los progenitores.

Y la custodia, conforme a lo dispuesto en el artículo 80 del Código de Derecho Foral, debe atribuirse a la madre, puesto que el hijo menor ha estado conviviendo con la misma desde el momento en que el padre abandonó el domicilio familiar en marzo de 2014.

No existe oposición del padre a esta cuestión.

Además, de lo expuesto por la demandante se desprende que tiene apoyos familiares suficientes para tener la custodia (abuelos paternos), mientras que se desconocen las circunstancias actuales del padre, su lugar de residencia y si tiene posibilidades de hacerse cargo de la custodia, así como si cuenta con apoyos, etc.

**Tercero.**— Se accede también a la propuesta de régimen de visitas y vacaciones, aunque con una puntualización en cuanto a los fines de semana.

De lo expuesto por la demandante parece que el padre tiene interés en mantener la comunicación con su hijo, al menos en lo relativo a las vacaciones. Sin perjuicio de la prevalencia de los acuerdos que puedan alcanzar, es conveniente el establecimiento de un régimen subsidiario, para el caso de falta de acuerdo.

Pero, ante la incertidumbre acerca de las circunstancias del padre que, al parecer, puede estar viviendo en Barcelona, entiendo que no debe acordarse un régimen de visitas de fines de semana alternos. De estas circunstancias, y teniendo en cuenta las respuestas de la madre en la vista, se desprende que un régimen así no va a cumplirse. Por ello, se establece el derecho del padre a estar con su hijo un fin de semana los meses de febrero, marzo, abril, mayo, octubre y noviembre, debiendo el padre, si tiene intención de hacer uso de su derecho de visitas, avisar a la madre con una antelación mínima de una semana. Los meses en que hay vacaciones no se prevén fines de semana, salvo, en su caso, en la Semana Santa, que puede caer en diversos meses.

El resto de régimen propuesto por la madre se estima íntegramente.

**Cuarto.**— Por lo que se refiere a la pensión alimenticia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 82 del Código de Derecho Foral y par-

tiendo de los datos que se han considerado como hechos probados en el Fundamento Primero, se establece la cuantía en 200 euros mensuales.

Partiendo de los datos referidos, y aplicando las tablas orientativas del CGPJ, incluso saldría una pensión algo menor. Pero la falta de datos de ingresos del padre, tal y como fue expuesto en la vista por parte de la Letrada de la demandante y del Ministerio Fiscal, no puede perjudicar a los intereses del menor.

En cuanto a los gastos extraordinarios, serán por mitad aquellos que sean necesarios y, aquellos que no lo sean, se pagarán según los acuerdos alcanzados por los progenitores y, en su defecto, serán abonados por el progenitor que decida realizarlos."

**\*\*\* Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 30 de junio de 2015. Custodia compartida. Conciliación de vida familiar y laboral. Pensión alimenticia**

**"PRIMERO.—** Considera la actora que no debió ser estimada la custodia compartida solicitada por el demandado, suplicando la revocación de la sentencia dictada y se le atribuya la custodia individual del hijo, M, nacido 2012.

Concretando su disconformidad manifiesta el recurrente que el Juez de instancia prescinde del informe de la psicóloga del Juzgado, que ante las dificultades que el horario laboral del padre provoca —entra a trabajar a las 6 de la mañana y no puede permanecer toda la noche con su hijo ni atenderlo por la mañana— no recomienda la custodia compartida, sino una ampliación del tiempo de permanencia de M con el demandado, atribuyéndosele la custodia individual del menor a ella, que tiene un horario más acorde con las necesidades del niño y menos supeditado a las ayudas externas, pues, mejorando anteriores horarios, desde el 30-10-14 trabaja desde las 17 a las 20 horas de martes y sábados, teniendo libres todas las mañanas y el lunes por la tarde. Y asimismo manifiesta su disconformidad con la cuenta conjunta en la que se dispone que ha de ingresar 90€ -180€ el Sr. H-, pues ha sufrido una reducción en su tiempo de trabajo y consiguientemente de sueldo, resultando desproporcionada la referida cantidad, que le imposibilitaría una vida en unas mínimas condiciones, por lo que dice que no debe señalarse a su cargo cantidad alguna.

**SEGUNDO.—** El artículo 80.2 CDFA dispone que "El juez adoptara de forma preferente la custodia compartida en interés de los menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente...", siendo criterios exegéticos reiterados por el TSJA en la interpretación de esa preferencia:

a) que la custodia compartida por parte de ambos progenitores es el régimen preferente y predeterminado por el legislador, en busca de ese interés del menor, en orden al pleno desarrollo de su personalidad, de modo que se aplicará esta forma de custodia siempre que el padre y la

madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin (Sentencia de 30 de septiembre de 2011).

b) que el sistema no es rígido, salvo en un mandato que dirige al juez: el superior interés del menor (Sentencia de 13 de julio de 2011).

c) Que podrá establecerse un sistema de custodia individual, cuando éste resulte más conveniente para dicho interés, a cuyo efecto habrá de evaluar los parámetros establecidos en el art. 80.2 del Código (Sentencias citadas y la de 15 de diciembre de 2011);

d) La adopción de la custodia individual exigirá una atenta valoración de la prueba que así lo acredite -la conveniencia para el menor- frente al criterio preferente de la custodia compartida al que el precepto legal otorga tal preferencia en interés de los hijos menores (Sentencia de 15 de diciembre de 2011)..

Para adoptar la decisión, en cada caso, será relevante la prueba practicada, especialmente los informes psicosociales -art. 80.3 CDFA- obrantes en autos, y la opinión de los hijos menores, cuando tengan suficiente juicio -art. 80.2 c) CDFA-.

Por último, que el Tribunal que acuerde apartarse del sistema preferentemente establecido por el legislador debe razonar suficientemente la decisión adoptada".

**TERCERO.—** En el caso, dice la Psicóloga del Juzgado que de la valoración de la situación familiar se extrae que ambos progenitores tienen capacidad para afrontar el cuidado del menor y cubrir sus necesidades afectivas y de desarrollo, no detectándose en ninguno alteraciones de conducta ni de personalidad que puedan limitar el mantenimiento de una relación extensa con su hijo. Y el Juez, aunque no aconseja la custodia compartida a la vista de las dificultades que su horario de trabajo le supone al Sr. H en la conciliación de sus obligaciones familiares y laborales, se decanta por ese régimen, teniendo en cuenta que la coparentalidad no supone y va en todo momento ligada a custodia de presencia física y que, siendo ello así, la necesidad de contar con la red de apoyo para la atención de los hijos, no puede erigirse en obstáculo relevante para rechazar la custodia compartida. El actor, que trabaja de 6 a 14 horas, cuenta con la colaboración de sus padres para atender al niño si él no puede hacerlo, manifestando en términos verosímiles y creíbles que su madre pernoctaría en su domicilio o el menor en el de sus padres, pudiendo así atenderlo por la mañana. Caso que ha sido asimismo el de la esposa cuando sus obligaciones laborales la han situado en la necesidad de requerir el apoyo de su madre y hermana.

Por lo expuesto, la valoración que de la prueba pericial psicológica realiza el Juzgador es compartida por esta Sala, que no aprecia motivo alguno para rechazar el sistema de guarda y custodia compartida, preferente en Aragón, ratificándose asimismo las medidas adoptadas y, entre ellas, la contribución económica señalada a cargo de la madre -90€-, mínimo exigible, máxime cuando, aun dando por bueno el contrato aportado, este

no refleja la reducción salarial alegada por la recurrente.”

**\*\*\* Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 29 de julio de 2015. Régimen de visitas. Coste económico y personal de desplazamientos al extranjero. Reparto equitativo**

**“PRIMERO.**— De la relación entre D. Luis Antonio P. G. y D<sup>a</sup> Jessica M. A. nació una hija, V, el 2006.

En el procedimiento sobre guarda, custodia y alimentos n<sup>o</sup> 44/2007 del Juzgado de Violencia sobre la mujer n<sup>o</sup> 2 de Zaragoza recayó sentencia de 28 de mayo de 2008 que atribuyó a la madre la guarda y custodia de la hija común.

Posteriormente, la sentencia de 26 de septiembre de 2009, recaída en procedimiento de modificación de medidas 131/2008 del mismo Juzgado, a solicitud de la madre por modificación de las circunstancias, al querer la demandante ir a vivir con la menor a Toulon (Francia) por razones de índole laboral de su esposo, modificó la anterior y, teniendo en cuenta que el traslado todavía no se había producido, resolvió que, mientras resida en Zaragoza, además de los fines de semana alternos, la menor comunicará con su padre todos los miércoles desde la salida del Colegio hasta las veinte horas. Y *“desde que la menor se traslade a vivir a Toulon (Francia): Disfrutará en compañía del padre la mitad de las vacaciones de Todos los Santos, Navidad, Invierno, Primavera y Verano, conforme a las fechas establecidas en el calendario escolar francés, desplazándose a Zaragoza en compañía de su madre, de la que serán de cuenta y cargo los gastos del viaje. Todas las entregas y recogidas de la menor se efectuarán en el Punto de Encuentro Familiar sito en la calle B... de Zaragoza.”* También fijó una pensión de alimentos para la menor a cargo del padre de 100 euros mensuales.

El padre presentó el 14 de junio de 2011 la demanda de modificación de medidas (procedimiento de modificación de medidas 951/2011) de la que trae causa el presente recurso, informando que no se había producido el traslado de la menor con su madre a Francia y solicitaba, tras haber tenido otro hijo fruto de una nueva relación, la custodia compartida de la menor.

Con el escrito de contestación a la demanda la representación de la madre acompañó copia del escrito de 5 de diciembre de 2011 dirigido al Juzgado de Violencia n<sup>o</sup> 2 en el que notificaba que el día 31 de diciembre de 2011 se produciría el traslado con la niña a Toulon (Francia), como se había previsto en la sentencia de 26 de septiembre de 2009.

El auto de 18 de octubre de 2012 del Juzgado de Primera Instancia 16, en el procedimiento de modificación de medidas 951/2011, como se ha dicho promovido por demanda del padre de 14 de junio de 2011, tras la celebración de la vista señalada en la que ambas partes solicitaron de común acuerdo la suspensión del procedimiento

por encontrarse en vías de alcanzar una solución amistosa, accedió a la suspensión y acordó, con anuencia de las partes y del Ministerio Fiscal, un régimen de visitas del padre con la hija consistente en que, *“salvo los períodos vacacionales de verano y Navidad, que se repartirán por mitad, el resto de los períodos vacacionales escolares de la menor (Todos los Santos, Primavera e Invierno) permanecerá con su padre todo el período de que se trate. Las entregas y recogidas de la menor tendrán lugar en el Punto de Encuentro Familiar de Zaragoza. En cualquier caso, el desplazamiento en transporte público desde la localidad de residencia habitual de la menor (TOULON, Francia) se harán dentro del día siguiente al último del período escolar lectivo, conforme al Calendario Escolar aplicable; la devolución de la niña deberá tener lugar con una antelación mínima de 36 horas antes de la fecha prevista para el comienzo o reanudación de las clases.”*

Solicitada por el padre en febrero de 2013 la reanudación del procedimiento por no haber podido llegar a un acuerdo, se continuó su tramitación y recayó sentencia de 28 de octubre de 2014 que apreció que desde la interposición de la demanda el 14 de junio de 2011 se había producido un hecho que suponía un importante cambio de circunstancias en relación con las pretensiones del actor, como fue la materialización en diciembre de 2011 del traslado de la menor con su madre a Francia. Hecho que en la sentencia se considera un impedimento para poder acceder a la petición de guarda y custodia compartida y se recoge también, como hecho posterior, el contenido del auto de 18 de octubre de 2012 que por tal circunstancia dispuso el régimen de visitas del padre en función de la residencia de la menor en Francia, con entregas y recogidas en el Punto de Encuentro Familiar de Zaragoza.

En definitiva, la sentencia de primera instancia rechazó el cambio de custodia de la menor, que continuaría a cargo de la madre, y estableció el régimen de visitas con el padre en atención al calendario escolar francés para que, salvo la distribución entre ambos de los períodos de Navidad y verano, las vacaciones de otoño, las de carnaval y las de primavera sean disfrutadas íntegramente por el padre con la hija, efectuándose la recogida por el padre en el domicilio de la madre y la entrega de la niña en el Punto de Encuentro Familiar de Zaragoza para ser recogida por la madre, debiendo satisfacer cada progenitor el importe del viaje de la niña que le corresponda hacer. Se autorizaba a los parientes cercanos de ambos progenitores para efectuar las entregas y recogidas de la menor. Y, finalmente, se fijaba en 150 euros mensuales la contribución del padre a los gastos y alimentos de la hija.

**SEGUNDO.**— En el recurso de apelación interpuesto por el padre contra la anterior sentencia argumentaba que no tenía él que soportar la carga de tiempo y económica de ir a recoger a la niña dado que fue la voluntad de la demandada la que originó la situación al fijar su residencia en otro país, dificultando las visitas del padre por

lo que solicitaba en el suplico de su recurso: a) que sea la demandada la que asuma a su entero cargo todos los gastos de desplazamiento de la hija común a España, así como los de su retorno a Francia; b) que se fije como pensión alimenticia a abonar por mi representado la de cien euros mensuales; y c), y con carácter subsidiario, caso de no estimar las anteriores pretensiones, se permita al apelante que descuenta de la pensión alimenticia los desembolsos realizados para recoger y traer a su hija a Zaragoza.

La sentencia de apelación desestima el recurso pues, atendiendo a los escasos ingresos de la madre en trabajos de asistencia a personas mayores y a los 800 euros mensuales que ingresa el padre por su trabajo, se reparte entre ambos los inconvenientes y gastos de los traslados de la hija, pues no se puede imponer a la madre el abono de todos los gastos de la menor. También considera que la cantidad fijada como alimentos para la hija es ajustada para una niña de 8 años, en plena etapa educativa y de desarrollo, no procediendo tampoco deducción alguna, como pretendía el recurrente.

**TERCERO.**— El recurso de casación cita en su único motivo, como preceptos infringidos, los artículos 80.1, 82.3 y 82.4 del Código del Derecho Foral de Aragón (CDFA) argumentando, como hizo en el recurso de apelación, que no tenía que soportar la carga temporal y económica de ir a recoger a la niña cuando había sido la voluntad de la demandada la que había originado esta situación al fijar su residencia en otro país dificultando, si no impidiendo, la comunicación entre padre e hija. Por ello, considera que debe ser la madre la que acompañe a la niña en sus desplazamientos a Zaragoza y la que la venga a recoger cuando concluya el período de visitas, y la que sufrague los desplazamientos por haber sido la que originó esta situación.

En apoyo de sus argumentos cita la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2014, recurso 2710/2012, por encontrarnos en presencia de uno de los supuestos excepcionales contemplados en la misma, que permiten a los tribunales ponderar las circunstancias concurrentes para excluir la aplicación de la doctrina jurisprudencial que obliga a que ambos progenitores atiendan los onerosos gastos de desplazamiento de los menores. Solicita la casación de la sentencia y el dictado de otra que ratifique el régimen de visitas aprobado por el juzgado de instancia pero obligando a la madre a que provea lo necesario y sufrague a su entero cargo los gastos de desplazamiento de la menor a Zaragoza y su regreso a Toulon en los períodos de vistas con el recurrente.

La parte recurrida se opone, en primer lugar, a la admisión del recurso de casación y, en cuanto al fondo muestra su plena conformidad a las sentencias de instancia y de apelación.

El Ministerio Fiscal examina en su escrito de oposición si se ha producido vulneración, primordialmente, del artículo 80.1, párrafo tercero, del CDFA, en cuanto que el régimen de visitas resulte

desproporcionado para el padre en lo relativo a los gastos de traslado desde la población francesa en la que reside la menor con su madre. Consta que la cuestión ya ha sido tenida en cuenta por las sentencias de primera instancia y de apelación y afirma que no se discute la posibilidad de que el progenitor custodio pueda trasladar al hijo menor a otro país o a una provincia alejada. El único debate es, a su juicio, si resulta desproporcionado que el progenitor no custodio sufrague los gastos de recogida de la hija en la localidad francesa donde reside. Y, teniendo en cuenta la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre el sistema normal y excepcional de hacer frente a los gastos de desplazamiento en estos supuestos, considera que en este caso no ha quedado acreditado que deba seguirse el criterio excepcional, habida cuenta de que se han tenido en cuenta las circunstancias económicas de ambos progenitores, que no acreditarían que debiera seguirse otro criterio que el adoptado siguiendo el sistema normal o habitual.

**CUARTO.**— Debe resolverse, en primer lugar, la pretensión de inadmisión formulada por la parte recurrente en su escrito de oposición, por considerar que no nos encontramos en presencia de un recurso de cuantía de imposible determinación (artículo 2.1 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa) pues los documentos aportados en juicio acreditarían unos gastos de ida y vuelta de la menor con un adulto de 140 euros, cantidad inferior a la señalada en la Ley 4/2005. Y tampoco existiría interés casacional pues las normas anteriores eran de similar contenido y el Tribunal Supremo ya ha establecido la doctrina aplicable en estos casos.

En ningún momento del procedimiento se había planteado la cuestión de su cuantía, teniendo en cuenta que inicialmente se trataba de una modificación de medidas en las que se solicitaba el cambio de custodia y régimen de visitas, además de la cuantía de la pensión alimenticia para la hija común. Aun reducida la controversia ya en el recurso de apelación a los gastos de desplazamiento para el ejercicio del régimen de visitas, y la pensión alimenticia, y en el recurso de casación a los gastos de desplazamiento, se ventila algo más que su mera cuantificación económica pues el planteamiento de la posible infracción del artículo 80.1 del CDFA podría conllevar, de seguir el razonamiento del recurrente, la dificultad o imposibilidad de hacer efectivo el régimen de visitas si su coste personal y económico fuera tan desproporcionado que pusiera en peligro el propio régimen establecido.

En todo caso, si se aplicara la regla 7ª del artículo 251 de la LEC para la determinación de la cuantía de los juicios para exigir prestaciones periódicas, como más próxima a la que nos ocupa, los 140 euros por cada uno de los cinco viajes anuales para el ejercicio del régimen de visitas en los períodos establecidos, multiplicado por diez anualidades, daría una cantidad muy superior a la establecida en el artículo 2.1 de la Ley 4/2005.

Finalmente, también se aprecia interés casacional en los términos requeridos en el artículo 3.3 de la Ley 4/2005, pues se alega infracción de preceptos que, procedentes con igual redacción de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres (con entrada en vigor el 8 de septiembre de 2010), no llevaban cinco años en vigor al tiempo de la interposición del recurso de casación, y no existe doctrina jurisprudencial de esta Sala relativa a normas anteriores de igual o similar contenido, pues no existían tales normas.

Por todo ello debe ser rechazada la causa de inadmisión del recurso formulada por la parte recurrente.

**QUINTO.**— Alega el recurrente la infracción de los artículos 80.1, 82.3 y 82.4 del CDFA pero, como señala el Ministerio Fiscal, el interés del recurso se centra esencialmente en la denunciada infracción del párrafo tercero del artículo 80.1 del CDFA, en cuanto el coste económico y personal de los desplazamientos pudiera afectar al propio ejercicio del régimen de visitas establecido para el padre. Menor relevancia tiene a estos efectos la cita del artículo 82, apartados 3 y 4, pues no estaríamos en presencia de la contribución de los padres a los gastos ordinarios del apartado 3, y tampoco ha sido resuelta la cuestión conceptualizando los gastos de los desplazamientos para visitas como gastos extraordinarios del apartado 4.

El recurrente pone el acento, como hizo en el recurso de apelación, en que no tiene que soportar la carga personal y económica que supone ahora el cumplimiento del régimen de visitas pues fue la madre la que unilateralmente decidió el traslado de su domicilio, con la niña, a Francia.

Sin embargo, debe recordarse que la decisión del traslado a Francia, aunque unilateral no era injustificada sino que se basó en razones laborales del esposo de la madre y por ello fue atendida en la sentencia de 26 de septiembre de 2009 del Juzgado de Violencia nº 2, que ya previó el régimen de visitas para cuando se produjera el traslado, con un concreto régimen de visitas para ese momento, que no fue recurrido por el padre. Y cuando se produjo el traslado en diciembre de 2011, así fue comunicado al Juzgado de Violencia nº 2, y el auto de 18 de octubre de 2012, ya en el actual procedimiento ante el Juzgado de Primera Instancia nº 16, con el acuerdo de las partes, estableció un régimen de visitas para el padre teniendo en cuenta las circunstancias del calendario escolar francés que le permitía estar con su hija en exclusiva en determinados períodos de vacaciones conforme a tal calendario. Ciertamente, con la diferencia en este último auto respecto a la situación actual de que las entregas y recogidas de la menor se prevenían en el Punto de Encuentro Familiar de Zaragoza, y así se fijó con acuerdo de las partes.

Pero, en definitiva, el traslado resultó justificado, como puede resultar justificado en otras ocasiones dentro del mismo país a lugares igualmente alejados del que fuera domicilio familiar.

Indudablemente ello puede afectar al régimen de visitas con el progenitor no custodio, que deberá ser adaptado a las nuevas circunstancias, pero no puede ser conceptualizado siempre como injustificado ni, lo que es más importante, contrario al interés del menor, que es el principal criterio al que debe atenderse en cada caso. En la sentencia de esta Sala de 28 de mayo de 2015, recurso 3/2015, se consideró contrario al interés del menor el traslado decidido por la madre dificultando el régimen de custodia compartida que había sido fijado judicialmente, que se mantuvo en el lugar de residencia inicial por resultar más conforme al interés del menor.

En el presente caso, según hemos visto, el traslado no resultaba injustificado ni contrario al interés de la menor pero introducía cambios en el régimen de visitas, aceptado por ambas partes salvo en lo relativo al lugar de entrega y recogida de la niña, que inicialmente era Zaragoza con la consiguiente carga personal y económica para la madre, y ahora se ha fijado en Toulon (Francia) para la recogida por el padre y en Zaragoza para la entrega por la madre, con el consiguiente reparto de la carga personal y económica para cada uno de los progenitores.

Reducida la cuestión en el presente caso a si esta carga personal y económica de los traslados debe ser soportada por uno o por los dos progenitores, las sentencias de primera instancia y de apelación coinciden en que debe ser repartida, y para ello atienden a la valoración de las circunstancias de disponibilidad personal y económica de ambos, sin encontrar justificada la pretensión del padre de que fueran a cargo exclusivo de la madre por haber decidido el traslado de manera unilateral e injustificada, a lo que ya se ha dado respuesta.

El recurrente reitera sus dificultades personales y económicas, que ya fueron expresamente tenidas en cuenta y razonadas, al igual que las de la madre, para rechazar su pretensión, y que no pueden ser nuevamente valoradas en el recurso de casación pues no nos encontramos en una tercera instancia.

La cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2014, recurso 2710/2012 (cuya doctrina fue expresamente ratificada en la de 19 de noviembre de 2014, recurso 1741/2013), para justificar que nos encontramos en uno de los supuestos excepcionales que deben ser objeto de especial singularización por el desplazamiento a larga distancia, no modifica lo anterior pues tales circunstancias han sido objeto en el presente caso de especial valoración, dando como resultado el reparto de cargas entre ambos progenitores en razonamiento adecuado, que no se ha pretendido demostrar como contrario a la lógica ni irracional.

Dijimos en nuestra sentencia nº 39/2914, de 15 de diciembre de 2014 (recurso 41/2014), en relación con la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2014:

*“El Tribunal Supremo analiza la casuística de las sentencias contradictorias invocadas por el re-*

currente y determina la doctrina aplicable al caso partiendo de dos principios generales de ineludible observancia, el interés del menor (artículo 39 CE) y el reparto equitativo de cargas (artículos 90.c y 91 del Código civil).

En base a los mismos propugna el acuerdo entre las partes y en su defecto establece un sistema prioritario y otro subsidiario. En el primero, que denomina normal o habitual, cada padre/madre recogerá al menor del domicilio del progenitor custodio para ejercer el derecho de visita, y el custodio lo retornará a su domicilio. Subsidiariamente, las partes o el juez podrán atribuir la obligación de recogida y retorno a uno de los progenitores con la correspondiente compensación económica, en su caso, y debiendo motivarse en la resolución judicial. Finalmente, declara la sentencia que las dos soluciones se establecen sin perjuicio de situaciones extraordinarias que supongan un desplazamiento a larga distancia, lo que exigirá ponderar las circunstancias concurrentes y singularizar las medidas adoptables.

Ciertamente, los criterios señalados por el Tribunal Supremo para un adecuado desarrollo del régimen de visitas exigen una reflexión. Conforme a ellos, no resulta acertado el principio que, como regla general, imponga siempre al progenitor no custodio la carga de los traslados para la entrega y para la recogida de los menores en cumplimiento del régimen de visitas, pues el criterio normal o habitual exige que los progenitores repartan la carga que supone la entrega y recogida de los menores. Para ello se deberán valorar factores como la distancia entre los lugares de residencia, facilidad o dificultad de los medios de transporte, y posibilidades de los progenitores, tanto económicas como de disponibilidades personales y materiales.

Y, fundamentalmente, el interés del menor, que exige en su beneficio el mejor desarrollo posible del régimen de visitas en los supuestos de custodia individual, y que se debe entender no solo como un derecho de los progenitores no custodios (régimen que garantice el ejercicio de las funciones propias de la autoridad familiar, párrafo tercero del artículo 80.1 del CDFa), sino de los hijos menores con ellos: derecho a un contacto directo con los padres de modo regular (artículo 76.3.a del CDFa), y a la garantía de la continuidad y efectividad del mantenimiento de los vínculos con cada uno de los progenitores (artículo 79.2.a). Todo lo anterior debe ser conseguido con la participación y colaboración de ambos progenitores."

En el presente caso el interés del menor queda expresamente valorado y preservado, favoreciendo la estancia con el padre en determinados períodos de vacaciones escolares, y en términos económicos y de esfuerzo personal ha sido justificado el reparto de cargas entre ambos progenitores sin que haya sido conculcado el derecho de padre e hija a un régimen de comunicación en los términos previstos en el artículo 80.1, párrafo tercero, del CDFa, por lo que el recurso de casación debe ser desestimado."

### \*\*\* Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 15 de septiembre de 2015. Régimen de visitas. Gastos extraordinarios

**"PRIMERO.**— Se recurre la Sentencia recaída en Primera Instancia en el presente procedimiento de modificación de medidas (art. 775 L.E.C), por la representación de la parte demandada (doña I), que en su apelación (art. 458 LEC), considera que procede reducir el régimen de estancias del padre con sus dos hijos, siendo tuteladas dichas visitas por el PEF y que se acuerde que los gastos de libros material y uniformes se paguen en la misma proporción que los gastos extraordinarios.

**SEGUNDO.**— La modificación de las medidas (Arts. 90, 91 y 100 del Código Civil) ya fijadas en anteriores procesos matrimoniales requiere de una alteración de circunstancias, que para que sean tenidas en cuenta, han de revestir de una serie de características, como que sean trascendentes y no de escasa o relativa importancia, que se trate de una modificación permanente o duradera y no aleatoria o coyuntural, que no sea imputable a la propia voluntad de quien solicita la modificación ni preconstituida y que sea anterior y no haya sido prevista por los cónyuges o el Juzgador en el momento en que las medidas fueran establecidas. Correspondiendo la carga de la prueba a la parte que propone la revisión de las medidas (Artº. 217 L.E.C.). Igualmente el artículo 79, nº 5 del Código de Derecho Foral de Aragón, indica que las medidas aprobadas judicialmente podrán ser modificadas cuando concurren causas o circunstancias relevantes.

**TERCERO.**— Las visitas se encontraban actualmente reguladas por Sentencia de 23-1-2013 y 16-7-2013 de esta Sala, fijándose un régimen de sábados alternos de 10 horas a 20 horas y tarde del miércoles desde las 17,30 horas hasta las 19,30 horas con entregas y recogidas en el PEFZ.

El informe psicológico practicado en autos recomienda incluso una ampliación de dicho régimen, en el informe se indica: "los menores se encuentran bien adaptados al ámbito paterno, mantienen una excelente relación no solo con su padre, sino también con la pareja y los hijos de ésta, así como con los abuelos paternos.— expresan deseos de permanecer mas tiempo con su padre y necesitan afectivamente una mayor implicación de la figura paterna. No se evidencian indicios de temor o rechazo por parte de Daniel ni de Paula hacia su padre.— El estudio del Sr. M no evidencia la necesidad de adoptar medidas restrictivas en la relación paterno-filial. No se han encontrado indicios de negligencia ni problemas de adicción que puedan condicionar la relación con sus hijos.

La recurrente considera necesaria una restricción de las visitas en base a unos informes sobre la situación del menor D, que no tienen relación con el régimen de visitas que mantiene con su padre, cuando ya se ha indicado los profesionales designados a tal efecto consideran adecuado un

aumento de las estancias de los hijos con su padre, se desestima el recurso en su primer alegato.

**CUARTO.**— En cuanto al apartado relativo a los gastos de los libros, material y uniformes, en primer lugar debe indicarse que como tiene declarado esta Sala (autos 15-4-2010, 3-3-2005, 5-12-2006 y 23-7-2006) los gastos extraordinarios son aquellos que no están comprendidos en el art. 142 del C.Civil, esto es los que exceden al concepto de los causados en la vida cotidiana y que produciéndose de modo imprevisible se instalan en lo excepcional, ya por su inhabitualidad o su coste excesivo. Lo que ocurre es que fuera de esta acepción general, parece lo más lógico acudir al caso concreto atendiendo a las circunstancias concurrentes, y como tiene igualmente declarado esta Sala, auto de 17-06-2008, en ocasiones la cantidad en u caso fijada como pensión alimenticia puede difuminar claramente los límites entre lo ordinario y lo extraordinario.

A priori pues, no entrarían dentro del concepto de gastos extraordinarios, tratándose de un gastos repetitivo y previsible, ni tampoco la cantidad fijada como pensión alimenticia a favor de los hijos permitiría acceder a la solicitud de la recurrente, que tampoco encuentra acomodo en una alteración de las circunstancias económicas del alimentante, que no consta acreditada.

Se desestima el recurso en su último motivo de impugnación."

**\*\*\* Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 17 de septiembre de 2015. Custodia compartida. Carácter preferente. Interés superior del menor. Opinión del menor de 12 años**

**"PRIMERO.— Hechos acreditados en la instancia.**

1. D<sup>a</sup> Angélica A. L. y D. José S. P. contrajeron matrimonio el 28-05-03. Tienen dos hijas comunes, A, nacida el 02, y C, nacida el 04. Esta última está afectada de síndrome de Down, teniendo reconocido un grado de minusvalía del 65%.

2. La vivienda familiar pertenece al Sr. S, que también es propietario de una vivienda en la Calle..., que tiene arrendada y por la que percibe 650 euros mensuales, haciéndose cargo él de los gastos de comunidad. Además obtiene 65 euros mensuales por el alquiler de una plaza de garaje sita en el..., y es propietario de un local en la Calle...

3. El Sr. S. percibe 475 euros mensuales netos por un contrato de trabajo temporal como peón de mantenimiento. Tiene alquilada una vivienda en la Calle G., por la que abona una renta de 300 euros mensuales. Manifiesta abonar la cantidad de 230 euros mensuales en concepto de alimentos de otro hijo mayor de edad, nacido de un matrimonio anterior.

4. La Sra. A. percibe un renta activa de inserción y una pensión de 255,77 euros mensuales, a cargo del IASS, por atención de persona depen-

diente, dedicándose ocasionalmente al cuidado de personas mayores.

**SEGUNDO.— Antecedentes relevantes.**

5. D<sup>a</sup> Angélica A. L. formuló demanda contenciosa de divorcio frente a D. José S. P. en la que solicitaba la custodia individual de las dos hijas menores de edad, con el establecimiento de un régimen de visitas a favor del padre, el uso de la vivienda que había constituido el domicilio familiar, una pensión de alimentos para las dos hijas menores de 250,00 euros mensuales para cada una de ellas y el abono de los gastos extraordinarios por mitad, así como una pensión compensatoria para ella de 200,00 euros mensuales.

6. La sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Zaragoza, de fecha 19-03-14, acordó, por lo que a este recurso interesa, la custodia compartida de las dos hijas menores por períodos de dos semanas consecutivas alternas con cada uno de los progenitores, con el correspondiente régimen de visitas para el progenitor que en cada momento no tuviera a las hijas consigo.

7. El juzgador de primera instancia, tras referirse a la doctrina de esta Sala, entre otras en la STSJA núm. 35/2013, de 17 de julio, argumenta para justificar el otorgamiento de la custodia compartida que *"de los informes técnicos que obran en autos no se desprenden motivos para excluir la custodia compartida solicitada por el padre. Dispone de un domicilio, sin olvidar que es titular de la vivienda familiar, su horario laboral le permite atender directamente a las hijas y cuenta con el apoyo de un hijo mayor de edad, además de reunir condiciones para atender a las hijas satisfactoriamente. Hay que añadir que la discapacidad de C supone un desgaste importante que el padre ofrece compartir"*.

La sentencia de primera instancia recoge también la doctrina sentada por esta Sala en relación a la opinión de los hijos como uno de los factores para decidir sobre la custodia (entre otras en las SSTSJA núm. 33/2013, de 12 de julio, y núm. 31/2013, de 10 de julio), señalando la sentencia que *"aparte la opinión del menor, el art. 80.2 CDA prevé más factores a considerar para decidir sobre la custodia. Por tanto, la opinión de los hijos tiene una gran relevancia, pero no es lo único a valorar"* y que *"la audiencia del menor debe ser siempre observada con la debida atención para descubrir su auténtico valor"*.

Respecto a la difícil relación del padre con su hija mayor, la sentencia establece que *"en el presente caso, A tenía una buena relación con el padre antes de la ruptura. Esta situación la ha acercado a la madre, pero no hay razones objetivas para pensar que no estemos ante una consecuencia de la tensión propia de la crisis del matrimonio. Tiene que ser cuestión de tiempo"*.

El juzgador entiende que *"el reparto de papeles durante la convivencia no es obstáculo de cara a fijar una custodia compartida"*, decantándose por establecer ésta mediante turnos alternos de dos semanas consecutivas, de acuerdo con la propuesta recogida en el informe psicológico,

puesto que proporciona mayor estabilidad al sistema.

8. La sentencia de apelación dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 17-02-15, revoca parcialmente la de primera instancia, al estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Sra. A. Establece la custodia individual de las dos hijas menores a favor de la madre, manteniendo el régimen de visitas a favor de padre fijado en la sentencia de instancia, complementado con los fines de semana alternos que en la misma se especifican.

9. La sentencia de apelación argumenta el otorgamiento de la custodia individual para la madre señalando que *"no se discute el deseo del padre de mantener el contacto con sus hijas ni su cariño hacia ellas, pero los diferentes estilos educativos de ambos progenitores, en especial, el desinterés del padre hacia el proyecto educativo de C, entorpecen en buena medida el correcto desarrollo y estabilidad de las menores, al margen de los incidentes documentados en el proceso (f. 253 y ss.), referentes a su necesaria asistencia sanitaria y encierro en su domicilio durante una noche que pasaban con su padre las menores. Las menores están muy unidas entre sí y no resulta aconsejable su separación, ni deseable. En estas condiciones, no se revela la custodia compartida como la medida más aconsejable para las dos menores, dados los requerimientos especiales de C y la voluntad razonadamente expresada por M, debiendo, por ello, estimarse el recurso, otorgando la custodia individual a la madre, en cuyo entorno gozan de mayor estabilidad y atención personalizada (art. 80 CDFa)"*.

La sentencia valora especialmente los dos informes educativos emitidos por el Colegio S-al que asisten las hijas- que, según recoge la sentencia, *"señalan que desde su entrada en el centro ha sido la madre la única encargada de llevar y traer a las niñas y la que asistiendo a tutorías y entrevistas con los profesionales ha recibido las pautas y orientaciones proporcionadas, estando el padre ausente en la colaboración y coordinación con la escuela, sobre todo en el proceso educativo de C"*. Continúa la sentencia indicando, en referencia al informe de 10-03-14, *"que desde la separación conyugal el padre asiste por separado a las entrevistas escolares, presentando ambos progenitores disparidad de criterios educativos, mostrando el padre desacuerdo sobre la modalidad de escolarización de C, siendo partidario de derivarla a un Centro de Educación Especial, frente al sistema de integración vigente, observando los profesionales un empeoramiento en la conducta de C, con actividades de riesgo que el padre potencia, en perjuicio de su correcta integración, cuestionando los criterios de los especialistas que recomiendan un ambiente rutinario de hábitos y límites en coordinación casa-escuela que favorecería su correcto desarrollo"*. En la sentencia se indica también que *"el Centro Educativo revela un retroceso en la integración educativa de C, un estado de ansiedad y tristeza de M, y una total*

*falta de implicación del padre en el proceso educativo de ambas hijas, especialmente en el de C, aquejada de una importante minusvalía, M está recibiendo tratamiento psiquiátrico en el Hospital Infantil"*.

La sentencia de apelación se refiere también a la exploración de la hija mayor, A, realizada en la alzada, señalando que la menor *"ha manifestado querer residir con su madre, con la que se siente segura y a gusto, pese a querer a su padre y mantener con él su sistema de visitas, pero razona que los cuidados que reciben de éste carecen de la calidad y atención que a ella le gustaría, incidiendo especialmente en la amplia permisividad de su padre hacia su hermana C. Se encuentra incómoda y a disgusto con el sistema de custodia compartida que la descentra"*.

En relación al informe emitido por la psicóloga adscrita a los juzgados, favorable a la custodia compartida, y en el que se indica que el rechazo de A a su padre deriva de la influencia que la madre ejerce sobre ella, la sentencia de apelación estima que se trata de *"una interpretación excesivamente simplista de la situación concurrente al no contemplar los datos académicos y educativos expuestos, señalando incluso la perito haber admitido el padre ser la madre la única encargada del cuidado de las hijas hasta la ruptura y haber facilitado sin problemas las visitas con el padre"*.

### **TERCERO.— Examen del motivo de casación.**

10. Frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, la recurrente interpone recurso de casación al amparo del art. 477.2.3º LEC y art. 3 Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, por presentar la resolución del recurso interés casacional.

En el primero de los tres motivos de casación interpuestos, único admitido a trámite, se alega como infringido el art. 80.2 CDFa, por inaplicación del criterio preferente de la custodia compartida.

11. Como ya señalamos en la sentencia de esta misma Sala de 30-09-13, recurso de casación núm. 26/2013, *"para el examen del recurso de casación es necesario tener en cuenta que, no habiendo articulado la parte recurrente motivos de infracción procesal, el tribunal debe partir de los hechos probados en las instancias, sin realizar modificación alguna, ya que el recurso de casación no constituye una tercera instancia. Desde dichos hechos es función casacional examinar si son subsumibles en el supuesto de hecho contemplado en la norma, pues la función nomofiláctica que corresponde al recurso de casación radica fundamentalmente en determinar la correcta aplicación del ordenamiento jurídico a los hechos tenidos por probados. Como afirma la STS 593/2013, de 4 de febrero, citando la de la misma Sala 765/2012, de 28 de diciembre, el supuesto de hecho al que se ha de proyectar el recurso de casación no es el que pueda haber reconstruido, interesadamente o no, la parte recurrente, sino el que hubiera declarado probado la sentencia recurrida como consecuencia de la*

valoración por el Tribunal que la dictó de los medios de prueba que se practicaron en el proceso. Consecuentemente, queda fuera del ámbito de la casación la reconstrucción de los hechos declarados probados en las instancias”.

12. Como se ha indicado, el recurrente entiendo infringido el art. 80.2 CDFA, afirmando el carácter preferente de la custodia compartida sobre la individual que sienta el precepto, al disponer:

“El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a los siguientes factores:

a) La edad de los hijos.

b) El arraigo social y familiar de los hijos.

c) La opinión de los hijos siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años.

d) La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos.

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

f) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia”.

13. Efectivamente, esta Sala ha tenido ocasión en numerosas resoluciones de pronunciarse sobre la cuestión, estableciendo dicho carácter preferente (SSTSJA 13/2011, de 15 de febrero; 4/2012, de 1 de febrero; 39/2012, de 27 de noviembre; 35/2013, de 17 de julio; etc.), pero siempre a salvo de que se acredite que la custodia individual salvaguarda mejor el interés del menor. Así, en la más reciente, de fecha 4-03-14, recurso de casación 41/2013, dijimos “que el art. 80.2 del CDFA establece como criterio legal el de la custodia compartida de los hijos menores, como forma preferente de satisfacer el superior interés del menor. Dicha norma resulta imperativa para el Juez en los propios términos en que se expresa el texto legal, de modo que debe establecerse un sistema de custodia compartida salvo que, de la prueba practicada en autos, resulte más beneficiosa para el interés del menor la custodia individual de uno de los progenitores”.

14. En el presente caso, la sentencia recurrida fundamenta su decisión favorable a otorgar la custodia individual a la madre, en los siguientes hechos:

a) En el desinterés del padre hacia el proyecto educativo de la menor de las hijas (C), así como en su falta de implicación en la colaboración y coordinación con el centro educativo, que ha asumido en exclusiva la madre. Considera la Audiencia que este desinterés entorpece el correcto desarrollo y estabilidad de las menores, en particular de C -aquejada de síndrome de Down-, hasta el punto de que los profesionales han apreciado un empeoramiento de su conducta.

A esta conclusión llega sobre la base de los informes educativos emitidos por el Colegio S, en el

que cursan sus estudios las dos hijas. En concreto, la menor de ellas lo hace en la modalidad de integración de necesidades educativas especiales.

Estos hechos pueden encuadrarse dentro del factor contemplado en la letra d) del art. 80.2 CDFA, “la aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos”, o bien en el recogido con carácter general en la letra f) del mismo precepto, “cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia”.

b) En la opinión de la hija mayor, acreditada por las manifestaciones realizadas en la exploración practicada en la alzada (contaba con doce años en aquel momento). En ellas afirma querer residir con su madre por sentirse más segura, al considerar que los cuidados que recibe de su padre carecen de la calidad y atención que a ella le gustaría, incidiendo especialmente en la amplia permisividad de su padre hacia su hermana C. Manifiesta encontrarse incómoda y a disgusto con el sistema de custodia compartida. Este sentimiento se recoge también en el informe del Centro Educativo que aprecia un estado de ansiedad y tristeza en M.

En este caso el juzgador contempla el factor previsto en la letra d) del art. 80.2 CDFA, “la opinión de los hijos siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años”.

15. Partiendo de estos hechos no puede entenderse que la sentencia de apelación ignore el criterio preferente de la custodia compartida establecido en el art. 80.2 CDFA, sino que ejerciendo el margen de discrecionalidad que le corresponde por Ley ha considerado, motivadamente, que en el concreto caso enjuiciado la custodia individual satisface mejor el interés superior de las hijas menores. Conclusión a la que llega la sentencia recurrida de manera razonada, valorando los hechos que considera acreditados por los informes emitidos por el centro educativo y por la exploración de la hija mayor.

Al respecto es preciso indicar que el interés del menor debe ser apreciado en cada situación por los tribunales conforme a los hechos presentados y según la valoración dada a los mismos, de manera que solo podría apreciarse su infracción en el caso de que la misma resultara irracional, ilógica o arbitraria, o claramente atentatoria contra el interés del menor.

Como ya dijimos en nuestra sentencia de 1-02-12, recurso de casación foral 24/2011, con mención expresa de la del Tribunal Supremo 744/2011, de 10 de octubre, “la valoración de los distintos medios de prueba, las cuales constituyen premisas de carácter epistemológico o jurídico-institucional a las que debe ajustarse la operación lógica de enjuiciamiento necesaria para la resolución del asunto planteado, cuyo examen solo cabe someterse al tribunal de casación, al amparo del artículo 469.1.4.º LEC, cuando, por ser 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 artículo 24 CE (STS 28 de noviembre de 2008, RC núm. 1789/03, 8 de julio de 2009, RC núm. 693/2005, 10 de septiembre de 2009, RC núm. 1091/2005 y 19 de octubre de 2009, RC núm. 1129/2005)*”.

16. Respecto a la opinión de la hija mayor, que constituye uno de los factores a tomar en consideración por el Juez al decidir sobre la custodia (art. 80.2.c) CDFA), es cierto que esta Sala ha venido considerando, tal como manifiesta el recurrente, entre otras en sentencias de 10-07-13 y 12-07-13, esta última en el recurso 17/2013, que la opinión de los menores *“debe ser siempre observada con la debida atención para descubrir su auténtico valor, puesto que debe tenerse en cuenta que un menor no siempre reúne la necesaria presencia de conocimiento exhaustivo de las distintas circunstancias a tener en cuenta para valorar hasta qué punto puede serle perjudicial uno u otro régimen de custodia, ya que el ámbito de conocimiento de una niña, por mucha madurez que tenga, no es aceptable que alcance a ponderar más allá de lo que su corta formación y experiencia vital le permite llegar a conocer. Por ello, aun siendo relevante su opinión, especialmente en cuanto pueda aportar datos de importancia, no es, en cambio, de admitir que su proceso intelectual, en el doble aspecto cognoscitivo y volitivo, pueda tener tanta certeza como para admitirlo sin las necesarias matizaciones y valoración que corresponde finalmente hacer, en todo supuesto de menores de edad, a los encargados de asegurar su mejor atención y cuidado”*.

Sin embargo, esto solo significa que hay que tener una especial cautela al valorar las manifestaciones de los menores, y que no son el único factor a tener en cuenta. Pero dicha doctrina no impide, como sucede en el presente caso, que el juzgador pueda valorar esas opiniones de manera razonada, junto con otros factores, para considerar que la custodia individual es el sistema que mejor defiende el interés del menor en el caso enjuiciado.

En el presente caso la opinión de la hija, que ya tiene cumplidos doce años en la fecha en que es examinada y cuenta con suficiente criterio, alcanza un mayor interés, puesto que, como recoge la sentencia recurrida, se aprecia un estado de ansiedad y tristeza en la hija mayor, que está recibiendo tratamiento psiquiátrico en el Hospital Infantil.

17. Por los motivos expuestos, el motivo de casación debe ser desestimado, confirmando la sentencia recurrida.”

**\*\*\* Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Ejea de los Caballeros de 23 de septiembre de 2015. Pensión alimenticia para hija mayor de edad. Falta de uso de la vivienda familiar**

**“Primero.**— Se considera acreditado que el 15 de enero de 2014 se dictó en este Juzgado

sentencia, en procedimiento de modificación de medidas 162/2012, en el que se acordaba modificar las medidas establecidas en convenio regulador aprobado en sentencia de 30 de julio de 2008, también dictada en este Juzgado en el procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo 67/2008.

En virtud de esta modificación, se mantenía la pensión de alimentos que el padre debía pagar a su hija E, reduciéndose en 50 euros durante 18 mensualidades, y se acordaba establecer un límite temporal al uso de la vivienda por parte de la hija y de la madre, hasta que aquélla alcanzase independencia económica y, en cualquier caso, hasta los 26 años.

Así se desprende de la lectura de la referida sentencia aportada como documento 7 de la demanda, aparte de no ser ésta una cuestión controvertida.

También se considera acreditado que E se marchó en agosto de 2014 a trabajar a Burgos, donde se empadronó en diciembre de 2014, según se desprende de las manifestaciones de las demandadas y de la consulta padronal cuyo resultado obra en las actuaciones.

De la documentación aportada por la demandada se desprende que su actividad laboral, desde que abandonó el domicilio, ha sido la siguiente:

Contrato de trabajo temporal como ayudante de camarera, en un establecimiento de Burgos, desde 31 de julio de 2014, de 24 horas semanales. Inicialmente por tres meses, aunque se prorrogó otros tres (hasta 30 de enero de 2015).

El 4 de febrero de 2015, E se inscribe como demandante de empleo en el Servicio Público de Empleo de Castilla y León.

El 29 de abril, E firma contrato de trabajo temporal hasta fin de sustitución, como ayudante de dependiente en un supermercado de Burgos, de 10 horas semanales, por el que viene cobrando una cantidad líquida de 262 euros al mes.

El demandante alega que su hija E vive en Burgos en compañía de su pareja, que también trabaja. Ésta lo niega, y afirma que vive en un piso compartido, por el que paga un alquiler de 200 euros al mes. Ninguno de estos extremos ha quedado acreditado.

**Segundo.**— El artículo 775.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil establece que *“el Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o incapacitados y, en todo caso, los cónyuges podrán solicitar del tribunal la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas”*. También prevé este cambio el artículo 77.3 del Código de Derecho Foral de Aragón.

La variación de las circunstancias es presupuesto para la modificación de medidas pero, aun dándose dicha variación, la modificación no es automática. El hecho de que hayan cambiado algunas de las circunstancias que se daban en el momento de acordarse unas medidas no sig-

nifica, necesariamente, que las medidas tengan que modificarse. Es necesario, además, que las nuevas medidas propuestas sean procedentes, a la vista de las circunstancias de cada caso.

En el presente caso, son nuevas circunstancias, respecto de las existentes en el momento de dictarse la sentencia cuyas medidas se pretenden modificar, el traslado de la hija E a Burgos, donde reside, está empadronada, y viene trabajando, en los términos que han sido descritos.

**Tercero.**— Debe decidirse en este pleito si las circunstancias actuales, distintas de las tenidas en cuenta en enero de 2014, justifican la modificación de las medidas allí acordadas, en los términos solicitados.

De la documentación laboral aportada por la demandada se desprende que ha estado trabajando, aproximadamente, diez de los últimos trece meses. Esto puede valorarse como una efectiva incorporación de la hija al mercado de trabajo. Se evidencia su voluntad de trabajar y se constata una permanencia en el desarrollo de actividad laboral, sobre todo si se tiene en cuenta la realidad actual del mercado de trabajo.

No obstante, ello no significa que E tenga independencia económica. Las nóminas de su actual trabajo así lo evidencian: cobra 262 euros netos al mes, lo que, entiendo, no es suficiente para entender que es económicamente independiente.

Por otra parte, su falta de independencia económica no es achacable a una falta de voluntad o de aplicación de la hija. Antes al contrario, como se ha indicado, se evidencia su voluntad de trabajar.

Por ello considero que no debe dejarse sin efecto la pensión alimenticia, sin perjuicio de lo que pueda resultar procedente si E obtiene un mejor puesto de trabajo.

**Cuarto.**— En relación con el uso de la vivienda, en cambio, entiendo que ha de estimarse la demanda.

De la prueba practicada (documentación laboral y de las propias declaraciones de las demandadas) resulta que hace más de un año que E no reside en la vivienda cuyo uso tiene atribuido. Vistas sus circunstancias, este hecho puede resultar perfectamente explicable y razonable, pero hay que analizar si el derecho de uso que se le concedió incluye la disponibilidad de la vivienda aunque no se utilice.

La atribución del uso de la vivienda familiar tiene por finalidad satisfacer la necesidad de vivienda del favorecido por el mismo.

En el caso que nos ocupa, E tiene satisfecha su necesidad de vivienda, pero no mediante el uso del que fue domicilio familiar, sino mediante el alquiler de un piso compartido con otras personas en Burgos.

El transcurso de más de un año en otra vivienda es suficiente para entender que no se trata de un traslado puntual, sino que existe una voluntad de permanencia. E se ha mantenido en otra localidad incluso cuando, de forma temporal, perdió su trabajo de hostelería.

Es cierto que dado el tipo de contrato y las condiciones actuales del mercado laboral, no sería extraño que su contrato finalizase y tuviera dificultades para obtener trabajo de nuevo. Pero la realidad actual es que la hija lleva más de un año viviendo fuera del que fue domicilio familiar, cuyo uso se le atribuyó. En el caso de que la eventualidad descrita llegara a darse, la hija siempre podría reclamar de sus progenitores el auxilio que legalmente corresponda. En la actualidad, no obstante, E no necesita el domicilio familiar y no lo usa, porque reside en otra localidad y vive en un piso de alquiler con otras personas. Esta situación se viene prolongando desde hace más de un año y se observa una voluntad de que la misma continúe.

Por ello considero que debe dejarse sin efecto el uso del domicilio familiar para la hija.

En consecuencia, queda también sin efecto la atribución del uso del domicilio familiar a la madre, a la que se atribuyó en atención a que quedaba en compañía de la hija. Por ello, cualquiera de los progenitores podrá proceder a la liquidación del régimen económico matrimonial e instar la venta del inmueble. En cualquier caso, y dado que la madre ha venido residiendo en este lugar y el padre tiene satisfecha su necesidad de vivienda, la madre tendrá derecho a seguir residiendo en el que fue domicilio familiar hasta la liquidación del régimen económico."

### **\*\*\* Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 1 de octubre de 2015. Pensión de alimentos. Custodia compartida. Hijo menor en el extranjero. Acuerdo previo. Proporcionalidad**

**"PRIMERO.**— Como antecedentes de hecho que resultan de las sentencias de primera instancia y de apelación y del resto de actuaciones judiciales, de interés para la resolución del presente recurso, se destacan los siguientes:

Actor y demandada contrajeron matrimonio el 16 de septiembre de 1998, del que nació un hijo, E. A., el 2009.

Previamente a las presentes actuaciones, en autos de procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo 618/2009 del mismo Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Zaragoza había recaído sentencia de 26 de mayo de 2009 aprobando el convenio regulador presentado por las partes. Conforme al mismo, el hijo quedaba bajo la custodia de la madre, y se establecía la previsión de un traslado de la madre a Méjico, su país de origen, a partir del 30 de junio de 2009. El padre se obligaba a pagar una pensión de alimentos de 700 euros mensuales para el hijo cuando éste estuviera con su madre, actualizables conforme al IPC que publica el Instituto Nacional de Estadística, debiendo ser ingresada la pensión en España, en la cuenta corriente que la madre indicara. Se acordaba también que *"la pensión de alimentos correspondiente a los periodos de tiempo que el hijo venga a Zaragoza desde Mé-*

*jico se aplicará al pago de los billetes de avión hasta donde alcancen esas cantidades”.*

En junio de 2009 se trasladó la madre a Méjico con el hijo y desde entonces se fueron alternando las estancias del hijo con cada uno de los progenitores tanto en Méjico como en España durante períodos de distinta duración, en ocasiones amplia, convirtiéndose su régimen de convivencia en una suerte de custodia compartida alterna.

**SEGUNDO.**— Interpuesta por el padre la demanda de modificación de medidas origen del presente procedimiento, recayó sentencia del Juzgado de 17 de septiembre de 2014 que, estimando la demanda, estableció un régimen de guardia y custodia compartida del hijo común por cursos escolares.

Respecto a la contribución de los progenitores a los gastos del hijo común, explica la sentencia que existe acuerdo en que mientras el menor permanezca bajo la custodia del padre éste asumirá todos los gastos de alimentación, educación, sanidad, gastos extra, etc., incluso los gastos de viaje en Navidad y verano para visitar a la madre en Méjico. La discrepancia surge —sigue la sentencia— en el caso de que la Sra. S. ostente la custodia del hijo pues en el momento actual no puede realizar una contribución concreta de las aportaciones en la medida en que la madre carece de trabajo y todo tipo de ingresos y se ignora si en Méjico va a acceder o no al mercado laboral y, por tanto, si va a disponer de ingresos. *“Se trataría pues de establecer una previsión de futuro..., por otro lado debe tenerse presente que las partes acordaron en el convenio regulador de divorcio de fecha 5 de mayo de 2009 que el Sr. M. abonaría en concepto de alimentos para el hijo común cuando éste permaneciera con la madre la suma de 700 € al mes. Finalmente, debe señalarse que ambas partes y el Mº Fiscal están conformes en que la aportación del Sr. M. a los alimentos de E. A. si éste se encuentra bajo la custodia de la madre varíe en función de los ingresos que pueda obtener ésta teniendo en cuenta una escala cuya referencia sea el Salario Mínimo Interprofesional anual de España (SMI)”.*

A continuación la sentencia fija la escala de la pensión resultante según los ingresos que percibiera la madre.

La representación del Sr. M. solicitó aclaración de la sentencia discrepando de la misma en que las partes hubieran estado de acuerdo en referenciar la pensión del hijo al Salario Mínimo Interprofesional (SMI) de España, pues él se había referido al de Méjico. La representación de la madre y el Ministerio Fiscal discreparon de lo anterior insistiendo en que la referencia era al SMI de España. El auto del Juzgado de 30 de octubre de 2014 dejó constancia de que, según la grabación del juicio, el actor propuso una escala en función de los ingresos de la madre en relación al SMI de Méjico, lo que no fue aceptado expresamente por la demandada ni por el Ministerio Fiscal, que insiste en que la escala debe referirse al SMI de España. Concluye el auto que *“partiendo de lo anterior, por razones prácticas y probatorias, y*

*teniendo además en cuenta la existencia de diferente moneda y que el SMI de Méjico varía según la zona geográfica, se estimó más ajustado que la referencia al SMI lo fuese al de España”.* Por ello resuelve el auto no haber lugar a la aclaración solicitada.

**TERCERO.**— El recurso de apelación del actor suplicaba la revocación de la sentencia del Juzgado para que se declarara la obligación de mantener cada uno de los progenitores al menor mientras estuviera en su compañía y, subsidiariamente, que se estableciera una pensión de alimentos correcta y adecuada para ambas partes, tomándose como referencia en todo caso el SMI de Méjico dado que la estancia del menor con su madre sería en Méjico y los ingresos de la madre serían obtenidos en dicho país, y obviamente los gastos del menor se harían en Méjico, conforme a su nivel de vida.

La sentencia de apelación se refiere a la sentencia de 26 de mayo de 2009 en el procedimiento de mutuo acuerdo, que fijó la pensión del hijo en 700 euros mensuales, y al acuerdo de las partes en el procedimiento de modificación de medidas salvo en lo referente a la referencia de la escala de la pensión al SMI de Méjico o al de España. Reitera que, tratándose de una previsión de futuro, la sentencia del Juzgado parte de la cuantía fijada en su momento con una escala a la baja en función de los ingresos de la madre, que resulta razonable teniendo en cuenta lo pactado en su momento y la inicial diferencia de ingresos entre ambos progenitores.

Respecto a la discrepancia relativa al SMI indica que tanto en el convenio de 5 de mayo de 2009 como en la propuesta de pacto de relaciones familiares se preveía la posible residencia del menor en Méjico haciendo en el primero especial referencia al IPC señalado por el INE, y en el segundo a la pensión fijada en euros. Por tales motivos se confirma íntegramente la sentencia apelada.

**CUARTO.**— El primer motivo del recurso de casación, único admitido, se funda en infracción del artículo 82 del CDA. Alega el recurrente que la sentencia recurrida no establece el hilo argumental que permita señalar la cuantificación de las necesidades del hijo común y la contribución de cada progenitor, y que se pronuncia íntegramente por la pretensión de la parte demandada. También arguye que la sentencia fija unas cantidades excesivas y desproporcionadas no coincidentes con las tablas orientadoras para la determinación de las pensiones alimenticias publicadas por el Consejo General del Poder Judicial el 12 de julio de 2013. Y que se obliga al padre a contribuir tanto cuando el hijo convive con él como cuando convive con la madre quien, sin embargo, no está obligada a contribuir cuando el menor convive con el padre.

En definitiva, el recurrente expresa su disconformidad con el importe de la pensión que debe satisfacer por referencia a las mencionadas tablas orientadoras y por falta de proporcionalidad con la contribución que se exige a la madre. Intro-

duce así nuevos elementos de discusión que no había alegado en la instancia ni en el recurso de apelación, y ninguna referencia hace sobre los fundamentos de la sentencia recurrida.

Debe recordarse que el objeto del recurso de casación es velar por la correcta aplicación de las normas atinentes para la resolución del caso (artículo 477.1 LEC), que en este caso señala el recurrente en el artículo 82 del CDFA, pero sin concretar cuál de sus apartados ni la razón de la vulneración legal, salvo la genérica del excesivo importe de la pensión que debe satisfacer y la desproporción con la contribución de la madre.

No alude el recurrente a que tanto la sentencia de primera instancia como la de apelación toman como punto de partida el acuerdo de ambos progenitores en el importe de 700 euros mensuales de pensión para el hijo recogido en la sentencia de 26 de mayo de 2009 sobre la base de la custodia individual de la madre y, fundamentalmente, el mismo acuerdo recogido en la sentencia del Juzgado de 17 de septiembre de 2014 en el actual proceso de modificación de medidas, ahora bajo el régimen de custodia compartida, para cuando el hijo conviviera con la madre.

Como se ha dicho, el único desacuerdo del padre en relación con la sentencia del Juzgado fue que para fijar la contribución de la madre se atendiera al SIM de España y no al de Méjico, como él había solicitado. Y ése fue también el motivo esencial de su recurso de apelación.

La sentencia recurrida rechaza los argumentos del recurso de apelación recordando los anteriores acuerdos, y que la cuantía de la pensión resultaba acorde en función de los ingresos del actor y de la carencia de los mismos por parte de la madre. En la previsión de que la madre trabajara en Méjico se fijó la escala a la que se ha hecho referencia, sobre la que el recurrente mostraba su disconformidad por la referencia al SIM de España y no al de Méjico.

Así pues, introduce el recurrente nuevos elementos de debate, lo que no cabe en el recurso extraordinario de casación, que debe centrarse únicamente en la aplicación por la sentencia recurrida de las normas que se afirman infringidas. La cuantía de la pensión viene adecuadamente justificada en la sentencia partiendo de la conformidad dada por el propio recurrente en la primera instancia, a lo que añade el argumento de los ingresos del padre y la falta de los mismos por parte de la madre. No tenían que sujetarse los tribunales de instancia a una tabla orientadora que no pueden privar de eficacia a los acuerdos entre las partes. Las medidas judiciales se adoptan a falta de pacto entre los padres (artículo 79 del CDFA) y el recurrente solo se opone ahora a la cuantía cuando su única objeción fue sobre la escala a tener en cuenta en el caso de que la madre obtuviera ingresos.

Ya ha dicho esta Sala reiteradamente, con referencia a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas su sentencia nº 721/2011, de 28 de octubre de 2.011, recurso 926/2010), referida al principio de proporcionalidad del artículo 146

del Código civil, que la misma *“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”*.

Los mismos razonamientos deben ser aplicados a los gastos de asistencia regulados en el artículo 82 del CDFA y al criterio de proporcionalidad, reforzado en el presente caso por el acuerdo inicial de los progenitores, salvo en la aplicación a la escala del SIM de uno u otro país, lo que es igualmente justificado y resuelto en la sentencia recurrida sin que la parte recurrente haga alegación alguna al respecto en su recurso de casación.

En consecuencia, no se ha producido vulneración alguna del artículo 82 del CDFA por lo que el recurso debe ser rechazado.”

**\*\*\* Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 2 de octubre de 2015. Custodia compartida. Discriminación. Principio de igualdad. Opinión de los menores. Limitación temporal del uso de vivienda familiar. Recursos económicos de progenitores y mayoría de edad de los hijos**

**“PRIMERO.— Antecedentes relevantes.**

1. En fecha 26-01-09 recayó sentencia firme acordando el divorcio de D<sup>a</sup> María T. L. y D. José Javier M. I. La resolución atribuyó la guardia y custodia a la madre, con un régimen de visitas a favor del padre de fines de semana, una tarde entre semana, así como la mitad de las vacaciones escolares.

El uso de la vivienda habitual se atribuyó a la esposa y a los hijos comunes, sin fijar duración.

2. Los hijos del matrimonio son menores de edad, siendo sus fechas de nacimiento las siguientes: M y L el 03, y P el 05.

3. D. José Javier M. I. presentó demanda de modificación de las medidas acordadas en la sentencia de divorcio, interesando el establecimiento de un régimen de custodia compartida, con supresión de la pensión de alimentos y contribución a los gastos en proporción 70/30. Además, instó una limitación en el uso de la vivienda hasta el 31-12-15.

4. La sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Zaragoza el 24-10-14, estimando parcialmente la demanda, acordó, por lo que a este recurso interesa:

a) El mantenimiento de la custodia individual a favor de la madre, si bien incrementando el régimen de visitas del padre.

b) Introdujo una duración temporal en el uso del domicilio familiar hasta el día 4-05-23, fecha

en la que el menor de los hijos alcanzaba la mayoría de edad.

5. El juzgador de primera instancia justifica el mantenimiento de la custodia individual a favor de la madre, acordado en la sentencia de divorcio, en que *“si bien el padre está cualificado para poder ejercer una custodia compartida, el mismo no ha demostrado objetivamente (en el régimen hasta la fecha vigente) su disponibilidad para un sistema como el mencionado en el que el nivel de atención a los hijos ha de ser constante (en sede de medidas provisionales se constató que en muchas ocasiones eran los padres del demandado quienes recogían a los menores y los llevaban al domicilio hasta que salía el señor M. de trabajar, llegando a casa prácticamente al finalizar el horario de visita y con el tiempo justo para reintegrarlos al domicilio de la madre al que incluso en algunos casos se dijo que los llevaban los abuelos paternos —o una tercera persona cuando el abuelo paterno estuvo aquejado de una grave enfermedad)”*.

Por lo que se refiere al uso de la vivienda, en la sentencia del juzgado se recoge:

*“Tal interés superior de los menores es el que debe presidir toda decisión y en este caso ello comporta que el derecho de uso se deba extender hasta el momento en que el más pequeño de los hijos alcance la mayoría de edad pues si bien es un momento en el que es ordinario no haberse integrado en el mercado laboral en caso de estudiar, ello no obstante el grado de madurez que comporta la mayoría de edad permite asumir de forma serena lo que es un cambio de residencia a una de unas características que pueden ser diferentes a las del actual. Tal hijo es P y al constar nacido el .2005 ello supone que cumplirá los 18 años el .2023, momento hasta el que se estima prudencial mantener el derecho de uso”*.

6. La sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 29-04-15, desestima el recurso de apelación y confirma íntegramente la resolución de primera instancia.

7. La sentencia de apelación argumenta, en su fundamento de derecho cuarto, las razones por las que se mantiene la custodia individual, señalando:

*“Actualmente, la disponibilidad laboral de ambos padres es similar, requiriendo ambos el uso de apoyos para atender a sus hijos. Si bien, la predisposición del padre para estar con sus hijos ha sido muy limitada por la imposibilidad de conciliación de la vida laboral. A pesar de la voluntad de cambio que el Sr. M. refiere en cuanto a una flexibilidad laboral, dicha flexibilidad ya pudo hacerse efectiva con anterioridad y hasta el momento no ha hecho uso de la misma, no habiendo garantías de que a partir de ahora se de un cambio al respecto”*.

En la resolución también se dice: *“Igualmente se ha practicado en esta instancia exploración judicial de los menores de 12 y 10 años, con juicio suficiente en relación a su edad, en la que se constata la buena relación con ambos progenito-*

*res y su satisfacción con el actual sistema de estancias, encontrándose perfectamente adaptados al mismo”*.

En relación al uso del domicilio familiar, la sentencia entiende que *“atendiendo a la edad de los menores y a la posibilidad económica de ambos progenitores se estima razonable el período que fija la sentencia apelada...”*.

#### **SEGUNDO.— Recurso de casación.**

8. Frente a la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, el recurrente interpone recurso de casación al amparo del art. 477.3 LEC y art. 3.3 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre casación foral aragonesa, por presentar la resolución del recurso interés casacional.

El recurso se articula a través de dos motivos. En el primero se entiende infringido el art. 80 CDFA; en el segundo el art. 81.3 en relación con el art. 79.5, ambos del CDFA.

9. Con carácter previo a entrar a conocer sobre los dos motivos de casación alegados por el recurrente, es preciso recordar la doctrina de esta misma Sala sobre lo límites y función del recurso de casación, recogidos, entre otras, en la sentencia de 30-09-13, recurso de casación núm. 26/2013:

*“(…) para el examen del recurso de casación es necesario tener en cuenta que, no habiendo articulado la parte recurrente motivos de infracción procesal, el tribunal debe partir de los hechos probados en las instancias, sin realizar modificación alguna, ya que el recurso de casación no constituye una tercera instancia. Desde dichos hechos es función casacional examinar si son subsumibles en el supuesto de hecho contemplado en la norma, pues la función nomofiláctica que corresponde al recurso de casación radica fundamentalmente en determinar la correcta aplicación del ordenamiento jurídico a los hechos tenidos por probados. Como afirma la STS 593/2013, de 4 de febrero, citando la de la misma Sala 765/2012, de 28 de diciembre, el supuesto de hecho al que se ha de proyectar el recurso de casación no es el que pueda haber reconstruido, interesadamente o no, la parte recurrente, sino el que hubiera declarado probado la sentencia recurrida como consecuencia de la valoración por el Tribunal que la dictó de los medios de prueba que se practicaron en el proceso. Consecuentemente, queda fuera del ámbito de la casación la reconstrucción de los hechos declarados probados en las instancias”*.

#### **TERCERO.— Examen del primer motivo de casación.**

10. En el primer motivo de su recurso, el recurrente entiende infringido el art. 80 CDFA. Afirma el carácter preferente de la custodia compartida y considera que el único argumento empleado por la sentencia recurrida para mantener la custodia individual es discriminatorio.

El recurso señala que el único aspecto negativo que recoge la sentencia para mantener la custodia individual y rechazar la compartida es que la predisposición del padre para estar con sus hijos

ha sido muy limitada, por lo que no hay garantías de que si antes tuvo imposibilidad de conciliar la vida laboral y familiar, pueda hacerse cargo de sus hijos. Entiende el recurrente que este razonamiento encierra una discriminación entre los progenitores y es contrario al principio de igualdad.

11. El art. 14 CE, que el recurrente no menciona, comienza estableciendo una cláusula general de igualdad, para, a continuación, prohibir unos concretos criterios de discriminación (nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social). Estos criterios o supuestos, que no se limitan a los mencionados en dicho artículo, puesto que no contiene una lista cerrada, *“representan una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE”* (SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2; 145/1991, de 1 de julio, FJ 2).

El recurrente no menciona el supuesto en virtud del cual es discriminado, motivo por el cual no es posible entrar a conocer sobre la alegada discriminación. Y ello porque para poder hablar con propiedad de discriminación no basta con un trato desigual, sino que es necesario que sea injustificado y basado en la aplicación de uno de los supuestos que la CE o los convenios o tratados internacionales definen como discriminadores.

12. Por lo que se refiere a la vulneración del principio de igualdad, nuestro Tribunal Constitucional, entre otras en la sentencia 200/2001, de 4 de octubre, establece:

*“a) El art. 14 CE contiene en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad, por una conocida doctrina constitucional, como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas”.*

En definitiva, lo que prohíbe el principio de igualdad son las desigualdades de trato que resultan artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados.

13. Por lo que se refiere a la aplicación del principio de igualdad de los cónyuges en la guarda y custodia de los hijos comunes, dijimos en nuestra sentencia de 4-03-14 (recurso de casación núm. 41/2013):

*“El punto del que parte el legislador aragonés es, ciertamente, el de igualdad de los cónyuges en las relaciones parentales, y así constaba en el propio enunciado de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, actualmente incorporada al CDFa; pero en ese propio régimen de igualdad se permite la custodia individual, a cargo de uno de los progenitores, el padre o madre, cuando ello convenga a satisfacer el superior interés del menor.*

*Lo que la norma fundamental impide es un trato legislativo desigual, que carezca de razón justificativa. La ley aragonesa no establece una desigualdad entre cónyuges, sino la posibilidad de que solo uno de ellos sea el titular de la guarda y custodia de los hijos menores, cuando ello resulte más conveniente para dicho interés superior”.*

14. Sentado lo anterior, en el presente caso la sentencia recurrida, al mantener la custodia individual a favor de la madre, no incurren en desigualdad alguna, por lo que el recurso debe ser desestimado por este motivo.

La sentencia valora las circunstancias que concurren en el presente caso, concluyendo, tal como hizo la de primera instancia, que, aunque la disponibilidad laboral de ambos padres es similar, requiriendo ambos el uso de apoyos para atender a los hijos, la predisposición del padre para estar con sus hijos ha sido muy limitada por su imposibilidad de conciliar su vida laboral con la familiar, razón por la que ha sido la madre la que se ha venido haciendo cargo de los hijos.

Como puede verse, la propia resolución establece una clara diferencia en la implicación que ambos progenitores han tenido hasta ese momento en el cuidado de los hijos comunes, y esa diferencia es la que justifica la decisión de mantener la custodia individual de la madre.

La resolución no trata de manera desigual a ambos progenitores, sino que parte de un criterio objetivo y razonable que justifica su decisión, basado en el interés de los menores: la desigual implicación de ambos progenitores en el cuidado de los hijos. Por tanto, la valoración que hace la sentencia de apelación de los hechos declarados probados no puede ser calificada de irracional, ilógica o arbitraria.

15. El recurrente hace referencia también en su recurso a la exploración judicial practicada en segunda instancia, considerando que debe ser valorada con prudencia. Señala que no debe ser la voluntad de los menores la que decida el litigio, mencionando al respecto doctrina de este Tribunal.

Es cierto que esta Sala ha venido considerando, tal como manifiesta el recurrente, entre otras en sentencias de 10-07-13 y 12-07-13 -esta última en el recurso 17/2013-, que la opinión de los menores *“(…) debe ser siempre observada con la debida atención para descubrir su auténtico valor, puesto que debe tenerse en cuenta que un menor no siempre reúne la necesaria presencia de conocimiento exhaustivo de las distintas circunstancias a tener en cuenta para valorar hasta qué punto*

*puede serle perjudicial uno u otro régimen de custodia, ya que el ámbito de conocimiento de una niña, por mucha madurez que tenga, no es aceptable que alcance a ponderar más allá de lo que su corta formación y experiencia vital le permite llegar a conocer. Por ello, aun siendo relevante su opinión, especialmente en cuanto pueda aportar datos de importancia, no es, en cambio, de admitir que su proceso intelectual, en el doble aspecto cognoscitivo y volitivo, pueda tener tanta certeza como para admitirlo sin las necesarias matizaciones y valoración que corresponde finalmente hacer, en todo supuesto de menores de edad, a los encargados de asegurar su mejor atención y cuidado”.*

Sin embargo, esto solo significa que la opinión de los hijos menores no es el único factor a tener en consideración, ni constituye un criterio preferente al que haya que atender en todo caso. Pero en modo alguno impide, como sucede en el presente caso, que el juzgador pueda valorarla junto con otros factores para considerar que la custodia individual es el sistema que mejor defiende el interés del menor en el caso enjuiciado.

Tal como recoge la sentencia, la exploración pone de manifiesto la buena relación de los hijos con los dos progenitores y su satisfacción con las estancias fijadas en el sistema de custodia individual vigente.

#### **CUARTO.— Examen del segundo motivo de casación.**

16. El recurso entiende infringido el art. 81.3 en relación con el art. 79.5, ambos del CDFA.

El recurrente, que interesó en su demanda la limitación hasta el 31-12-15 del derecho de uso de la vivienda familiar, atribuido a la esposa en el convenio de divorcio con carácter indefinido, considera que la sentencia recurrida no ha valorado la alteración de las circunstancias económicas de la esposa, que han mejorado respecto a la que tenía cuando se acordó el divorcio.

El recurso efectúa una nueva valoración probatoria, reexaminando la prueba practicada, lo que está vedado en el recurso de casación. Para ello debería haber planteado el correspondiente motivo de infracción procesal. Al no hacerlo así, su pretensión debe ser rechazada.

17. También alega que el plazo fijado en la sentencia de instancia, confirmado por la de apelación, que mantiene el uso de la vivienda a favor de la esposa hasta que el menor de los hijos alcance la mayoría de edad (4-05-23), es contrario a las reglas de la lógica y a la equidad, contrariando lo dispuesto en el art. 81.3 CDFA, puesto que un plazo de 15 años convierte en la práctica en indefinida la atribución del derecho de uso, impidiendo a uno de los copropietarios, el recurrente, planificar y organizarse económicamente y disponer del bien principal adquirido durante el matrimonio.

18. El precepto dispone: “La atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores debe tener una limitación temporal que, a falta de acuerdo, fijará el Juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia”.

Se trata de una decisión discrecional del Juez, que debe valorar las circunstancias concurrentes, a salvo siempre de la arbitrariedad, o el razonamiento irracional o ilógico.

En el presente caso la resolución recurrida respeta plenamente el contenido del art. 81.3 CDFA, puesto que establece una limitación temporal acorde con las circunstancias concurrentes en la familia, ya que tiene en cuenta la edad de los hijos menores y las posibilidades económicas de cada progenitor. Ambos factores fueron analizados con detalle en la sentencia de instancia, análisis asumido por la sentencia de apelación al confirmarla.

Así, la sentencia de instancia pone de manifiesto que los ingresos del padre son muy superiores a los de la madre, manteniendo la atribución del uso de la vivienda a favor de esta última, con la que conviven los hijos, hasta el 4-05-23, por ser la fecha en que el menor de los hijos comunes será mayor de edad, “momento en el que se alcanza un grado de madurez que permite asumir de forma serena lo que supone un cambio de residencia”.

La diferencia retributiva entre los progenitores y esperar a que se alcance la mayoría de edad por el menor de los hijos son criterios objetivos y razonables para fijar el período de atribución del uso de la vivienda familiar, que en modo alguno infringen las reglas de la lógica y la equidad, y no desvirtúan la limitación temporal exigida por el precepto, por lo que el recurso debe ser desestimado.”

#### **\*\*\* Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 5 de octubre de 2015. Custodia compartida. Factores legales. Nueva valoración de la prueba**

**“PRIMERO.—** El día 28 de julio de 2014 el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Zaragoza dictó sentencia por la que acordaba la disolución por divorcio del matrimonio celebrado por los litigantes el día 30 de junio de 2001 y en el que habían tenido un hijo, M. M. G., nacido el 2006.

Establecidas en la sentencia las medidas reguladoras de los efectos de divorcio, la madre presentó recurso de apelación, que fue resuelto por la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza por la sentencia objeto del presente recurso de casación, dictada el día 11 de Marzo de 2015, que revocó parcialmente la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, y, entre otros pronunciamientos que no son de relevancia a efectos de este recurso, denegó la procedencia de establecer el régimen de custodia compartida y acordó que el hijo menor quedaría bajo custodia de la madre, con establecimiento de régimen de visitas a favor del padre.

**SEGUNDO.—** Frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial se interpone por el padre el presente recurso de casación. El único motivo del recurso de casación puede dividirse, a efectos de su tratamiento en esta sentencia, en

dos partes claramente diferenciadas: en la primera de ellas (folios 6 a 13), el escrito de recurso funda la impugnación en la consideración de la parte recurrente de que la resolución impugnada ha incurrido en la infracción de los artículos 76.2 y 80.2 del Código de Derecho Foral Aragonés (CDFA), al no exponer la existencia de los factores legalmente previstos para valorar la posibilidad de excluir el régimen preferente de custodia compartida previsto en la norma aragonesa. La segunda parte del único motivo de recurso (folios 13 a 35) expone las conclusiones que, a juicio del recurrente, deberían extraerse de la prueba practicada respecto de los factores legales a considerar.

**TERCERO.**— En concreto, en el primer apartado de su impugnación, el recurrente señala que la sentencia recurrida no recoge de modo expreso referencia a los factores indicados como de necesaria ponderación conforme al artículo 80 del CDFA, ni cuáles son los mismos en el caso de autos, ni la valoración que de ellos se hace, afirmando, incluso, que resulta ayuna la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida sobre la imprescindible mención a los parámetros legales establecidos sobre los que debe pivotar la conveniencia del establecimiento o no de una custodia compartida.

Los factores de referencia son los indicados en el apartado 2 del apartado 80 del CDFA, que literalmente recoge:

“2. El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a los siguientes factores:

- a) La edad de los hijos.
- b) El arraigo social y familiar de los hijos.
- c) La opinión de los hijos siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años.
- d) La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos.
- e) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres.
- f) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.”

Pues bien, la lectura de la sentencia recurrida evidencia que en tal resolución sí han sido sopesados los parámetros legales que en el caso de autos se han presentado como relevantes de entre los citados en el apartado 2 antes expuesto. Así, se observa, primero, que la sentencia valora que no ha sido presentado por el ahora recurrente un plan detallado de la organización precisa para solventar los horarios escolares y de ocio del niño. Junto a ello, la sentencia recoge el estudio de factores tales como la edad del hijo menor, el arraigo social y apoyo familiar de uno y otro de los progenitores, la posibilidad de conciliación de la vida laboral y personal y familiar de cada uno de ellos y, en fin, otras circunstancias de induda-

ble relevancia, tales como la adaptación del menor a la nueva situación o la posibilidad previsible de acomodo del padre al sistema de custodia compartida.

Junto a la consideración de los factores indicados, la resolución recoge también la valoración correspondiente del informe psicosocial obrante en las actuaciones y, dentro de él, especialmente, lo referente a la implicación del padre en la toma de decisiones respecto del hijo menor.

En definitiva, por tanto, 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 antes citado artículo 80.2. Por el contrario, consta que los factores a considerar han sido tratados en el marco de la apreciación probatoria que corresponde a los tribunales de instancia.

**CUARTO.**— La segunda parte del único motivo de recurso de casación tiene como presupuesto la previa afirmación, rechazable por lo expuesto en el Fundamento de Derecho anterior, de que la sentencia impugnada no había valorado los factores legalmente previstos para acordar la posible implantación de la custodia individual. Dado que el presupuesto previo de esta razón de impugnación no ha sido admitido, irremisiblemente resulta también rechazable la segunda parte de la impugnación.

Sobre ello cabe, además, añadir que esta segunda parte de la impugnación pretende que esta Sala de Casación realice una nueva valoración de la prueba practicada, ya que el recurso de casación incluye casi literalmente los folios 15 a 35 del escrito de oposición al recurso de apelación que en su momento presentó la parte ahora recurrente, dirigidos a desgranar los resultados que, según la subjetiva interpretación del impugnante, debían derivarse de las pruebas practicadas. Esta repetición de pretensiones probatorias ante este Tribunal de lo interesado respecto de prueba ante la Sala de instancia no puede ser objeto de pronunciamiento, por exceder del objeto legalmente previsto para el recurso de casación por el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que no lo configura como una tercera instancia, como reiteradamente recuerda la Sala 1ª del Tribunal Supremo (por ejemplo, en sentencia de 16 de julio de 2015).”

### **\*\*\* Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 6 de octubre de 2015. Custodia individual. Falta de interés de progenitor no custodio**

**“PRIMERO.**— D. Wilfredo recurre la sentencia dictada que desestimó la apelación que interpuso contra la de primera instancia que otorgó a la madre, Dª Rubi, la custodia individual de la hija de ambos, J —nacida el 2008, antes del matrimonio que contrajeron el día 2 de marzo de 2012 en Quito, Ecuador, y estableció una pen-

sión alimenticia a favor de dicha menor a cargo del progenitor no custodio de 300 € mensuales.

Se impugna la sentencia por motivo de infracción procesal y por motivo de casación.

**SEGUNDO.**— Por infracción procesal.

Por lo que se refiere a la infracción procesal, invoca los motivos 2º y 4º del art. 469.1 LEC.

En punto al art. 469.1.2º LEC señala como infringidos los arts. 217 y 218 LEC, con olvido de que la correcta técnica casacional, que señala el Ministerio Fiscal en su informe, impide agrupar en un solo motivo dos infracciones diferentes: las reglas de la carga de la prueba recogidas en primero de los preceptos, y la falta de motivación, de que trata el segundo.

En lo que toca a la primera de las infracciones, ésta no se produce cuando el tribunal ha formado su decisión de hecho sobre la prueba practicada valorada en su conjunto de acuerdo con los criterios de valoración aplicables a cada una de ellas, ni cuando la discrepancia con la sentencia se concreta en si son o no suficientes las pruebas practicadas para tener como acreditado o no un hecho controvertido.

Así la STS 580/2012, de 10 de octubre (Rec. 463/2010), señala:

*“En relación al segundo motivo y respecto de la carga de la prueba, y también como marco de referencia, esta Sala tiene señalado, conforme a la Sentencia de Pleno de 11 diciembre 2009 que: “En definitiva, para que se considere que se ha infringido la carga de la prueba es preciso que la Sentencia estime que no se ha probado un hecho básico y atribuye las consecuencias de la falta de prueba a la parte a quien no le correspondía el onus probandi según las reglas aplicables para su imputación a una u otra de las partes, sin que pueda entenderse producida la infracción cuando un hecho se declara probado, cualquiera que sea el elemento probatorio tomado en consideración, y sin que importe, en virtud del principio de adquisición procesal, quien aportó la prueba”*

Y la reciente STS nº 223/2015, de 29 Abr. 2015 (Rec. 556/2013), dice por su parte:

*“Es doctrina reiterada de esta Sala la que afirma que las reglas de la carga de la prueba solo entran en juego cuando no se ha considerado probado un determinado extremo relevante, y el mismo no había sido admitido por la parte a quien perjudica, ni podía considerarse notorio. Pero no se vulneran esas reglas porque la parte considere insuficientes las pruebas que han servido para que el tribunal considere acreditado el extremo controvertido.”*

En el caso, la lectura de la sentencia y la de los argumentos desgranados por el recurrente en su recurso demuestran que la Audiencia no ha realizado el juicio de hecho mediante la aplicación de las reglas de la carga de la prueba establecidas en el art. 217 LEC, sino que, por el contrario, tanto dicha Sala como el Juzgador de primer grado basan el mismo en el análisis y valoración de los diferentes elementos de prueba a que hacen referencia en su fundamentación jurídica.

Así, el tribunal de apelación, que en su fundamento de derecho tercero juzga adecuados los argumentos dados por Juzgador de primer grado, hace puntual referencia a la prueba pericial practicada y a las explicaciones dadas por las partes en el juicio, y en modo alguno acude a las reglas de la carga de la prueba para hacer recaer sobre uno u otro litigante las consecuencias de la falta de la prueba sobre algún hecho relevante para la decisión de la cuestión sometida a debate.

La infracción que se señala, por tanto, no puede ser apreciada, lo que conduce a la desestimación del motivo.

**TERCERO.**— Tampoco puede serlo en cuanto denuncia falta de motivación.

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, pero para el cumplimiento del requisito de motivación de las resoluciones judiciales, exigida asimismo en el art. 120 CE y art. 6 CEDH, no es necesario dar una respuesta a cada uno de los argumentos aducidos por las partes, sino que basta con que expresen la razón en que se basan, de tal modo que la decisión aparezca como el resultado de una argumentación ajustada a los términos del debate a fin de garantizar una aplicación no arbitraria de las normas, lo que no autoriza a exigir un razonamiento pormenorizado de todos los aspectos planteados por las partes en sus alegatos (STEDH Bolea v Rumania, Kuznsov y otros v Rusia, Pronia v Ucrania, Dimitrelos v Grecia, Pérez v Francia, García Ruiz v España, y STC 247/2006, 186/2002, 77/2000).

En el presente caso, para comprobar el cumplimiento de tal exigencia, basta la lectura de la resolución apelada, que da razones más que suficientes para conocer el proceso lógico que lleva a la Sala a las conclusiones fácticas y jurídicas que conducen a la solución dada al litigio; y lo mismo se desprende de los extensos alegatos que contiene el recurso, en los que se hace constante referencia a los argumentos empleados en la resolución impugnada.

En efecto, primero el Juzgado con argumentos que la Sala de apelación acoge en su resolución, y después este último tribunal desenvuelven de forma suficiente los argumentos que conducen a la respuesta que dan a las cuestiones que le han sido planteadas. Otra cosa, claro está, es que tales razones sean discutidas por el recurrente, como lo son en el recurso de casación que analizaremos a más adelante.

**CUARTO.**— Pese a que lo anuncia en su recurso de infracción procesal, nada dice el recurrente para fundamentar el motivo previsto en el art. 469.1.4º LEC, como también con acierto señala el Ministerio Fiscal.

De acuerdo con el art. 469.1.4º LEC invocado, el motivo por infracción procesal pueda basarse en *“vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE”*, lo que obviamente exige la identificación de un derecho fundamental de los que fluyen de

dicho precepto, y exige asimismo explicar las razones por las que se dice que el mismo ha sido vulnerado. Sin embargo, nada de ello se contiene en el recurso presentado, por lo que difícilmente podemos dar otras razones que las acabadas de exponer para su rechazo.

**QUINTO.**— Recurso por motivo de casación.

Esta Sala ha de resaltar la falta de un examen de cual sea la legislación aplicable al caso en ambas instancias, y ello pese al manifiesto elemento de extranjería existente en el litigio, que consiste en la nacionalidad de los cónyuges y de su hija común, todos ellos con residencia habitual en España, así como el lugar de celebración de matrimonio -la ciudad de Quito (Ecuador)-, y a la exigencia de orden público proclamada por el art. 12.6 CC, que obliga al Juzgador a aplicar de oficio la normas de conflicto de leyes dirigidas a establecer cual sea la legislación aplicable en el caso de que concurra algún elemento de extranjería.

Así, la demanda cita cumulativa e indistamente preceptos del Código civil y del CDFA, y ninguna de las sentencia de la instancia hacen cuestión sobre la legislación aplicable, de tal modo que la primera aplica explícitamente normas de derecho común y de derecho civil propio de esta Comunidad, y la de apelación se basa tan solo en estas últimas normas, pero sin dar razón de ello.

Pues bien, en el caso, como se dice, se trata de un matrimonio contraído en Ecuador 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 artículo 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 L 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 artículo 5.1 del Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996, y a los alimentos, por así resultar del artículo 3.1 del Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007, en ambos casos por razón de la residencia de la menor.

Decidida la ley española como aplicable, tan sólo resta por determinar si lo es la aragonesa o la común, cuestión que ha de ser resuelta a favor de la primera por ser Aragón el territorio de residencia de todos los afectados, dada la inaplicabilidad de la conexión establecida en el art. 14 CC, en tanto que ninguno de los afectados puede tener vecindad de cualquiera de los territorios con derecho civil propio por no ser españoles, lo que conduce al punto de conexión de la residencia en virtud de los arts. 47 y 48 Convenio de la Haya 1996, 16 del Protocolo de 2007 y 15 del Reglamento de 2010.

En consecuencia, el recurso ha de ser decidido de acuerdo con la legislación aragonesa, que es la única aplicada por la Sala, y la única que se dice vulnerada en el recurso de que conocemos.

Tampoco puede dejar de señalar la Sala que el recurrente, en contra de la claridad y precisión que el art. 481.1 LEC y el acuerdo no jurisdiccional del TS de 30 de diciembre de 2011 exigen, no separa en diferentes motivos las diversas infracciones de normas sustantivas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso que invoca, sino que alega una pluralidad de infracciones sin la necesaria separación, que incluyen desde vulneración de normas procesales a infracción de diversas normas sustantivas, si bien es cierto que las presenta en forma de subapartados de una misma fundamentación 7º, por lo que el recurso superó la fase de admisión gracias a una interpretación favorable de las normas procesales guiada por el principio *pro actione*.

Así, con el ordinal 7.1º, señala vulneración de normas procesales, que a su vez subdivide en los apartados 7.1.1, en el que reitera la infracción de las reglas de la carga de la prueba ya estudiada en sede del recurso por motivo de infracción procesal y; 7.1.2, en que afirma omisión en la relación de hechos probados, y/o contradicciones o incongruencias en la propia relación fáctica de los hechos. Con el ordinal 7.2º afirma vulneración de los arts. 75.2 y 76.2.b del CDFA “por la indebida aplicación de los mismos”. Bajo el ordinal 7.3º afirma vulneración del art. 80.2 CDFA en relación con la doctrina jurisprudencial que lo interpreta. En el ordinal 7.4º denuncia vulneración del art. 82 CDFA en cuanto a la decisión sobre pensión compensatoria. Finalmente, bajo el ordinal 7.5º sostiene infracción del principio favor filii y del criterio preferente de la custodia compartida establecida por la doctrina jurisprudencial de esta Sala Civil y Penal.

**SEXTO.**— Ordinal 7.1º. Vulneración de normas procesales.

El mero enunciado del motivo, congruente con las alegaciones que le siguen, conduce a su rechazo.

De acuerdo con el art. 477.1 LEC:

*“El recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso.”*

Por ello, el sustento de la casación en la infracción de normas procesales se halla necesariamente destinado al fracaso, lo que conduce al rechazo del recurso en cuanto comprendido en el ordinal que se estudia. Ello pudo ser apreciado en su día como causa de inadmisión del motivo, y en este momento procesal da lugar a su desestimación.

**SÉPTIMO.**— Ordinales 7.2º y 7.3º y 7.5º.

Todos ellos van dirigidos a combatir la decisión por la que se ha optado por el régimen de custodia individual atribuida a la madre.

En el primero de dichos apartados se afirma la vulneración de los arts. 75.2 y 76.2.b CDFA, y el recurrente alega que sido objeto de “*indebida aplicación*” porque ha sido vulnerado al derecho a la igualdad de los padres en la relaciones familiares y a la participación igualitaria en la crianza y educación en el ejercicio de la autoridad fa-

miliar; en el segundo, vulneración del art. 80.2 CDFA porque la Sala decide la custodia individual de la menor Jenifer pese a que no resulta acreditada la existencia de factor alguno de los recogidos en el art. 80.2 CDFA que pueda hacer más conveniente tal régimen de custodia frente a la compartida señalada en dicha norma; y, finalmente, en el tercero, se sostiene infracción del principio favor filii y del criterio preferente de la custodia compartida establecida por la doctrina jurisprudencial de esta Sala Civil y Penal.

Según se ve, el recurrente cita como infringidos preceptos genéricos 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 lo desarrolle (STS 1118/2007 de 16 octubre o ATS 21 de enero de 2014 RC 949/2013), en el caso el art. 80.2 CDFA, que es el que ha sido aplicado en la instancia, por lo que el estudio las alegaciones vertidas en los ordinales que se dejan indicados como encabezamiento del presente fundamento ha de ser realizado conjuntamente, bajo la sola cuestión de si la Sala ha aplicado debidamente el art. 80.2 CDFA, y en particular los criterios que establece para discernir en cada caso el sistema de guarda que más se acomoda al interés superior del menor.

**OCTAVO.**— De acuerdo con el art. 80.2 CDFA:

*“2. El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a los siguientes factores:*

- a) La edad de los hijos.*
- b) El arraigo social y familiar de los hijos.*
- c) La opinión de los hijos siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años.*
- d) La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos.*
- e) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres.*
- f) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.”*

Como hemos indicado, en múltiples ocasiones (sentencias de 30 de septiembre de 2011, de 9 de febrero de 2012 y 11 de marzo de 2013) el criterio legal consagrado en el art. 80.2 CDFA sobre la custodia compartida no excluye la necesaria valoración en cada supuesto concreto de las distintas circunstancias concurrente 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, ó el informe elaborado por los técnicos psicólogos o asistentes sociales.

De otro lado hemos, dicho en nuestra sentencia de 30 de junio 2015:

*“Pues bien, como señala la STS 251/2015, de 8 de mayo, el recurso de casación en la determinación del régimen de guarda y custodia no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia. Es cierto que en la ley aragonesa el legislador se ha ocupado de establecer los factores a los que ha de atender el juzgador a la hora de decidir cuál de los sistemas de custodia posibles es el que más conviene en cada caso al menor, y establece una preferencia por la custodia compartida que obliga al juzgador de instancia a partir en su análisis de tal premisa, pero de ahí no se sigue que la Sala de casación pueda sustituir el criterio afirmado por la sentencia recurrida, si, atendidos aquellos factores, concluye razonadamente que la individual es la guarda que mejor satisface el interés del menor.”*

En el presente caso, el juzgador de primer grado desenvuelve tres razones, que finalmente resume en el escaso interés mostrado por el recurrente en mantener contacto con su hija, por las que opta por el sistema de custodia individual, y la Sala arguye por su parte que:

*“El informe pericial recomienda la guarda y custodia compartida con rotación semanal, dado que se indica que ambos progenitores se muestran de acuerdo con el ejercicio de la custodia compartida, no obstante la demandante en el acto de la vista negó su conformidad al no entender claramente el significado de la custodia compartida, igualmente el Juzgado razona de manera adecuada los motivos por los cuales se aparta del criterio legal, llevando el menor más de un año sin pernoctar con su padre, habiéndolo visitado en escasas ocasiones, por otro lado, no son convincentes las razones que expone el recurrente, dado que se encontraba en vigor el auto de medidas civiles de la orden de protección de 26-6-2013 sin que desde el mes de agosto de 2013 continuara visitando a su hijo tal y como se expone pormenorizadamente en la Sentencia apelada, por lo que es claro que parece adecuado que se mantenga el régimen de vistas fijado en la Sentencia, que se considera lo más adecuado en beneficio de la menor .....”*

Las razones expuestas en ambas instancias son reconducibles a los criterios señalados en el art. 80.2 CC, que no recoge un listado cerrado sino abierto, como resulta con claridad del apartado “f” del precepto antes transcrito, que permite valorar “cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.”, por lo que pueden ser apreciados factores como la falta de interés del padre en la comunicación con su hija que en la instancia se dice acreditado, como ocurrió en el caso resuelto en nuestra Sentencia 10/2011, en la que se apreció una actitud pasiva del padre en todo lo referente al cuidado y atención del menor; o la inconveniencia de la imposición de una custodia compartida tras un período largo de distanciamiento del menor con

uno de los progenitores, que parece latir en la decisión de la audiencia.

Y en contra de lo dicho no puede ser invocado el contenido del informe del gabinete psico-social, pues, como señalan las sentencias de instancia, el mismo se basa exclusivamente en el supuesto tenido por erróneo en ambas resoluciones —lo que no sido discutido mediante vía adecuada de impugnación— de que D<sup>o</sup> Rubi se mostró de acuerdo con el régimen de custodia compartida reclamado por su esposo.

En consecuencia, la Sala no encuentra motivos para variar el criterio sustentado en la sentencia recurrida.

**NOVENO.**— Ordinal 7.4º alimentos.

El motivo señala como vulnerado el art. 82 CDFA, pero no se explica la razón de ello, pues se limita a indicar la regla de contribución proporcional a los recursos con que cada uno de los progenitores ha de contribuir a satisfacer los gastos de asistencia de los hijos a su cargo, y que la Sala ha decidido una pensión a favor de la hija a cargo del padre de 300 € mensuales como contribución a gastos ordinarios y que los gastos extraordinarios sean sufragados al 50% por ambas partes.

Es doctrina jurisprudencial consolidada, que se contiene en la STS 4/2014:

*“... el juicio de proporcionalidad .. “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 “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” (SSTS de 21 noviembre de 2005; 26 de octubre 2011; 11 de noviembre 2013, entre otras).*

Criterio este que ha sido asumido por esta Sala en sentencias tales como la n.º 18/212 en la que dijimos:

*“Como afirma la propia recurrente, el quantum de la pensión se establece según el prudente arbitrio del juzgador. El Ministerio Fiscal alude a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas la sentencia n.º 721/2011, de 28 de octubre de 2.011, recurso 926/2010), referida al principio de proporcionalidad del artículo 146 del Código civil:*

*“La jurisprudencia de esta Sala ha declarado repetidamente que el juicio de proporcionalidad del art. 146 CC “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 reser-*

*vada al Tribunal de instancia, y por consiguiente, no puede ser objeto del recurso de casación” (STS 903/2005, de 21 noviembre y las allí citadas).”*

*Lo mismo cabe decir del criterio de proporcionalidad señalado por el legislador aragonés entre los ingresos de ambos padres para contribuir a los gastos de asistencia a los hijos establecido en el artículo 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 (artículo 82.2 CDFA). Se debe respetar la valoración de la prueba realizada por el juez, solo impugnabile en el recurso extraordinario por infracción procesal por la vía del artículo 469.1.4.º LEC en el caso de resultar manifiestamente arbitraria e ilógica y, como señala el Tribunal Supremo, el juicio de proporcionalidad no es susceptible de revisión casacional salvo vulneración clara del mismo o razonamiento ilógico e irracional”*

Pese a ello, el recurrente no dedica esfuerzo alguno en argüir la grosera falta de respeto al principio de proporcionalidad que es presupuesto de la revisión casacional de la aplicación de la norma cuyo incumplimiento denuncia, a lo que se une, además, que no es claro en este punto.

En efecto, tanto en su contestación a la demanda como en la apelación solo previó la custodia compartida como escenario, y en el primero de los escritos solicitó que cada uno de los progenitores se hiciera cargo de los gastos ordinarios de la menor durante el tiempo en que le correspondiera la custodia, mientras que en la apelación mantuvo la apertura de una cuenta común en la que él ingresaría 200 euros al mes y la madre 100 euros. En lo que toca a los extraordinarios defendió la distribución igualitaria en todo momento.

Ahora en casación vuelve a su petición inicial sin explicación alguna, y sin hacer mención al escenario de la custodia del menor atribuida individualmente a la madre, cuando esta es precisamente la situación tomada en consideración por la sentencia de primer grado cuyo pronunciamiento impugna sin éxito.

Por todo ello el motivo debe ser desestimado.”

### **\*\*\* Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 6 de octubre de 2015. Custodia compartida. Conciliación. Estabilidad de los menores. Visitas**

**“PRIMERO.**— Recurre el actor la Sentencia de instancia suplicando su revocación y se establezca la custodia compartida de los dos hijos menores, por periodos semanales alternos, o, subsidiariamente, se amplíe el régimen de visitas establecido hasta el lunes a la entrada del centro escolar los fines de semana, con pernoctas los días de visita intersemanal, y las vacaciones de verano a los meses de junio y septiembre, debiendo ponderarse la pensión alimenticia, reduciéndola a 260€ mensuales, con fundamento en error valorativo de la prueba practicada en el proceso.

**SEGUNDO.**— Reitera en su recurso su aptitud para asumir el cuidado de los menores, la flexibilización realizada de su horario de trabajo para llevarlo a cabo, y la recomendación favorable a su pretensión del informe psicológico practicado.

Sin embargo, no puede apreciarse el error valorativo imputado por el recurrente tras el examen de la prueba practicada.

Los dos hijos menores cuentan con 7 y 5 años de edad, respectivamente. Su madre ha sido su cuidadora con carácter preferente, al carecer actualmente de trabajo e ingresos, y haber desempeñado con anterioridad solo trabajos esporádicos y temporales.

El actor, es Cabo 1º del Ejército, se ha acogido a la flexibilidad de una hora por conciliación familiar, estando obligado a la realización de servicios y maniobras, no estando éstas prestables, habiendo participado en cinco misiones internacionales, la última de cuatro meses de duración tras el nacimiento de L. Alega recorrer diariamente 50Kms. Desde su residencia a su centro de trabajo, y carecer de apoyos familiares al vivir su familia en Cantabria (folios 103 y siguientes).

El informe psicológico practicado (folios 106 y siguientes) señala una relación conflictiva entre los progenitores, en la que está ausente el diálogo, siendo muy diferentes sus estilos educativos, presidido el del SR. S por aplicación de normas, cuyo cumplimiento exige con rigidez, y también un claro malestar en el menor A que presenta cierto rechazo hacia el padre, encontrándose en tratamiento psicológico que este último no refrenda.

La madre, a la que la perito atribuye un estilo educativo más permisivo, cuenta con la ayuda de sus padres, con los que los menores se relacionan frecuentemente, siendo para ellos personas de referencia.

No consta acreditado haya solucionado el actor sus problemas de conciliación y de falta de apoyos externos, ni que, en estos momentos, la voluntad del hijo menor se incline por un cambio de modo de vida.

Es preciso, en estas condiciones, preservar la estabilidad y tranquilidad de los niños, otorgando continuidad al que ha sido su régimen ordinario de vida, y dado que la alternativa que ofrece el padre carece de las garantías necesarias para preservar su correcto cuidado y atención, habiendo incurrido ya en incumplimiento de las visitas instauradas.

La custodia individual, en este caso, se estima la medida que mejor favorece el interés de los menores (artículo 80 del Código de Derecho Foral de Aragón), debiendo ratificarse, en consecuencia, el pronunciamiento combatido.

Igual suerte desestimatoria deben correr los otros dos pronunciamientos impugnados.

El régimen de visitas instaurado es lo suficientemente amplio como para permitir una adecuada y frecuente relación entre los hijos y su padre, y la pensión alimenticia, ante los nullos ingresos de la madre (subsiste con ayudas sociales y familiares), debe mantenerse por estimarse ajustada a los re-

ursos del padre y a las necesidades de aquellos (artículo 82 del Código de Derecho Foral de Aragón)."

**\*\*\* Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 7 de octubre de 2015. Custodia compartida. Cambio de lugar de residencia de progenitor no custodio. Interés del menor. Informe psicológico**

**"PRIMERO.**— En la demanda origen del presente recurso se instó la modificación de medidas —entre ellas, la custodia individual del menor Acordadas en la sentencia de 17 de marzo de 2011 recaída en procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo. Se pidió, concretamente, que se estableciera la custodia compartida del hijo común, y el correspondiente régimen de visitas y de contribución a los gastos de aquél. Se alegó, como fundamento básico de la pretensión, que había variado la circunstancia que determinó dicho régimen, cual era el hecho de vivir el padre (actor y ahora recurrente) en Tarazona.

La sentencia de primera instancia, a la vista de los factores que establece el artículo 80.2 del CDFA, llegó a la conclusión de que no concurren en el caso elementos suficientes para considerar la custodia individual como más conveniente al interés del menor, por lo que acordó el régimen de custodia compartida.

La sentencia de apelación —con base en consideraciones que después analizaremos— revoca la anterior para atribuir la custodia del niño a la madre, decisión contra la que se formula el presente recurso extraordinario.

**SEGUNDO.**— El primero de los motivos se formula por infracción procesal, con base en el art. 469.1.4º LEC. Alega la parte vulneración del art. 24 CE, al considerar que ha incurrido la Sala en una valoración arbitraria, irracional y manifiestamente errónea de la prueba pericial practicada, cuyo resultado —se afirma en el recurso— se ha obviado.

La sentencia objeto de impugnación expresa:

"Así, el informe psicológico practicado (folio 197 y ss) revela una alta conflictividad parental, siguiendo la demandada tratamiento psicológico desde mayo de 2013, habiendo acudido en septiembre de 2010 a consulta de trabajo social (folios 209 y 210).

El padre reconoce colaborar los fines de semana con la Asociación Y, y también los lunes y jueves de 6 a 7 h. de la tarde, llevando allí al menor cuando está en su compañía.

La madre ha sido la principal cuidadora del hijo menor, habiendo adaptado sus requerimientos laborales como auxiliar de enfermería a las necesidades del hijo, teniendo plena disponibilidad horaria para ello.

La perito recomienda un reparto de períodos alternativos con el hijo A, nacido el 2006, por entender que el menor muestra cierto posicionamiento hacia la madre, sin embargo, reconoce

que el menor mantiene buena relación con el padre”.

En efecto, las expresiones entrecomilladas son reflejo de las que en el informe se contienen, por tanto no es cierto (sin perjuicio de lo que más adelante se dirá) que se haya ignorado la prueba en cuestión, ni que se haya incurrido en error manifiesto en su valoración.

En el desarrollo del motivo indica la parte que no se ha argumentado de manera congruente la decisión de no adoptar los postulados del informe, y que se han obviado otras pruebas y actuaciones; reproduce a continuación unos fragmentos de su escrito de oposición a la apelación en los que reprocha la conducta de la contraparte, y concluye que la resolución “ha fallado en contra del régimen preferente de custodia compartida del Código Foral de Aragón, no solo sin argumentar correctamente el haber encontrado argumentos para desmarcarse de dicho régimen preferente sino directamente mediante una interpretación arbitraria e irracional (...)”.

Se utiliza, así, una técnica defectuosa, pues en el mismo motivo se mezclan diversas infracciones procesales (arbitrariedad en la valoración de la prueba y, aunque sin enunciarlo, falta de motivación) y sustantivas, con alegaciones ajenas al objeto del recurso.

Por todo lo anterior, el motivo se desestima.

**TERCERO.**— En el motivo de casación se denuncia infracción del artículo 80.2 del CDFa, por haberse apartado la sentencia del sistema preferente de custodia compartida sin haberlo razonado de manera suficiente, con argumentos erróneos y contradictorios.

De acuerdo con una constante jurisprudencia de esta Sala, que se recoge en la STSJA nº 36/2013, de 18 de julio:

“(...) decíamos en la sentencia de 8 de febrero de 2012 (recurso 27/2011), destacando en las sentencias sobre esta materia que el criterio preferente establecido por el legislador aragonés es el de la custodia compartida, tal como dispone el artículo 80.2 CDFa, como expresión del sistema que mejor recoge el interés de los menores salvo, como también expresa con claridad el referido precepto, que la custodia individual sea más conveniente.

La sentencia de la Sala de 1 de febrero de 2012 (recurso 24/2011), resume los criterios que deben seguirse en la exégesis del artículo 80 CDFa:

‘En sentencias de esta Sala dictadas en aplicación de la Ley 2/2010, cuyos preceptos han sido incorporados al Código de Derecho Foral de Aragón, se han establecido los siguientes criterios exegéticos acerca de dichas normas: a) La custodia compartida por parte de ambos progenitores es el régimen preferente y predeterminado por el legislador, en busca de ese interés del menor, en orden al pleno desarrollo de su personalidad, de modo que se aplicará esta forma de custodia siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin (Sentencia de 30 de septiembre de 2011); b)

El sistema no es rígido, salvo en un mandato que dirige al juez: el superior interés del menor (Sentencia de 13 de julio de 2011); c) Podrá establecerse un sistema de custodia individual, cuando éste resulte más conveniente para dicho interés, a cuyo efecto habrá de evaluar los parámetros establecidos en el art. 80.2 del Código (Sentencias citadas y la de 15 de diciembre de 2011); d) La adopción de la custodia individual exigirá una atenta valoración de la prueba que así lo acredite -la conveniencia para el menor- frente al criterio preferente de la custodia compartida, al que el precepto legal otorga tal preferencia en interés de los hijos menores (Sentencia de 15 de diciembre de 2011).

Para adoptar la decisión, en cada caso, será relevante la prueba practicada, especialmente los informes psicosociales - art. 80.3 CDFa- obrantes en autos, y la opinión de los hijos menores, cuando tengan suficiente juicio -art. 80.2 c) CDFa-. Por último, el Tribunal que acuerde apartarse del sistema preferentemente establecido por el legislador debe razonar suficientemente la decisión adoptada’ (...)”.

En resoluciones anteriores de esta Sala se ha respetado la opción de las sentencias de instancia por la custodia individual cuando en las mismas, a partir de los hechos probados, se ha valorado que eso es lo más conveniente para el interés del menor y no se evidencia en tal juicio irracionalidad o arbitrariedad. (Así, SSTSJA de 27 de febrero de 2013, 8 de febrero de 2012, 1 de febrero de 2012, 19 de octubre de 2012). A *contrario sensu*, si la sentencia resuelve de modo contrario a la lógica, procederá la casación de la sentencia.

**CUARTO.**— La sentencia recurrida (Fundamento Segundo) refiere que la demanda se fundó en el hecho de vivir actualmente el actor en María de Huerva, mientras que al tiempo del divorcio residía en Tarazona, donde trabajaba. Y expresa: “Al tiempo de presentar la demanda el actor trabajaba en Tarazona, distancia considerable de Zaragoza donde reside el menor con su madre, haciéndolo ahora en Zaragoza (...)”. Pero después, en otro pasaje (párrafo penúltimo del Fundamento tercero), expresa que “No existe, ni se ha probado en el presente proceso, circunstancia alguna que motive el cambio de custodia pretendido por el actor (...)”.

La mera lectura de la sentencia impugnada revela pues, como pone de manifiesto el recurrente, una evidente incoherencia. Y es clara la relevancia de la cuestión a la que atañe, ya que, como se ha dicho, fue precisamente el cambio en cuestión lo que sustentó la pretensión del actor de modificación de medidas.

**QUINTO.**— La parte recurrida, en su escrito de oposición al recurso, aduce que la modificación se pidió con base en un cambio de circunstancias no invocada ni justificada en la demanda, cuando lo que debe valorarse es la situación personal de las partes en el momento en que se interpone la demanda, ya que lo contrario infringe

el principio de seguridad jurídica y le causaría indefensión.

Olvida la demandada, con ese modo de razonar, que en los procesos atinentes a menores no rige con igual intensidad que en los ordinarios el principio de aportación de parte, ni en lo relativo a la incorporación del componente fáctico, ni en lo concerniente a su verificación o comprobación, en cuanto el tribunal ha de resolver ateniéndose a los hechos probados con independencia de la manera y el momento en que hayan sido introducidos en el proceso (art. 752.1), y la conformidad sobre los hechos o la tácita admisión de los alegados de adverso no son vinculantes para el tribunal (art. 752.2), que puede valorar con libertad todas las pruebas practicadas sobre ellos sin sujeción a regla de tasa (art. 752.2, in fine) e incluso acordar de oficio las que estime necesarias sobre los hechos relevantes para la adopción de las medidas que afectan a los hijos menores (arts. 770.4º, 771.3, 774.2, 775.2 y 777.4).

Sucedo, además, que en el acto del juicio, como consta en la grabación, ya se indicó por la Letrada al hilo de la presentación del documento acreditativo de la superación de la oposición, que podría elegir plaza, por lo que al curso siguiente probablemente ya estaría en Zaragoza.

**SEXTO.**— No obstante lo anterior, el mero hecho de que el padre haya pasado a residir (al tiempo del dictado de la sentencia recurrida y como se expresa en ella, también a trabajar) en Zaragoza, podría no bastar para variar, sin más, el régimen existente. Pues hace falta —habremos de repetirlo— que el cambio aparezca como más conveniente al interés del menor.

Corresponde por tanto a continuación, detenerse en las demás circunstancias a que alude la sentencia en su fundamentación, pues podría ocurrir que, pese a la modificación aludida, cupiera concluir la suficiencia de aquellas para sustentar la decisión.

Se alude, primeramente, a la ausencia de un plan organizativo concreto sobre la asunción de los cuidados del menor por el padre. Es ésta una expresión vaga, que no atiende (al menos no se nos dice por qué razón no lo tiene en cuenta) el dato de que en el informe pericial, y pese a que señala que *ambos progenitores* necesitan apoyos para compaginar su vida laboral y el cuidado del menor, se expresa que el régimen de custodia compartida propuesto permite cubrir todas las necesidades del menor. Tampoco en ese informe se contempla como un inconveniente (y no parece que lo sea ni la sentencia razona por qué lo considera así) la segunda de las circunstancias que menciona la resolución, cual es que el padre carece de vivienda independiente, al margen de familiares. En tercer lugar, se apunta la pendencia de un proceso penal seguido contra el actor por violencia de género. Está aportada la sentencia firme absolutoria, en la que se indica que la denuncia por malos tratos se presentó en fecha 19 de febrero de 2014 (es decir, después del inicio del proceso de modificación de medidas) y lo fue por hechos ocurridos en meses y días no especifi-

cados de los años 2005, 2006 y 2009, apreciándose la prescripción.

No cabe, en absoluto, acoger las alegaciones de la contraparte en su escrito de oposición al recurso, cuando afirma que, pese a la sentencia absolutoria, debe aplicarse el artículo 80.6 del CDA, ya que los hechos denunciados sirven como indicios fundados de violencia sobre la esposa. Esta afirmación es completamente gratuita y además no tiene en cuenta la interpretación que de dicho precepto ha hecho esta Sala en su sentencia de 2 de julio de 2013 dictada en recurso de casación 7/2013.

**SÉPTIMO.**— En fin, la sentencia guarda silencio sobre la clara recomendación que hace el informe psicológico, propugnando la custodia compartida, y del que cabe destacar que el niño se relaciona con su padre según el sistema acordado, de forma regular y sin dificultades; que ambos progenitores son referentes para el menor, expresando un buen concepto de los mismos; que el niño expresa su deseo de pasar más tiempo con su padre, aunque también muestra su preocupación porque valora que un cambio en este sentido afectaría emocionalmente a su madre. Esto último lleva a la experta a la afirmación de que el mantenimiento de la situación existente puede dar lugar a un distanciamiento del niño con su padre en defensa de la postura de la madre, por lo que considera importante reforzar la relación paterno filial, aconsejando finalmente que el niño permanezca con cada uno de los progenitores en períodos mensuales alternos.

Por cuanto ha quedado expuesto, considera la Sala que procede estimar el motivo y revocar la sentencia, manteniendo el pronunciamiento del Juez de primera instancia."

**\*\*\* Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 9 de octubre de 2015. Custodia compartida. Interés del menor. Actitud y aptitud de los progenitores. Edad y situación del menor. Apoyo de familia extensa**

**"PRIMERO.**— Presentada demanda de divorcio por la parte ahora recurrida, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia el día 9 de octubre de 2014, en la que, entre otros acuerdos que no son ahora de relevancia, estimó la petición de la parte actora de que fuera la custodia individual a cargo de la madre la que rigiera las relaciones paterno filiales de los litigantes respecto de su hijo menor,, nacido el 2011.

El padre, y demandado, apeló la decisión tomada por el Juzgado e interesó ante la Audiencia Provincial la revocación de la sentencia dictada, especialmente respecto del régimen de custodia establecido, pues solicitó que se estableciera el sistema de custodia compartida por parte de ambos progenitores, con alternancia por períodos quincenales.

La sentencia de la Audiencia Provincial dictada el día 29 de abril de 2015, y ahora recurrida en vía casacional, desestimó el recurso de apelación

presentado, y confirmó la sentencia dictada por el Juzgado, de modo que el régimen de custodia ordenado es el de la custodia individual atribuida a la madre.

**SEGUNDO.**— En el recurso de casación presentado son dos, formalmente, los motivos por los que la parte indica que es interpuesto el recurso pero, comprobado el contenido de ambas razones de impugnación, se observa que el segundo de los motivos se dirige únicamente a la exposición parcial del contenido de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2013 para fundamentar lo recogido a lo largo del primer motivo de recurso. En consecuencia con tal contenido real de los que se exteriorizan como dos motivos de recurso, el estudio de la cuestión se hará mediante el tratamiento conjunto de lo que en uno y otro alega el recurrente.

**TERCERO.**— En lo expuesto en la impugnación basada en la infracción del artículo 80.2 del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA), la parte demandada y ahora recurrente hace constante referencia de los hechos y circunstancias que conforman la realidad del presente caso. Así, con reproducción parcial de lo ya indicado en su escrito de interposición del recurso de apelación, contiene cita de datos referentes al apoyo familiar con que cuenta, a la posibilidad que tiene de compatibilizar su trabajo con la atención del niño, o a su deseo de estar más con el menor. En lo que respecta a la madre del niño, y demandante ahora recurrida, resalta la conducta que ha observado y tiene respecto de la crianza del niño o su falta de respeto al régimen de visitas, su desocupación laboral, o su falta de apoyo familiar. En lo que afecta al niño, cita especialmente las consideraciones que recoge el informe psicosocial verificado en la instancia.

Con lo anterior, tras cita de la Jurisprudencia que considera avala sus pretensiones, el recurrente concluye, a modo de resumen de la razón esencial de su recurso, que “De todo lo expuesto no consta acreditado que la custodia individual sea la más beneficiosa (...)”.

**CUARTO.**— Como se deduce de lo recogido antes, la esencia del recurso no se sustenta realmente en la posible infracción de norma sustantiva en que la sentencia haya podido incurrir. En concreto, no se articula razonamiento alguno del que pudiera llegar a concluirse que la resolución impugnada pudiera haber omitido la observancia de las prevenciones contenidas en el artículo 80.2. CDFA. Por el contrario, según se colige ya del propio recurso formulado, los distintos hechos que el escrito de impugnación recoge sí han sido valorados en la sentencia recurrida. Y, efectivamente, la resolución dictada por la Audiencia Provincial pondera todos los datos expuestos por el recurrente, pues valora la actitud y aptitud de uno y otro de los progenitores, estudia y analiza el resultado del informe psicosocial psicológico practicado, tiene en cuenta la edad y situación actual del niño, sopesa el apoyo de la familia extensa de ambos litigantes y, en fin, deduce cuál es el ver-

dadero interés y real actitud del apelante respecto de que sea fijada o no la custodia compartida.

Al concluirse, por tanto, que la sentencia impugnada ponderó los factores que ordena tener en cuenta el artículo 80.2 CDFA al valorar la posible fijación de la custodia individual, no cabe entender que pueda haber infracción de tal norma.

Lo que se deduce de lo expuesto en el recurso es que con lo que el impugnante muestra su desacuerdo es con el resultado al que la sentencia recurrida ha llegado tras el estudio de la prueba practicada respecto de cada una de las circunstancias concurrentes en el caso y de la relevancia que cada una de ellas deba merecer al resolver sobre la custodia. A este respecto parece oportuno recordar, como hace la reciente sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2015, que el recurso de casación no es una tercera instancia que permita revisar los hechos, lo que impide revisar la decisión tomada en la sentencia recurrida.”

### **\*\*\* Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 15 de octubre de 2015. Custodia compartida. Hermanas mellizas discapacitadas. Diferente régimen de custodia. Factor psicológico e informes de las menores**

**“PRIMERO.**— El divorcio del matrimonio formado por D. Gonzalo Q. B. y D<sup>a</sup> Irene Aranzazu P. A., del que es causa el actual procedimiento de modificación de medidas, tuvo lugar por sentencia dictada el día 17 de diciembre de 2012 por el Juzgado de Primera Instancia n<sup>o</sup> 5 de Zaragoza, en la que se estableció un régimen de custodia diferenciado para cada una de las dos hijas nacidas en el matrimonio, P y N, mellizas, nacidas el 2005.

Respecto de P, aquejada de autismo y discapacidad del 68% acordó que su custodia sería individual, a cargo de la madre, mientras que respecto de N, con retraso mental leve y discapacidad reconocida del 38%, estableció la custodia compartida, con alternancia bimensual.

Apelada la sentencia dictada por el Juzgado, la Audiencia Provincial confirmó la resolución íntegramente por sentencia dictada el día 9 de mayo de 2013 contra la cual fue presentado recurso de casación, que fue desestimado por sentencia de esta Sala que ahora resuelve, de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, del día 30 de octubre de 2013.

**SEGUNDO.**— El día 7 de abril de 2014 presentó demanda la madre de las menores en solicitud, en lo que ahora interesa, de modificación del sistema de custodia establecido y fijación de otro nuevo, de custodia individual a ejercer por ella respecto de ambas hijas menores o, subsidiariamente, para que la periodicidad de alternancia en la custodia compartida de N pasase a ser de periodos bisemanales en lugar de bimensuales. Esta demanda rectora del presente procedimiento dio lugar al dictado de sentencia de fecha 27 de octubre de 2014 por el Juzgado de Primera Ins-

tancia número 5 de Zaragoza, que la estimó en parte y, en lo ahora relevante, mantuvo el sistema diferenciado de custodia de ambas hermanas, si bien modificó el periodo bimensual de custodia compartida de N para establecerlo por turnos semanales.

Apelada por la madre la anterior resolución del Juzgado, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en sentencia del día 26 de mayo de 2015 estimó en parte el recurso presentado, para lo cual valoró especialmente el informe psicológico practicado, los informes efectuados por psiquiatra y los datos y deseos expuestos por las hermanas ante el psicólogo. Concluyó acordando el establecimiento de la custodia individual a cargo de la madre, con fijación de régimen de visitas y pago de pensión por parte del padre.

Contra la anterior sentencia se formula el presente recurso de casación, en los términos que han sido expuestos en los anteriores antecedentes de hecho y que, en lo necesario, se concretarán más adelante.

**TERCERO.**— El motivo de recurso de casación lo fundamenta el demandado y recurrente en la infracción del artículo 80.2 del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA), que considera que se ha producido al ser modificado el régimen de custodia compartida respecto de su hija N y sustituido por otro de custodia individual atribuida a la madre. A lo largo de su exposición, tras recoger diversas sentencias de esta Sala referentes al criterio preferente de custodia compartida que rige la legislación aragonesa, el recurso se basa, primero, en entender que la situación sobre la que ahora se resuelve no presenta modificación respecto de la que se daba cuando fue dictada la sentencia anterior que se quiere modificar al día 30 de octubre de 2013. Resalta así el recurrente que ha transcurrido un corto periodo de tiempo, de poco más de cinco meses, antes de ser presentada la demanda de modificación de medidas rectora del actual procedimiento, lo que impide considerar justificado un cambio real de causas concurrentes o circunstancias relevantes que deban dar lugar a la modificación del régimen de custodia.

En segundo lugar, considera el impugnante que los informes obrantes en autos no justifican el cambio de régimen de custodia.

Además, en todo caso, entiende el recurrente que la sentencia de la Audiencia Provincial ha confundido la situación, al partir de un régimen de custodia compartida bimensual, cuando el fijado en la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia es semanal.

**CUARTO.**— El orden lógico de tratamiento del recurso debe partir, necesariamente, de considerar si realmente la sentencia recurrida incurrió en error, como dice el impugnante, ya que, de existir la equivocación que se le atribuye, la enmienda de la sentencia por este motivo impregnaría toda otra decisión que pudiera ahora tomarse.

Entiende el recurrente que la confusión consiste en que la sentencia impugnada parte de consi-

derar una custodia bimensual, cuando la que establece el Juzgado de Primera Instancia en la sentencia que fue apelada era de alternancia semanal. Pero la lectura de la sentencia recurrida evidencia que tal error no existe, porque todas las citas que se hacen el periodo bimensual de alternancia lo son por referencia a momentos anteriores al de dictado de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia el día 27 de octubre de 2014 que fue apelada, y lo cierto es, como recoge la sentencia, que hasta el dictado de la resolución por el Juzgado tal era el periodo establecido.

También en contra de la tesis del recurrente debe observarse que la sentencia se refiere correctamente al momento posterior al dictado de aquella sentencia del Juzgado, cuando al decidir expone que reducir el tiempo de separación entre las hermanas no garantiza su bienestar y estabilidad, en clara referencia al periodo de alternancia semanal fijado por la sentencia del Juzgado que fue objeto de apelación.

**QUINTO.**— El debate planteado en el recurso sobre si hubo o no modificación de las circunstancias que permitan dar lugar al cambio del régimen de medidas parte de una base equivocada, como lo es que han transcurrido sólo cinco meses entre el dictado de la sentencia que estableció el régimen de custodia compartida y la presentación de la demanda. Porque, como resulta de los antecedentes del procedimiento previo a éste, la sentencia del Juzgado que fijó el régimen bimensual se dictó el día 17 de diciembre de 2012 y, por tanto, desde tal día regía este modo de custodia compartida, esto es, desde un año y cuatro meses antes de la presentación de la demanda actual.

En cualquier caso, tanto el Juzgado de Primera Instancia, en sentencia que no apeló el recurrente, como luego, la Audiencia Provincial, estimaron acreditado el cambio de circunstancias que aconsejaba alterar el régimen de custodia primeramente establecido, y lo hicieron conforme a la prueba practicada y obrante en las actuaciones, especialmente, la pericial psicológica e informes de médico psiquiatra. Y estas conclusiones probatorias, no rebatidas por el recurrente ni mediante recurso de apelación en su momento ni por la formulación, ahora, de un motivo de infracción procesal no pueden ser alteradas en el recurso de casación, pues el alcance de este medio de impugnación no abarca la posibilidad de modificar el resultado probatorio recogido en la sentencia impugnada.

**SEXTO.**— Por último, el recurrente sustenta su impugnación en la consideración de que no debe procederse al establecimiento de un régimen de custodia individual ante el contenido de los informes psiquiátricos, ya que no son evolutivos, sino que el último evacuado es prácticamente idéntico al primero, cambiando poco más que la fecha.

De nuevo, como ocurría con el argumento rechazado en el Fundamento de Derecho anterior, el recurrente parte de una valoración de prueba distinta de la hecha por la Audiencia Provincial, lo que debe conducir a igual consecuencia desestimatoria que la recogida antes con base en el

alcance limitado de este recurso extraordinario de casación.

El caso a resolver, como indicó este Tribunal en su sentencia de 30 de octubre de 2013, antes citada, presenta una situación fáctica ciertamente peculiar, que obliga a resolver sobre la situación personal de dos hermanas mellizas, ambas aquejadas de minusvalías. Hoy, las hermanas tienen 10 años de edad y se mantiene su minusvalía, que alcanza al 68% en el caso de P y al 38% en el caso de N.

La especialidad de la situación dio lugar al dictado de la primera sentencia por el Juzgado el 17 de diciembre de 2012, que consideró que era mejor separar a las hermanas y fijar para cada una de ellas un régimen de custodia, en pronunciamiento que fue confirmado por la Audiencia Provincial y sostenido en casación.

Ahora, tanto el Juzgado como la Audiencia Provincial valoran que la custodia compartida inicialmente establecida no ha sido la adecuada, y ambos órganos judiciales la dejan sin efecto. En primera instancia se considera que la custodia debe ser semanal. En segunda, en cambio, que debe pasar a ser individual con régimen de visitas del progenitor no custodio. Y tanto en aquel procedimiento inicial como ahora las sentencias se fundamentan en la prueba que mejor permite considerar la situación fáctica y, sobre todo, la que consideran más autorizada y correcta en búsqueda de la mejor solución para una y otra hermana.

Frente a las motivadas resoluciones expuestas, y no combatido el pronunciamiento por existencia de valoración irracional o absurda de la prueba, no cabe considerar sin más, como más correcta la consideración subjetiva del recurrente de que debe volverse, no ya a la custodia compartida por semanas, sino incluso a la de periodicidad bimensual. Ni, mucho menos, cabe entender que las conclusiones obtenidas en la última sentencia impugnada haya podido suponer infracción del artículo 80.2 del CDFa, pues valora la relevancia que debe darse al factor psicológico de las niñas y a los repetidos informes que sobre él se han evacuado."

**\*\*\* Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 14 de octubre de 2015. Custodia compartida. Favor filii. Larga convivencia con un progenitor. Límite temporal del uso de vivienda familiar**

**"PRIMERO.**— La representación de la parte actora (Sr. A), presenta recurso de apelación frente a la Sentencia recaída en Primera Instancia en el presente procedimiento sobre modificación de medidas (Artº. 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Considera el apelante que procede fijar la custodia compartida del hijo común,, por semanas naturales con mitad de vacaciones, uso limitado del domicilio familiar a favor de la demandada limitado a un año desde la demanda, con aportación de 100 €/mensuales en cuenta común y atri-

bución de créditos y gastos extraordinarios por mitad.

**SEGUNDO.**— La modificación de las medidas (Arts. 90, 91 y 100 del Código Civil) ya fijadas en anteriores procesos matrimoniales requiere de una alteración de circunstancias, que para que sean tenidas en cuenta, han de revestir de una serie de características, como que sean trascendentes y no de escasa o relativa importancia, que se trate de una modificación permanente o duradera y no aleatoria o coyuntural, que no sea imputable a la propia voluntad de quien solicita la modificación ni preconstituida y que sea anterior y no haya sido prevista por los cónyuges o el Juzgador en el momento en que las medidas fueran establecidas. Correspondiendo la carga de la prueba a la parte que propone la revisión de las medidas (Artº. 217 L.E.C.). Igualmente, el artículo 79, nº 5 del Código de Derecho Foral de Aragón, indica que las medidas aprobadas judicialmente podrán ser modificadas cuando concurren causas o circunstancias relevantes.

Las sentencias del TSJA, 18 y 19/2014, de 23 de Mayo y 26 de Mayo, indican que *el art. 79.5 CDFa no emplea la misma expresión que el art. 91 CC ["alteración sustancial de circunstancias"] para establecer el presupuesto que permite la modificación de las medidas definitivas previamente acordadas, sino la de concurrencia de "causas o circunstancias relevantes", lo que implica una mayor flexibilidad, que se explica porque las medidas a las que se refiere el art. 79.5 son todas ellas relativas a menores.*

*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 aquéllas 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 SSTSA 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. —"*

**TERCERO.**— Según la parte apelante, el menor cuenta con 6 años de edad y ambos progenitores tienen la capacidad y cuidado adecuados para el ejercicio de la guarda, no detectándose carencia alguna en el recurrente. Tampoco existe problema de conciliación de la vida laboral y familiar, ni existe tampoco una supeditación de la solicitud de limitación del uso de la vivienda común al sistema de custodia compartida, solicitud conforme prevé el Artº. 81.3 del Código de Derecho Foral de Aragón.

**CUARTO.**— Respecto del primer motivo del recurso, debe indicarse que el principio de interés superior del menor o “favor filii” informa todo el ordenamiento no sólo el Aragonés, habiendo declarado el TC S 176/2008 de 22 de diciembre y de 07-10-2012 que dicho principio 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 sobre la guarda y custodia del menor, cediendo el interés de los progenitores al de éste. Ello, dice la Sentencia del TSJA de 21-12-2012, es consecuencia de lo dispuesto en el Artº. 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño de 20-11-1999, recomendación 14 de la Carta Europea de los Derechos de la Infancia de 21-09-1992, Artº. 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, Artº. 11.2 LO. de Protección del menor de 15-01-1996 y Artº. 3.3.a) y c), 4, 13, 21 y 46.i de la Ley 12/2001 de 2 de julio de la Infancia y la Adolescencia de Aragón y artículos concordantes del CDFA. Se trata como igualmente indica la Sentencia del TS de 12-05-2012, de un principio general que tiene carácter de orden público y que debe guiar la adopción de cualquier medida en una situación de ruptura de la convivencia de los progenitores.

**QUINTO.**— En el presente supuesto contamos con un informe pericial psicológico (Artº. 340 L.E.C.), de cuya objetividad e imparcialidad no existe motivo alguno para dudar, en el que se refleja expresamente *que ambos progenitores reúnen buenas condiciones y recursos personales y familiares para afrontar la educación y cuidado de su hijo de forma satisfactoria, constituyéndose como un modelo adecuado de referencia para él. Así mismo, no se observa discrepancias significativas en los estilos educativos que mantienen los progenitores con su hijo.*

*En cuanto a la solicitud paterna de que el menor permanezca en periodos semanales alternos con cada uno de sus padres responde más a una motivación de D. I centrada en su necesidad de deseo de obtener el ejercicio, que al planteamiento de una alternativa que permita una mayor estabilidad y bienestar en la vida cotidiana del menor o a una alternativa que permita cubrir la existencia de necesidades, carencias afectivas y cuidados en pablo que se puedan resolver con esta organización.*

*La mejor alternativa para P, en estos momentos, consistiría en poder beneficiarse de un reparto y organización de su tiempo basado fundamentalmente en el concepto de coparentalidad, es decir, en la responsabilidad compartida y en la implicación activa y participativa de los dos progenitores en la crianza y educación de los hijos.*

*En las condiciones de este grupo familiar, el sistema de organización y el reparto del tiempo del menor entre sus progenitores que mejor se adapta a las necesidades de Pablo y a dicha actitud de coparentalidad así como a la disponibilidad de ambos progenitores y que, por tanto, resulta más adecuado para el menor, es mantener las rutinas cotidianas y el reparto y organización actual de*

*su tiempo con independencia de la denominación que se le pueda dar a dicho sistema.*

*Finalmente recomienda que permanezca con su madre los periodos lectivos entre semana, a excepción de dos tardes entre semana que permanecerán por su padre desde la salida del colegio hasta las 20:00 horas, siempre y cuando el padre tenga disponibilidad laboral para ocuparse personalmente de él.*

*Así mismo, aconsejo que los progenitores compartan el tiempo restante de fines de semana desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes a la entrada del mismo, así como los puentes escolares, festividades y periodos de quincenas alternas.*

Aún cuando no se duda tanto de la capacidad del recurrente para el ejercicio de la guarda y custodia, como de la posibilidad de flexibilizar su horario laboral, para canalizar la vida familiar (folio 378), es lo cierto que teniendo en cuenta que el menor lleva conviviendo con su madre desde que contaba con un año de edad, con la que mantiene un vínculo muy estrecho, al ser la referencia principal que le ha aportado seguridad y estabilidad, encontrándose el menor perfectamente adaptado a su actual situación y que, indudablemente, la aparición de un hermano de corta edad puede alterar y afectar la disponibilidad de los miembros de la nueva unidad familiar formada, no parece aconsejable acceder a la solicitud de guarda y custodia compartida, debiéndose mantener el actual régimen de estancias de por sí bastante amplio, que se revela como lo más adecuado en beneficio del menor.

**SEXTO.**— En cuanto a la limitación del uso de la vivienda familiar, conforme tiene declarado el TSJA en Sentencia de 13-07-12, 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 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. Por ello, en el apartado tercero de ese mismo Artº. 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. El precepto deja a la discrecionalidad del juez la fijación del límite.

En el presente supuesto, teniendo en cuenta el pacto alcanzado por ambas partes en la Sentencia de divorcio de 23-03-2010 y manteniéndose en su práctica totalidad las medidas allí alcanzadas y no acreditándose un cambio de circunstancias que aconseje la modificación solicitada, procede desestimar igualmente el recurso en este apartado, confirmándose la Sentencia en su total integridad.”

### \*\*\* Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 19 de octubre de 2015. Custodia compartida. Modificación de circunstancias. Irrelevancia

**“PRIMERO.** El actor don V formuló demanda en primera instancia reclamando la modificación de las medidas acordadas en la sentencia por la que se declaró el divorcio de los ahora litigantes. Acogida por el Juzgado a quo la petición subsidiaria contenida en el escrito de demanda, doña S interpone recurso de apelación contra dicho pronunciamiento interesando la revocación de la sentencia de instancia y el dictado de otra por la que se desestime totalmente la demanda. El actor se adhirió al recurso e interesó la estimación de la petición principal de su demanda, es decir, la modificación de la guarda y custodia del menor, que la sentencia de divorcio estableció a favor de la madre, para que le sea atribuida a él y, consecuentemente, también el uso de la vivienda familiar. El Ministerio Fiscal interesa la confirmación de la resolución apelada.

**SEGUNDO.** Establece el artículo 79.5 del Código de Derecho Foral de Aragón 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 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.” Ello supone que para proceder a la modificación es preciso que se trate de hechos nuevos surgidos con posterioridad a la sentencia de divorcio, que concurra una causa o circunstancia relevante aparecida con posterioridad a la sentencia de divorcio y que tenga cierto grado de permanencia en el tiempo, es decir, que no sea una situación coyuntural.

En el caso enjuiciado el Magistrado-Juez de instancia dictó sentencia de divorcio con fecha 6 de noviembre de 2013 teniendo en cuenta una serie de factores personales y económicos de los progenitores así como los intereses del menor adoptando, tras una valoración de todos ellos, unas medidas determinadas. Apenas transcurrido un año, el 6 de noviembre de 2014, el Sr. m interpone demanda de modificación de dichas medidas concretando la “circunstancia relevante” a que se refiere el citado artículo en el hecho de haber permanecido doña S en la ciudad de Zaragoza desde el día 10 de junio hasta el día 2 de octubre de 2014, ocupándose el progenitor, durante parte de dicho periodo de tiempo que no le correspondía a él tener a su hijo, de éste y del otro hijo de la Sra. C habido de otra relación anterior de ésta. Si bien reconoce que se trató de una situación temporal por razones de trabajo.

En base a esta situación puntual surgida en el verano del pasado año, don V pidió en la demanda origen de estos autos: a/ que la atribución de la guarda y custodia del hijo menor, E, que fue concedida a la madre, pase a su favor, con un régimen de visitas para la progenitora; b/ la extinción de la pensión alimenticia fijada a su cargo; y c/ que el uso del piso conyugal —que se fijó a favor de la progenitora al tener la custodia del menor- le sea a él atribuida.

Con carácter subsidiario solicitó la guarda y custodia compartida y la atribución del piso al menor E con permanencia alterna en el mismo de ambos progenitores.

El Juzgador de instancia acoge esta petición subsidiaria argumentando como base de su decisión que “cuando volviere a acaecer dicha situación o cualquier otra análoga, eso es, que la madre tuviere que residir temporalmente fuera de Teruel, por cualquier motivo o vicisitud, sería el padre, Sr. M, quien se ocuparía del hijo común menor de edad, siendo muy recomendable —a tenor del informe psicosocial- que también lo hiciera del hijo de la Sra. C pese a no ser progenitor del mismo merced a la relación de afecto existente entre ambos”. Cita el artículo 80 del Código de Derecho Foral de Aragón para fundar el cambio que realiza respecto a la custodia del menor, pasando de ser individual a compartida.

No puede manifestar esta Sala su conformidad con estos razonamientos por las circunstancias que concurren en el presente caso. Debe señalarse en primer lugar que cuando se dictó la sentencia de divorcio el 6 de noviembre de 2013 ya estaba en vigor el artículo 80 del Código de Derecho Foral de Aragón y había sido suficientemente interpretado por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, por lo que el Magistrado-Juez de instancia ya podía haber tenido en consideración el carácter preferente de la custodia compartida. Sin embargo optó entonces por la custodia individual a favor de la madre por considerarla más beneficiosa para el menor ya que de esa forma E podía mantener un contacto continuado con su hermano R, hijo de doña S habido de una relación anterior. También constaba que ambos progenitores resultan aptos y capacitados para ostentar la guarda y custodia, siendo capaces de satisfacer las necesidades y afectos del menor; así como que el Sr. M cuenta con gran apoyo familiar. Pues bien, para poder modificar dicha medida es preciso, según el artículo 79.5 del Código de Derecho Foral de Aragón, que realmente concurra alguna causa o circunstancia relevante que no se hubiera tenido en cuenta cuando se dictó la sentencia de divorcio, lo que no sucede en el presente caso pues no puede considerarse como tal un desplazamiento temporal y puntual de la Sra. C que se limitó a los meses de verano por razones laborales. Por otra parte, el Juzgador a quo, para estimar la modificación y cambiar la custodia individual por la compartida, apunta la posibilidad de que puede volver a producirse otra situación semejante; es decir, se basa en una hipótesis de futuro que no está contemplada en el precepto citado. Además, la causa por la que se concedió la custodia individual a la madre en la sentencia de divorcio subsiste en la actualidad, y así es reconocido por el Magistrado-Juez a quo que refiere cómo, según el informe psicosocial practicado, “resulta primordial mantener unidos a los dos hermanos por parte de madre”. Pues bien, dicha finalidad no puede dejarse a la buena voluntad de las partes (que es lo que hace el Juzgador a quo en la sentencia ahora recurrida, en la que, evidentemente por no ser su padre biológico, no impone al actor la compañía del hermano de madre de su hijo en los periodos en los que disfrute de E y utiliza la expresión

“siendo muy recomendable que también lo hiciera —ocuparse— del hijo de la Sra. C proveniente de otro matrimonio anterior), es decir, el favorecimiento de dicha convivencia no puede depender de que el Sr. M quiera llevarse junto a su hijo también al menor que solo es hijo de la Sra. C, o de que ésta permita que su hijo R acompañe a E en los periodos en que éste se halle en compañía del Sr. M.

Por otra parte, el Magistrado-Juez a quo razona que “dicha alteración concurre, desde un punto de vista amplio, básicamente porque resulta indudable que la sentencia n.º 110/2013, de 6 de noviembre, ya no resulta útil ni soluciona de una forma solvente los problemas y vicisitudes surgidas en el seno de la expareja como para proteger, salvaguardar o actuar en beneficio del hijo común menor de edad”; pero es lo cierto que no aclara ni especifica cuáles son esos “problemas” y “vicisitudes” salvo la situación concreta surgida en el verano de 2014 que, como ya se ha explicado anteriormente, tuvo un carácter provisional. Seguidamente la sentencia apelada en su fundamento de derecho tercero acuerda la custodia compartida dando por hecho una alteración de las circunstancias que no ha llegado a acreditarse; e incluso reconociendo que resulta primordial mantener unidos a los dos hermanos por parte de madre y que este hecho solo puede consolidarse a través de la voluntad de los progenitores (cuestión a la que ya nos hemos referido con anterioridad).

Por todo ello debe ser estimado el recurso interpuesto por doña S que interesaba la revocación de la sentencia de instancia y el dictado de otra por la que se desestimara totalmente la demanda; y debe ser desestimado el recurso formulado por el actor que interesaba la revocación de la sentencia de instancia y el dictado de otra por la que se le atribuyera a él de forma individual la guarda y custodia del hijo común. Con imposición a la parte actora de las costas causadas en primera instancia conforme al artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues aun cuando es criterio de esta Sala la no imposición de costas cuando se trata de procedimientos de familia, en el presente caso se estima que el actor ha actuado con temeridad al solicitar la modificación de unas medidas que fueron adoptadas por sentencia dictada apenas un año antes de la interposición de la demanda, aprovechando una situación laboral transitoria de la demandada que, como dice el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación del recurso, lejos de considerarse algo negativo debe valorarse de forma positiva ya que doña Susana hace lo posible por trabajar y prefiere que el menor esté con su padre antes que con un extraño.”

### **\*\*\* Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 14 de noviembre de 2015. Cambio de guarda y custodia individual**

**“PRIMERO.—** Contra la sentencia de instancia se alza D.ª M suplicando su revocación y se desestime la demanda formulada por el Sr. P, con fundamento en error valorativo de la prueba practicada en el proceso.

**SEGUNDO.—** Impugna la atribución de la custodia del hijo menor al padre, alegando, sustancialmente, que no han variado las circunstancias concurrentes al tiempo del divorcio de los litigantes, habiendo sufrido un episodio de violencia de género, ya superado, y retomado el cuidado del hijo desde julio del 2014, siendo incompleto e incongruente el informe pericial practicado.

El actor solicitó en su demanda, fechada en mayo de 2014, la custodia del hijo menor, J, nacido el 2005, al permanecer el mismo bajo el cuidado de los abuelos maternos por haberse desentendido de él la madre desde diciembre de 2012.

Es cierto que la madre ha acreditado documentalmente la condena de su compañero sentimental a consecuencia de los malos tratos sufridos residiendo con él en Extremadura (folios 76 y siguientes de las actuaciones), y que desde julio de 2014 reside en la vivienda que fue familiar con el menor.

Pero en el caso concreto se trata de determinar, no sólo los motivos del presente proceso aunque los extremos en que se sustenta hayan variado, sino las medidas más adecuadas para proteger el prioritario interés del hijo menor.

El informe pericial practicado se ha basado en el examen de las tres personas implicadas (folios 91 y ss.), detectando un distanciamiento afectivo del menor hacia su madre, producto de sus vivencias, con insatisfacción en sus relaciones familiares, en especial con ella, deseando vivir con su padre, con el que se siente a gusto e integrado. La Sra. Psicóloga evidencia no ser consciente la madre de las consecuencias de su actuación, estando sometida a tratamiento psiquiátrico, presentando inestabilidad y dificultades personales que no garantizan la estabilidad del menor.

La Juez concede la custodia al padre y un amplio régimen de visitas a la madre para afianzar la relación con el menor. Tales medidas se revelan como las más adecuadas en estos momentos para favorecer el correcto desarrollo del niño, no imponiéndose como un castigo a la madre sino para evitar que la actual situación de insatisfacción del mismo genere mayores problemas en su desarrollo.”

### **\*\*\* Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 10 de diciembre de 2015. Pensión compensatoria. Límite temporal. Criterios jurisprudenciales. Desequilibrio económico. Alta probabilidad de acceso al mercado laboral**

**“PRIMERO.—** En el único motivo de casación que resultó admitido, la recurrente denuncia incorrecta aplicación del artículo 83 del CDA, en relación con la duración de la asignación compensatoria.

El apartado segundo de dicho precepto dispone:

*La cuantía y la naturaleza temporal o indefinida de la asignación serán determinadas por el*

Juez mediante la ponderación equitativa de los siguientes criterios:

- a) Los recursos económicos de los padres.
- b) La edad del solicitante, sus perspectivas económicas y las posibilidades de acceso al mercado de trabajo.
- c) La edad de los hijos.
- d) La atribución del uso de la vivienda familiar.
- e) Las funciones familiares desempeñadas por los padres.
- f) La duración de la convivencia.

**SEGUNDO.**— La sentencia de primera instancia, después confirmada en apelación, tuvo en cuenta, para adoptar la decisión con la que la recurrente muestra su disconformidad, que: "...teniendo en cuenta por otro lado la edad actual de 45 años de la Sra. L., que no padece ninguna enfermedad ni limitación que le permita (sic) acceder al mercado laboral, que puede finalizar sus estudios de Derecho de los que tiene aprobadas varias asignaturas (y que abandonó según la propia actora afirma en su demanda de medidas provisionales para trabajar en la empresa de sus padres y, por tanto, no con motivo de contraer matrimonio) y que se le atribuye el uso del domicilio familiar libre de cargas durante un periodo de 10 años...". Y, tras recordar los criterios jurisprudenciales a propósito de la duración limitada de la asignación en cuestión, añade: "En el presente supuesto se considera más que prudencial el plazo de 5 años, que, además se estima como plazo previsible y más que suficiente en el que la Sra. L. habrá podido acceder al mercado laboral e incluso finalizar sus estudios de Derecho o completar su formación profesional con otras titulaciones".

**TERCERO.**— Se afirma en el recurso, sintéticamente expuesto, que no es una predicción realista la que lleva a cabo la sentencia de instancia al suponer que en el plazo de cinco años D<sup>a</sup> Ana Cristina habrá podido acceder al mercado laboral, e incluso finalizar sus estudios de Derecho o completar su formación. No se expresan —indicados los criterios de certidumbre que exige la jurisprudencia para alcanzar la convicción de que va a ser factible superar el desequilibrio. Y ello no es posible —subraya— precisamente porque D<sup>a</sup> Ana Cristina es una madre modélica en el estándar más clásico del rol de madre, atenta al cuidado de los hijos y del hogar, como ambos cónyuges convinieron en 1998 de acuerdo con este modelo de familia tradicional. Para la parte, la mera posibilidad (que no certeza) de que la esposa encuentre en el futuro un empleo no justifica la limitación a cinco años de la pensión.

**CUARTO.**— Como ya ha dicho esta Sala en sus sentencias de 30 de diciembre de 2011 (recurso 19/2011), 11 de enero de 2012 (recurso 22/2011), y 4 de enero de 2013 (recurso 35/2012), la asignación compensatoria prevista en el artículo 83 del CDFA no tiene, en lo sustancial, una naturaleza y finalidad diferente a la señalada por el artículo 97 del Código civil a la pensión compensatoria.

Análoga cuestión a la que aquí se plantea, es decir, el alcance de la revisión en casación de la temporalidad de la obligación del pago de la asignación compensatoria establecida en la instancia, fue objeto de consideración por esta Sala en la sentencia de 5 de noviembre de 2014. En esa ocasión dijimos: *Para considerar el motivo hemos de partir, necesariamente, de que nos encontramos en sede de un recurso extraordinario, cuya finalidad es mantener a los tribunales en la estricta observancia de la ley. De esta forma el recurso solo podrá prosperar si el tribunal llega a la convicción de que la sentencia recurrida ha infringido el precepto objeto de la denuncia casacional, pero si dicho pronunciamiento es acorde con la norma, en una de las posibles formas de su aplicación, y la decisión resulta congruente con las pretensiones procesales de las partes, el recurso no prosperará.*

*Hemos de afirmar, de entrada, que el legislador aragonés no ha establecido en su regulación de la asignación compensatoria un plazo de duración, como sí ha hecho respecto de otras consecuencias de la ruptura matrimonial -uso de la vivienda familiar, art. 81.3 CDFA. En consecuencia los criterios para establecer la temporalidad vienen fijados jurisprudencialmente en repetidas sentencias de la Sala primera del Tribunal Supremo.*

*Afirma al respecto la STS 369/2014, de 3 de julio: Es doctrina de esta Sala sobre la pensión compensatoria y su temporalidad:*

*Según esta doctrina, el establecimiento de un límite temporal para su percepción, además de ser tan solo una posibilidad para el órgano judicial, depende de que con ello no se resienta la función de restablecer el equilibrio que le es consustancial, siendo ésta una exigencia o condición que obliga a tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso, particularmente, aquellas de entre las comprendidas entre los factores que enumera el artículo 97 CC (que según la doctrina de esta Sala, fijada en STS de 19 de enero de 2010, de Pleno (RC núm. 52/2006), luego reiterada en SSTS de 4 de noviembre de 2010 (RC núm. 514/2007), 14 de febrero de 2011 (RC núm. 523/2008), 27 de junio de 2011 (RC núm. 599/2009) y 23 de octubre de 2012 (RC núm. 622/2012), entre las más recientes, tienen la doble función de actuar como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias, y, una vez determinada la concurrencia del mismo, la de actuar como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión), que permiten valorar la idoneidad o aptitud de la beneficiaria para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, y, alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio, juicio prospectivo para el cual el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre.*

**QUINTO.**— Ese juicio prospectivo es función del tribunal de instancia, no siendo revisable en casación salvo que la decisión adoptada se

aparte de los criterios exegéticos establecidos jurisprudencialmente o se realice mediante una valoración de los hechos alejada de la lógica. Pues bien, nada de eso ha sucedido aquí. No aparece como contrario a la lógica la presuposición de que una persona de 45 años de edad, sin limitaciones propias que le impidan acceder al mercado laboral, que ha trabajado con anterioridad en una empresa familiar, que ha superado con éxito una parte de los estudios de la carrera de derecho, pueda, en un plazo de cinco años, encontrar un trabajo que le permita superar el desequilibrio. Por razones evidentes, no debe entenderse la expresión jurisprudencial "certidumbre" como equivalente a "certeza absoluta", sino a "probabilidad alta", que podría situarse entre la mera posibilidad a la que alude la parte, y esa certeza absoluta que prácticamente nunca podría alcanzarse. Y no puede prevalecer sobre esta consideración la circunstancia de que durante el matrimonio la recurrente, por un acuerdo entre los cónyuges, adoptara el rol de madre y esposa tradicional, dedicada en exclusiva al cuidado de los hijos y del hogar. Precisamente ese es el patrón que produce ordinariamente las situaciones de desequilibrio a las que atiende la norma del artículo 83 (y la del artículo 97 del Cc). Como dice la STS de 22 de junio de 2011, resulta razonable entender que el desequilibrio que debe compensarse debe tener su origen en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia."

**\*\*\* Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 10 de diciembre de 2015. Pensión alimenticia. Importe**

**"PRIMERO.**— Recurre D<sup>o</sup> B un único pronunciamiento de la sentencia de instancia, el importe de la pensión alimenticia estipulada a favor de la hija común en 250 € mensuales, suplicando su elevación a 450 € mensuales, o, subsidiariamente, a 350 € al mes, abonando además el padre la mitad de los gastos de guardería de la menor hasta su escolarización.

**SEGUNDO.**— Alega, sustancialmente, que los ingresos del padre son mayores que los invocados, y sus gastos menores, encontrándose ella, en la actualidad, en desempleo, pasando a cobrar el subsidio de 426 € al mes, y aportando gastos de hipoteca y de préstamo personal de 633 € al mes y 180 € mensuales de guardería.

El actor declaró en el IRPF de 2013 un rendimiento neto de 20.177,44 €, cobrando entonces una nómina de 1300 € mensuales (f. 269 de las actuaciones).

Desde el 28-11-14 trabaja para H y sus nóminas en diciembre de 2014 y enero de 2015 han sido de 1.429,57 € y 1.366,02 €, respectivamente (f. 284). Alega 840 € al mes de gasto de hipoteca, 285,21€ por préstamo personal y 315 € de pensión alimenticia de su hijo mayor, sin que se acrediten los dos últimos abonos desde junio

de 2014, constando percibió una indemnización de 21.000 € por el despido del E.

La economía de la recurrente es precaria, pero el padre también asume gastos considerables que impiden elevar la cuantía de la pensión, que, en estas condiciones se estime proporcionada a los medios del alimentista y necesidades de la menor (Art. 82 C. D. F. A)."

**\*\*\* Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 13 de diciembre de 2015. Custodia compartida. Criterio preferente. Interés del menor. Compatibilización de vida laboral y familiar. Distribución de roles. Consideración a la opinión del menor. Actitud y aptitud de los progenitores. Dictamen pericial**

**"PRIMERO.**— El único motivo de casación que se hace valer contra la sentencia recurrida es la vulneración del art. 80.2 CDFA por no haber respetado el criterio legal sobre el régimen de custodia de los hijos menores en caso de ruptura de convivencia de los progenitores.

Las sentencias de las dos instancias coinciden en atribuir a la madre la custodia individual de los tres hijos menores habidos en el matrimonio que el actor, D. José Luis, y la demandada, D<sup>a</sup> María Amaya, contrajeron el día 24 de febrero de 2001: Jorge y Paula, nacidos ambos el 2003, e Inés, nacida el 2007.

El juzgador de primer grado, si bien entiende que no son impedimento para la custodia compartida ni la edad de los menores, ni la disponibilidad de vivienda idóneas por ambos progenitores, señala como factor determinante para su decisión, además del criterio favorable a la custodia individual del informe elaborado por la psicóloga adscrita, la mayor disponibilidad de tiempo de la madre para ocuparse de los menores, que contrasta con el escaso tiempo que el padre puede dedicarles, que determina que *durante prácticamente la mitad del tiempo en que -el padre- tuviere a los hijos bajo su custodia sería necesario ayuda tal familiar*, situación que considera que *no es compatible con un régimen de guarda y custodia compartida*.

Por su parte, la Sala de apelación ratifica la estimación de que el padre dispone de escaso tiempo para el cuidado de su progenie, y así señala que *la flexibilidad horaria que alega el padre no existe, ni tampoco ha acreditado haya reducido su horario laboral para hacerse cargo de sus hijos, asistencia a tutorías médicas de los menores, tareas escolares, provisión de vestuario, recogidas del colegio, y un largo etcétera, y aclara que no se cuestiona la ayuda de terceras personas necesaria para todo trabajador, sino la total delegación de las funciones parentales en ellas, cuando, además, el otro progenitor tiene disponibilidad y ha adaptado su vida profesional a la atención de los hijos menores*.

A tal razón añade la Audiencia en apoyo de la custodia: 1) que el padre *nunca ha atendido la intensidad diaria y habitual de los tres hijos, de tal*

forma que ha sido la madre la figura cuidadora de los mismos en la que ha delegado el padre tales cometidos mientras se dedicaba, en exclusiva, al ejercicio de su profesión; 2) que altera innecesariamente el sistema de vida de los tres hijos —que se encuentran al cuidado de la madre por haber sido decidido así de mutuo acuerdo desde el mes de marzo de 2012 cuando se produjo la ruptura de convivencia —; y 3) que los menores han expresado su deseo de seguir viviendo con su madre y no introducir cambios en su vida.

El recurrente sostiene en su motivo que la sentencia recurrida vulnera el art. 80.2 CDFA por las razones que enuncia: A) toma como punto de partida para el mantenimiento de una custodia individual los roles establecidos por los progenitores constante matrimonio; B) toma en cuenta la opinión de los menores; C) valora la disponibilidad horaria del padre sin entrar a valorar la de la madre; D) valora la necesidad de ayuda de terceras personas para conciliar la vida familiar y laboral; E) toma en cuenta el informe psicológico. De todas estas razones concluye que *las pruebas practicadas, incluida la pericial psicológica, no ponen de manifiesto que una custodia compartida redunde en sentido alguno en perjuicio de los menores.*

**SEGUNDO.**— De acuerdo con el art. 80.2 CDFA:

*“2. El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a los siguientes factores:*

- a) La edad de los hijos.
- b) El arraigo social y familiar de los hijos.
- c) La opinión de los hijos siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años.
- d) La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos.
- e) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres.
- f) *Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.”*

Como hemos indicado en múltiples ocasiones (sentencias de 30 de septiembre de 2011, de 9 de febrero de 2012, 11 de marzo de 2013) el criterio legal consagrado en el art. 80.2 CDFA sobre la custodia compartida no excluye la necesaria valoración en cada supuesto concreto de las distintas circunstancias concurrentes para llegar, en su caso, a concluir que la custodia individual pueda ser preferible. De modo que, en atención al interés prevalente del menor, el órgano judicial deberá valorar cuidadosamente la prueba aportada y, especialmente, la voluntad del hijo afectado caso de tener suficiente juicio, o el informe elaborado por los técnicos psicólogos o asistentes sociales.

De otro lado hemos, dicho en nuestra sentencia de 30 de junio 2015:

*“Pues bien, como señala la STS 251/2015, de 8 de mayo, el recurso de casación en la determinación del régimen de guarda y custodia no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia. Es cierto que en la ley aragonesa el legislador se ha ocupado de establecer los factores a los que ha de atender el juzgador a la hora de decidir cuál de los sistemas de custodia posibles es el que más conviene en cada caso al menor, y establece una preferencia por la custodia compartida que obliga al juzgador de instancia a partir en su análisis de tal premisa, pero de ahí no se sigue que la Sala de casación pueda sustituir el criterio afirmado por la sentencia recurrida, si, atendidos aquellos factores, concluye razonadamente que la individual es la guarda que mejor satisface el interés del menor.”*

La cuestión es, por tanto, si el recurso da razones suficientes para entender que la decisión contraria a la custodia compartida se atiene o no a los criterios señalados por la norma, bien entendido que a tal fin, y dado que no han sido discutidos los hechos tenidos como acreditados en la instancia por la vía de infracción procesal, ha de partirse del supuesto de hecho configurado en ella, lo que conduce necesariamente a la desestimación de todo motivo que lo desconozca, de acuerdo con una consolidada doctrina jurisprudencial que recoge la STS de 29 de junio de 2015, nº Sentencia: 417/2015 | Recurso: 1440/2013:

*“La función de la casación no es de tercera instancia, sino de control de la aplicación de derecho a la cuestión de hecho, que es incólume en casación, tal como han afirmado innumerables sentencias, como las de 25 junio 2010, 5 mayo 2011, 4 abril 2012, 6 mayo 2013, 24 octubre 2014 . Lo cual lleva consigo la proscripción de hacer supuesto de la cuestión; es decir, dar por probados hechos que no han sido declarados así por la sentencia de instancia o prescindir de los que sí han sido declarados probados: sentencias de 6 octubre 2011, 19 abril 2013, 11 junio 2013, 6 febrero 2015 .”*

**TERCERO.**— Pues bien, en el caso la sentencia recurrida da razones más que suficientes para apartarse del criterio legal de la custodia compartida, pues ninguna de las dadas en contra de ella es bastante para sostener la vulneración del precepto que se señala como infringido.

Por lo que se refiere a la razón enunciada como A), es cierto que esta Sala ha afirmado que los roles asumidos por los padres durante el tiempo que duró la convivencia no es elemento determinante para la decisión sobre la custodia cuando se produce la ruptura, así en la STJA nº 13/2011, Recurso: 17/2011 dijo:

*“Parecería así que, si durante el tiempo de convivencia no ha habido una distribución tendencialmente igualitaria del tiempo de dedicación a los hijos, sólo uno de los padres estará en condiciones de hacerse cargo de su custodia. Así, incluso en aquellos supuestos en que, trabajando ambos progenitores fuera del hogar y con colaboración de ambos en las tareas domésticas y de cuidado*

de los hijos, uno de ellos (en muchos casos la madre) haya dispuesto de más tiempo al cuidado de los hijos, se concluirá siempre que el otro progenitor no podrá optar nunca a asumir un régimen de custodia compartida. Tal idea resulta un prejuicio y, al mismo tiempo, una contradicción con el régimen de cuidado de los hijos asumido por la pareja durante el tiempo de convivencia: lo que ha sido admitido en ese período, asumiendo cada miembro roles sociales habituales en cada época, resultaría un antecedente negativo. Al contrario, deberá ser la prueba demostrativa de la falta de aptitud, capacidad y disposición, la que podrá determinar la atribución de la custodia individual, sin que quepa presumir incapacidad para el futuro.”

Pero en el presente caso, la distribución de roles durante el matrimonio fue continuada de mutuo acuerdo cuando se produjo la ruptura en marzo de 2012, y solo después cuando se inició el proceso judicial dos años más tarde se plantea la custodia compartida. Además, como resulta de los argumentos expuestos en la sentencia recurrida que se dejan más arriba expresados, no es esta distribución de las tareas del cuidado de los menores el elemento determinante de la decisión, sino que lo son las posibilidades de compatibilizar las vida laboral y familiar.

**CUARTO.**— En cuanto la razón B), no se discute que los menores han expresado su voluntad con el sistema de custodia pactado por los padres en el momento de la ruptura de la convivencia.

Es cierto que su opinión ha de ser valorada con cierta prevención sobre todo cuando se trata de corta edad del menor, y así lo ha señalado entre otras la Sentencia de esta Sala nº 36/2013, Recurso 14/2013:

“A este respecto esta Sala ha dicho (sentencia de 19 de octubre de 2012) que la opinión del menor es uno de los factores indicados en el artículo 80.2 CDFA, que no lo señala como preferente sino como uno más de los que deben ser tenidos en cuenta ponderadamente para la adopción del régimen de custodia, dependiendo de su madurez pues a mayor madurez mayor relevancia tendrá su opinión, especialmente en los mayores de catorce años (sentencias de 16 de octubre de 2012 y 12 de marzo de 2013).

En las más recientes, de 10 de julio de 2013 respecto a una niña de 10 años, de 16 de julio de 2013 sobre menores de 9 y 10 años, y de 17 de julio de 2013 respecto a un niño de 11 años, hemos manifestado que la escasa edad y madurez de estos niños no permite atribuir a su criterio carácter determinante, y que pueden aportar datos que puedan ser relevantes pero su proceso intelectual, en el doble aspecto cognoscitivo y volitivo, no les permitirá valorar hasta qué punto puede ser perjudicial uno u otro régimen de custodia.

Afirmado lo anterior respecto a niños entre 9 y 11 años de edad, nos permite deducir que difícilmente una niña de apenas seis años puede aportar, salvo casos excepcionales, datos o circunstancias (nada más podría pedírsele) que arrojen más luz sobre la conveniencia de un régimen u otro.

Máxime teniendo en cuenta que ya había sido oída por la psicóloga del Juzgado. El suficiente juicio respecto de los menores de doce años debe ser ponderado con sumo cuidado cuando se trata de enfrentarlos a una exploración en sede judicial.”

En el caso se trata de menores que al tiempo en que expresaron su opinión tenían 11 y 7 años de edad, por lo que no cabe decidir exclusivamente con base en ella, pero lo dicho no impide que haya de ser tenida en consideración como uno de los elementos más para adoptar la decisión sobre su custodia, como hemos dicho en otras ocasiones, como la 9/2015, Recurso: 13/2015.

**QUINTO.**— La razón C señala la valoración hecha por la sentencia recurrida de la disponibilidad de los padres para el cuidado de los hijos.

Pues bien, es elemento de hecho que se sienta como probado en la instancia que la madre tiene disponibilidad y ha adaptado su vida profesional a la atención de los hijos menores y que, por el contrario, por razón de la dedicación exclusiva del padre a su trabajo durante prácticamente la mitad del tiempo en que -el padre- tuviere a los hijos bajo su custodia sería necesario ayuda tal familiar, tal conclusión fáctica no ha sido convenientemente impugnada por la vía procesal adecuada, sino se que pretende discutir mediante motivo de casación, lo que está llamado al fracaso de acuerdo con la doctrina sentada en el anterior fundamento de derecho segundo.

**SEXTO.**— Lo mismo cabe decir de la razón D, pues no hace sino reiterar la discrepancia sobre la escasa o nula disponibilidad que para cuidar a sus hijos tiene el padre que las dos sentencias de instancia sientan como probada; por lo demás esta Sala no puede sino compartir el criterio sustentado en la sentencia de primer grado de que la encomienda de los hijos a terceros durante el tiempo que le corresponde la custodia por quien pretende que esta sea compartida es incompatible con esta forma de distribución de los deberes parentales en los casos de ruptura familiar, pues la posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres es uno de los elementos que menciona expresamente el precepto que se dice infringido, como lo es también la aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos.

**SÉPTIMO.**— Finalmente, con en el enunciado E se pretende como motivo de casación que la sala lleve a cabo la valoración del dictamen pericial.

Pues bien, el expresado dictamen es objeto de valoración por el juzgador de primer grado en los siguientes términos:

Junto con lo anterior y de cara a decidir en torno a esta cuestión, se cuenta en autos con el informe elaborado por la psicóloga adscrita al juzgado y de fecha el 19 de noviembre de 2014. En él se detalla la situación de los tres hijos menores con la buena adaptación a su entorno y a sus circunstancias actuales conservando todos los menores una positiva imagen de los progenitores con quienes mantienen buenas relaciones

tanto con ellos como con sus entornos familiares aunque verbalizando se preferencia de continua viviendo con su madre. En lo que respecta a las condiciones de los progenitores, respecto a los del señor A. se alude a que trabaja como traumatólogo en la clínica ... con horarios de mañanas, sin bien a esto se añaden tres o cuatro guardias al mes y un fin de semana de cada siete. En cuanto a la tardes se indica que trabaja tres tardes que son las de lunes martes y jueves en la "Policlínica S.". Finalmente se alude a su actividad docente de formación tanto de Zaragoza como fuera de esta ciudad. En lo que afecta a la condiciones de la Sra. S., se alude a su trabajo en el servicio de urgencias del hospital ... con el régimen de guardias antes mencionado. Tras exponer lo que son las manifestaciones de los progenitores y de no tener inconveniente la madre en una relación amplia y frecuente entre hijos y padre y la actitud del padre de estar frecuentemente con sus hijos, el informe detecta en lo que respecta al Sr. A. carencias en cuanto a sus condiciones de disponibilidad y planificación y organización de su vida junto con sus hijos y que ya se habían generado durante el cumplimiento del sistema de visitas. Es por ello que este informe, tras reiterar la idoneidad del buen diálogo y fluidez en la relación entre los progenitores, recomienda el mantenimiento de las medidas vigentes en la actualidad, esto es, que los tres menores continúen viviendo con la madre.

Y lo que pretende el recurrente con el razonamiento que ahora se estudia no es ya que la Sala juzgue la valoración del dictamen por el juez de primer grado, sino que lo que el recurrente discute es el dictamen pericial mismo, todo lo cual se halla fuera del alcance del recurso de casación, por lo que también esta razón ha de ser rechazada.

Como corolario de todo lo anterior, hemos de concluir que en el presente caso la sentencia impugnada razona debidamente sobre los elementos que señala el legislador aragonés que permiten eludir el sistema de custodia compartida a favor de la individual que acuerda, por lo que el recurso ha de ser rechazado."

### **\*\*\* Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 16 de diciembre de 2015. Pensión compensatoria. Extinción. Circunstancias antecedentes**

**"PRIMERO.**— Se recurre por la representación de D. C la sentencia recaída en 1º. Instancia en el presente procedimiento sobre modificación de medidas (Artº. 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). En su recurso, el demandante considera que procede declarar extinguida la pensión compensatoria fijada en su día o limitarla durante un plazo máximo de seis meses desde la fecha de la Sentencia.

**SEGUNDO.**— La modificación de las medidas (Arts. 90, 91 y 100 del Código Civil) ya fijadas en anteriores procesos matrimoniales requiere de una alteración de circunstancias, que para que sean tenidas en cuenta, han de revestir de una se-

rie de características, como que sean trascendentes y no de escasa o relativa importancia, que se trate de una modificación permanente o duradera y no aleatoria o coyuntural, que no sea imputable a la propia voluntad de quien solicita la modificación ni preconstituida y que sea anterior y no haya sido prevista por los cónyuges o el Juzgador en el momento en que las medidas fueran establecidas. Correspondiendo la carga de la prueba a la parte que propone la revisión de las medidas (Artº. 217 L.E.C.). Igualmente, el artículo 79, nº 5 del Código de Derecho Foral de Aragón, indica que las medidas aprobadas judicialmente podrán ser modificadas cuando concurren causas o circunstancias relevantes.

**TERCERO.**— La pensión fue fijada en Sentencia de divorcio de 21-05-2010 de mutuo acuerdo en los siguientes términos: *"En atención a que el divorcio comporta desequilibrio económico para la esposa, procede establecer pensión a favor de ella, de acuerdo con el Art. 97 del vigente Código Civil.*

*El esposo abonará la cantidad de 100 euros mensuales a la esposa de forma vitalicia, siempre y cuando no vuelva a contraer matrimonio o forme pareja de hecho, en cuyo momento cesará de abonar dicha cantidad y abonará el padre igualmente, pasando a ser y sumándose en concepto de pensión alimenticia a los hijos añadida a la cantidad vigente en dicho momento".*

Se alega por el recurrente que la recurrida comenzó a trabajar de auxiliar administrativo percibiendo sobre los 950 €/mensuales, por lo que su situación ha cambiado y que la pensión compensatoria no tiene carácter vitalicio.

No obstante, debe tenerse en cuenta las circunstancias que se tuvieron en cuenta en el momento de fijarse la pensión para compararlos con los actuales, es obvio que la edad de la esposa con la que contaba en el momento del pacto (38 años), no descartaba, en modo alguno, la incorporación al mercado laboral, pactándose una pensión vitalicia, tratándose además de una pensión simbólica. Por otro lado, el actual contrato laboral no es indefinido y como acertadamente indica el Juzgador de instancia, el propio recurrente reconoce que la apelada trabajaba en Granada como auxiliar administrativo, luego su situación laboral y cualificación no pudo pasar desapercibida en el momento del pacto, no pudiéndose considerar que se hayan modificado, de manera sustancial, las circunstancias que, en su momento, se tuvieron en cuenta para fijar la pensión. Por lo expuesto se desestima el recurso confirmándose la sentencia apelada.

### **\*\*\* Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Ejea de los Caballeros de 16 de diciembre de 2015. Fijación de pensión alimenticia para hijo menor. Acreditación de ingresos. Uso de vivienda familiar. Régimen de visitas**

**"Primero.**— La parte demandante solicita que se decrete el divorcio.

De la documentación aportada (certificación del Registro Civil aportada como documento 1 de la demanda) resulta acreditado que L y R contrajeron matrimonio el 27 de agosto de 1988.

De dicho matrimonio nacieron dos hijos, A, el 1995, y C, el 2002.

Cumplíendose los requisitos establecidos en los artículos 86 y 81 del Código Civil, procede decretar del divorcio de L y R.

**Segundo.**— No se discute que la custodia de la hija menor sea atribuida a la madre, por lo que resulta procedente acordar este extremo, por ser conforme con lo establecido en el Código de Derecho Foral.

En cuanto al uso del domicilio familiar, de acuerdo con lo establecido en el artículo 81 del Código, debe atribuirse a la madre, que queda en compañía de la hija. El uso debe tener una limitación temporal. No consta acuerdo ni petición al respecto, por lo que, teniendo en cuenta que el precepto citado atribuye con carácter general el uso de la vivienda al progenitor custodio, en atención, precisamente, a dicha custodia, se fijará como límite temporal el de la mayoría de edad de la hija, momento en que se extingue la custodia en atención a la cual se atribuye el uso del domicilio familiar.

**Tercero.**— Una de las cuestiones que se discute es la extensión del régimen de visitas a favor del padre.

El artículo 80 del Código de Derecho Foral establece 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.

En el caso que nos ocupa, el demandante pide un régimen de visitas de fines de semana alternos, con pernocta, y una tarde entre semana, con mitad de vacaciones.

La madre considera que, inicialmente, los fines de semana deberán ser sin pernocta, que no debe haber tarde intersemanal, y que las vacaciones serán tan solo una semana en agosto.

El Ministerio Fiscal coincidió con la petición del padre, aunque sin tarde entre semana.

En la pieza de medidas provisionales fue escuchada C, la hija menor de los litigantes. En su exploración, la menor puso de manifiesto ciertas reticencias a estar con su padre. La manifestación de la menor fue coherente y razonada, aunque tampoco se objetivan causas que indiquen ningún perjuicio para la menor por las visitas con el padre. Su opinión, no obstante, debe ser tenida en cuenta.

Por eso se establece un régimen de visitas de fines de semana alternos, sin pernocta, sábados y domingos de 10:00 a 20:00 horas. El padre, o persona de su confianza, deberá recogerla y reintegrarla en su domicilio. Ello sin perjuicio de que, en un futuro, pueda darse la pernocta si se refuerza la relación entre el padre y la hija y ésta así lo desea.

A la vista de lo manifestado por la menor, no se fijará un día intersemanal de visitas.

En cuanto a las vacaciones, aunque a la vista de lo expuesto por la menor puedan restringirse, no pueden quedar tan recortadas como pretende la demandada.

Así, las vacaciones de verano que pasará la menor con el padre serán de dos períodos, en los meses de julio y agosto.

Habrà un primer grupo de períodos formado por los días 30 de junio a las 20:00 horas hasta el 14 de julio a las 20:00 horas, y 31 de julio a las 20:00 horas hasta el 14 de agosto a las 20:00 horas. Y un segundo grupo formado por los días 14 de julio a las 20:00 horas hasta el 31 de julio a las 20:00 horas y 14 de agosto a las 20:00 horas hasta 31 de agosto a las 20:00 horas.

Salvo pacto en contrario, al padre le corresponderá el primer grupo de períodos los años pares, y el segundo grupo los años impares.

En Navidades, habrá un período desde el día siguiente a la finalización de las clases a las 10:00 horas hasta el 30 de diciembre a las 20:00 horas; y un segundo período desde este último momento hasta el día anterior a la reanudación de las clases a las 20:00 horas. Salvo pacto en contrario, corresponderá al padre estar con la menor el primer período en los años pares, y el segundo período en los años impares.

En Semana Santa, el padre podrá estar con la hija el Jueves Santo desde las 10:00 hasta las 20:00 horas.

Durante los períodos vacacionales se suspende el régimen de visitas ordinario.

**Cuarto.**— La cuestión que más problemas plantea en este caso es la pensión alimenticia que debe abonar el demandante, a favor de sus hijos, una menor y otro mayor de edad pero dependiente económicamente.

El problema que se plantea es el de la fijación de la capacidad económica de los litigantes, especialmente del demandante, que es titular de una empresa de transportes. Al parecer, durante años, la familia, aparte de las nóminas que padre y madre cobran de la empresa, veían satisfechos ciertos gastos directamente desde la empresa (gasoil, seguros, teléfono, e incluso otros gastos que no tenían aparente relación con la empresa).

La demandada aportó una serie de tickets en la pieza de medidas provisionales, y también en la vista del divorcio, con la finalidad de acreditar los gastos en los que incurre mensualmente, además de extractos de la tarjeta de crédito. No obstante, hay que tener en cuenta que algunos de los gastos no quedan muy claros, por mucho que en los extractos haya notas a mano en alguno de los apuntes. También debe tenerse en cuenta que lo realmente revelador serían los gastos previos a la demanda, y no los realizados con posterioridad, que podrían estar dirigidos a crear una apariencia que no coincide con la realidad. En cualquier caso, de su examen no se observa que haya gastos que excedan de los propios de una familia con los ingresos que se indican en la demanda. Y tampoco estos gastos justifican una necesidad de

una pensión alimenticia de 900 euros al mes por cada uno de los dos hijos.

El extracto de dos cuentas de ING tampoco clarifica las cosas, más allá de que se observe un traspaso de una a otra en el mes de julio, pero no se sabe de dónde viene ese dinero ni en qué se gasta.

Debe tenerse en cuenta que el demandado aporta un contrato de arrendamiento de 350 euros al mes, lo que deberá ser tenido en cuenta a la hora de fijar la pensión.

De los extractos de las cuentas de T, empresa del demandado, se desprende que con cargo a la misma se pagaban ciertos gastos de la familia. La demandada afirma que se pagaba luz, gasóleo, seguros o teléfonos. Aunque no todo ello esté probado, sí parece que lo de la telefonía podría ser cierto, a la vista del número de facturas de teléfono que se abonan cada mes, aunque no conste la titularidad de cada contrato. También se observa que con cargo a esta cuenta se pagan gastos tales como un curso del hijo (al parecer, técnico de esquí), un campus de balonmano de la hija, cuotas de la residencia del hijo en Zaragoza o su autoescuela. El demandante manifestó que se trataba de pagos que adelantaba la empresa cuando había problemas de liquidez, que luego se compensaban con las nóminas. Pero se trata de una afirmación carente de prueba alguna.

La empresa T, según la documentación del Registro Mercantil que fue aportada por la demandada, es del demandante, que es único socio y, ahora, también administrador único. Esto es relevante porque, además de la nómina, es evidente que si es el único propietario de la empresa también hay que valorar la misma para determinar su capacidad económica. Con la salida de la esposa de la empresa, esta última se está ahorrando su nómina de más de 1.000 euros mensuales. Y también deben tenerse en cuenta las cantidades que, mensualmente, la empresa hacía frente por gastos de la familia. Está claro que T. no está obligada a continuar abonando estos pagos pero, en ese caso, está aumentando la capacidad económica del demandante.

Así, para determinar la capacidad económica de la madre, se tendrá en cuenta el sueldo mensual bruto que cobra según el contrato aportado en la vista: 746,28 euros.

Y, en relación con el padre, se aumentará 1.000 euros los 2.758 euros brutos que cobraba según la nómina. Este aumento se fija teniendo en cuenta lo que la empresa, de la que es único propietario, se ahorra al dejar de abonar la nómina de la esposa y los gastos de la familia que se venían abonando a su costa, y también el hecho de que debe abonar 350 euros mensuales de alquiler (ya que las necesidades de vivienda no se tienen en cuenta en las tablas del CGPJ).

Partiendo de lo anterior, la pensión de alimentos para los dos hijos (ya que A no es menor pero es dependiente económicamente) será de 750 euros al mes.

Los gastos extraordinarios necesarios se abonarán en proporción de 80% el padre y 20%

la madre, habida cuenta de sus ingresos, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 82 del Código de Derecho Foral.

Los gastos universitarios de A (matrícula, residencia y materiales) se consideran extraordinarios pero, aunque no sean necesarios, ya que la formación universitaria no tiene por qué producirse, están aceptados por ambos progenitores, como lo pone de relieve la conducta desplegada con anterioridad a este procedimiento, por lo que se abonarán en la misma proporción que se ha indicado. Asimismo, las actividades extraescolares que los hijos vienen realizando de manera regular (como el balonmano de la hija menor, aunque no se incluyen aquí actividades extraordinarias como los campus de verano, sin perjuicio de los acuerdos que puedan alcanzar los progenitores).

El resto de gastos extraordinarios no necesarios serán abonados por el progenitor que acuerde su realización, salvo acuerdo entre las partes."

### **\*\*\* Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 18 de diciembre de 2015. Custodia compartida. Criterio preferente. Interés del menor. Mala relación personal entre progenitores. Separación de hermanos**

**"PRIMERO.**— D<sup>o</sup>. Pilar dedujo demanda de modificación de las medidas matrimoniales acordadas en la sentencia de fecha 22 de septiembre de 2009 que decretó del divorcio del matrimonio que contrajo con D. Juan en día 15 de mayo de 1993, y del que hubo como descendencia tres hijos, C, nacida el 1995, P, el 2000 y M el 2004.

En la sentencia de divorcio, en lo que ahora interesa, había sido acordada la custodia individual de los hijos a favor de la madre, un régimen de visitas con el padre, y una pensión alimenticia con cargo al padre para el mantenimiento de la prole; y en la demanda solicitaba que fuera dejado sin efecto el régimen de visitas que venía acordado respecto a P, en razón de los graves conflictos que mantenía con su padre. Por su parte, D. Juan dedujo demanda reconvenzional en la que interesó que se instaurara la custodia compartida respecto de los hijos todavía menores, P y M, con la congruente modificación en cuanto a la contribución acordada a su cargo para el mantenimiento de los hijos.

La sentencia de primer grado dio lugar a la demanda principal, y denegó la custodia compartida interesada vía reconvencción, así como la modificación del régimen de contribución al sostenimiento de los hijos.

Apelada la sentencia por D. Juan, la sección segunda de la Audiencia Provincial dio lugar en parte al recurso, y decidió la custodia compartida de M y la reducción de la pensión alimenticia a cargo del padre a la suma de 600 € mensuales, en atención al cambio de sistema de custodia.

D<sup>o</sup>. Pilar formuló recurso de casación contra dicha decisión con base a dos motivos, el primero por infracción del art. 80.2 CDFA y el segundo por infracción del art. 80.4 CDFA.

Por tanto, la única cuestión a decidir en el presente recurso es la custodia compartida que la Audiencia acordó como sistema de guarda del menor Marcos.

**SEGUNDO.** — Primer motivo de casación.

Sostiene la recurrente que los factores establecidos en el art. 80.2 CDFA conducen a la custodia individual del menor que venía acordada, y no a la compartida por la que se ha inclinado la sentencia recurrida.

Tanto la sentencia de primer grado, como la propia recurrente admiten que ambos progenitores están capacitados para ejercer la custodia de Marcos, y la sala señala, en la misma línea que los informes dados en la primera instancia, que el menor ha mostrado en la exploración practicada que guarda una perfecta relación con su padre. Sin embargo la recurrente afirma que la existencia de un alto grado de conflictividad entre ella y su marido, preexistente a la controversia sobre la custodia, se opone al sistema de guarda compartida por ir ello en perjuicio del interés del menor.

De acuerdo con una constante doctrina de esta Sala que se recoge en la nuestra S 11/2014, y en relación a la trascendencia que haya de ser dada a la mala relación existente entre los progenitores en punto a decidir sobre el sistema de custodia procedente en caso de ruptura familiar:

*Sobre la primera de tales circunstancias, ha sido reiteradamente señalado por el Tribunal Supremo (así, por ejemplo, sentencia de 29 de noviembre de 2013, en recurso 494/2012) y por esta Sala (así, por ejemplo, sentencia de 9 de febrero de 2012 en recurso 26/2011), que la relación entre los progenitores no tiene relevancia directa para determinar uno u otro régimen de custodia. Y en el presente caso no existe motivo para apreciar algo distinto a lo sentado por tal jurisprudencia. Porque la sentencia no recoge como acreditado que la conflictividad que se ha generado con el sistema de custodia individual vaya a verse agravada por el establecimiento de la custodia compartida; no determina tampoco si la tensión entre los progenitores es causada por la actitud de uno de ellos o por ambos; y porque, sobre todo y más importante, la mejor atención de la niña no debe fijarse bajo la óptica de la situación de sus progenitores, sino desde la perspectiva de qué sea mejor para la menor afectada, y desde este punto de vista nada recoge la sentencia que permita entender que la deficiente relación entre los progenitores vaya a perjudicar a su hija por el hecho de establecerse el régimen preferente de custodia compartida ...*

En el presente caso, si bien cierto que las sentencias de ambas instancias recogen la existencia de una mala relación personal entre los progenitores, y la existencia de marcadas diferencias en los estilos educativos, nada se contiene en cambio en ellas que permita concluir que dichas circunstancias paren en perjuicio del menor M. Por el contrario, como queda dicho, es hecho probado que resalta la sentencia de segunda instancia, y que tiene como base la exploración practicada

en dicho grado, que el menor mantiene una muy buena interacción con ambos progenitores.

Así las cosas, no cabe entender que la Sala, al decidir la custodia compartida, haya infringido el criterio legal establecido en el art. 80.2 CDFA.

**TERCERO.** — El segundo motivo de casación sostiene infracción del art. 80.4 CDFA.

Sostiene la recurrente, en línea con lo argüido por el juzgador de primer grado, que la fijación del sistema de custodia compartida respecto de uno de los hijos cuando se mantiene la individual de la madre respecto de su hermana menor de edad infringe el art. 80.4 DCFA.

De acuerdo con dicha norma:

*“Salvo circunstancias que lo justifiquen específicamente, no se adoptarán soluciones que supongan la separación entre hermanos”*

Tal criterio es el que llevó al juez de primer grado a desestimar la pretensión reconvenicional, cuando razona:

*En relación a ello, en Derecho Civil de Aragón se parte de un sistema de custodia compartida, de forma que en toda decisión que se adopte en torno a la guarda de los menores, el punto de partida siempre debe ser el de la custodia compartida. No obstante lo anterior, ello no supone que se deba fijar de forma automática, pues el propio código establece una serie de circunstancias que es necesario tener en cuenta y que podrían imposibilitar la fijación de un régimen de custodia compartida. En este caso, se estima que se da una de estas circunstancias y ella no es otra que la problemática suscitada respecto de la hija Paula respecto de la que por medio de la presente sentencia, no solo no se establece tal régimen de guarda y custodia, sino que incluso no se impone ningún régimen de vistas de cumplimiento obligatorio ante la gravedad que presenta la relación entre hija y padre. Esta situación es deseable que no se extienda al hijo M (expresamente se requiere a las partes para que ello no suceda), si bien sí se debe tener en consideración, pues para toda persona el proceso de integración en la familia afecta no sólo a la relación entre hijo y progenitores, sino a la que pueda existir entre hermanos o hermanas. Prueba de lo anterior es que el propio Código del Derecho Foral de Aragón establece en su artículo 80.4 que [...].*

*Esta situación es la que se da en el presente caso en el que las hijas (y mas en concreto la hija menor pues nada cabe indicar en cuanto a la guarda de la mayor de edad que ya no existe) convive con la madre por ser imposible en el momento actual la relación con el padre, mientras que el hijo está en una situación de poder convivir con los ambos progenitores. Dada la importancia que tiene la relación directa entre hermanos y el apoyo que estos se pueden dar entre sí (sobre en todo en situaciones de crisis familiar), se considera que salvo circunstancias excepcionales de enorme gravedad, no es oportuno proceder a la separación de los hermanos.*

Ante tal razonamiento la sala de apelación dice:

Tiene razón la parte recurrente en que no es que se pretenda la separación del menor de sus hermanas, sino que únicamente se amplíen las estancias conforme el régimen de custodia solicitado lo que también permite compartir tiempo con sus hermanas, por otro lado a parte de que las necesidades de las hermanas son distintas al encontrarse en diferentes etapas evolutivas, por otro lado, al ampliarse el periodo de contacto con su padre se aleja en parte de la conflictividad existente entre éste y las hermanas, la psicóloga explica de manera razonada en el acto de la vista, y esta Sala así lo comparte, que esta nueva situación beneficiaría al menor, por lo que no existe obstáculo alguno de fijar la guarda y custodia compartida de M, como más beneficiosa para el menor, circunstancia que también se contempla en la exploración judicial en esta instancia en la que el menor demuestra una muy buena interrelación con ambos progenitores, que permite no descartar en modo alguno la custodia compartida, sin que ello suponga pues contradicción alguna con el principio general del artículo 80.4 del Código de Derecho Foral de Aragón, que admite excepciones siempre que se justifiquen de manera adecuada, como es el caso, por lo expuesto procede declarar la guarda y custodia compartida de M entre ambos progenitores, en cuanto al régimen de estancias será el recomendado por la perito psicólogo tal como se concretará en el fallo de la presente resolución.

Pues bien, esta Sala ya se ha pronunciado sobre el modo en el que la deseable unión entre hermanos ha de incidir en la decisión sobre el sistema de custodia a adoptar de acuerdo con el art. 80 CDFA en la S 37/2014:

Ya hemos dicho en sentencias anteriores que el legislador aragonés no impide la separación de los hermanos, sino que establece, como criterio de normalidad recogido como imperativo jurídico, que de modo general, no deben los tribunales adoptar soluciones que supongan dicha separación - sentencia de 30 de octubre de 2013, nº 46/2013 -, salvo que concurran circunstancias que justifiquen la medida adoptada y se razone debidamente en la sentencia la fundamentación de la decisión.

En el caso de autos se ha procedido, efectivamente, a establecer un régimen jurídico distinto para cada uno de los hijos, lo que implica su separación a los efectos establecidos en el precepto citado. Pero en la sentencia de primera instancia, confirmada en apelación, se expresan las razones que justifican esta decisión.

Al efecto hemos de tener en cuenta la notoria diferencia de edad entre [...], lo que determina diferentes niveles de escolarización, intereses vitales y hábitos de conducta. Se tiene en cuenta además que, siendo Teodoro de diecisiete años de edad al tiempo de dictarse esta sentencia, y próximo a esa edad cuando se dictó la de apelación, en menos de un año llegará a la mayoría de edad, con lo cual no existirá respecto del mismo régimen alguno de guarda y custodia, quedando

por tanto sin posible aplicación al caso la disposición establecida en el artículo 80.4 mencionado.

En definitiva no se ha producido la infracción del precepto denunciado, por cuanto concurren en el caso de autos las circunstancias a que se refiere la norma legal para justificar una diferencia en el régimen jurídico de los hermanos lo que, por otra parte, no implica un alejamiento entre ellos. El hecho de que asistan al mismo centro educativo, que se mantenga un régimen de visitas amplio respecto de Porfirio por parte de su padre, y que se haya dispuesto en sentencia que se procurará en períodos de visitas y vacacionales la coincidencia de los hermanos son elementos que coadyuvan a la confirmación de la decisión.

Como se ve, la sala de apelación da razones para adoptar un sistema de custodia distinto para los dos hermanos menores que lo justifican de acuerdo con criterios acordes con la doctrina que se deja expresada en la jurisprudencia acabada de señalar.

En efecto, el cambio de sistema de guarda no implica un distanciamiento entre los hermanos, que introduzca una "separación". Así, el régimen de visitas vigente para M al momento de la demanda era de fines de semana alternos y dos tardes intersemanales, y la situación resultante tras la sentencia impugnada es que dicho menor estará con cada uno de sus padres por quince alternativas con una tarde intersemanal con el cónyuge no custodio, lo que permite la continuidad de las relaciones entre hermanos, quienes, por lo demás, viven en la misma localidad y se encuentran ya en una edad en la que disponen de suficiente autonomía personal que les permite mantener un contacto acorde a sus respectivas circunstancias y preferencias.

Cualquier otra decisión abocaría a que las pésimas relaciones que uno de los hermanos tiene con el padre común contagien a las de los demás, e impidan los beneficios que las relaciones con él derivan para el hijo ajeno a tal conflictividad.

En consecuencia, procede también el rechazo del segundo de los motivos de casación."

## 65. TUTELA, ADOPCIÓN Y JUNTA DE PARIENTES

### \*\*\* Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 24 de marzo de 2015. Remoción de tutores. Pendencia de proceso penal. Conflicto de intereses

"1.— Es objeto de impugnación en esta segunda instancia el pronunciamiento del auto recurrido que, a instancia del Ministerio Fiscal, acuerda la remoción del cargo del tutor de los demandados, con fundamento en los artículos 125 y 127 del Código de Derecho Foral de Aragón (CDF). Frente a dicha resolución se alza representación de los demandados, que se opone a la remoción entendiéndola que, estando sustanciándose todavía el proceso penal dirigido contra los tutores, por supuestos abusos sexuales sobre la tutelada, no resulta procedente la remoción si no

la suspensión en tanto en cuanto no se resuelva dicho procedimiento. Sin embargo, tal planteamiento no puede ser compartido por la Sala, y ello por que, tal y como señala el artículo 125 h) del CDF, no puede ser titulares de funciones tutelares quienes tengan importantes conflictos de intereses con la persona protegida, mantengan con ella pleito o actuaciones sobre el estado civil o sobre la titularidad de los bienes, o las que le adeuden sumas de consideración... Pues bien, 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 artículo 127 del citado Texto Legal, lo que conduce inexorablemente a desestimar el recurso y a confirmar íntegramente la resolución recurrida."

**\*\*\* Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 29 de abril de 2015. Compraventa de inmueble por tutor de incapaz. Nulidad. Necesidad de autorización judicial o de la Junta de Parientes. Conflicto de intereses**

**"PRIMERO.** La sentencia de instancia desestima la demanda entablada por don E y su tutora la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos de la D.G.A. por la que se pedía la nulidad del contrato de compraventa de dos fincas celebrado el día 30 de septiembre de 1.999 ante Notario entre el Sr. A como vendedor y su padre don E como comprador, sobre la base de los siguientes argumentos: a/ no ser nula sino anulable dicha compraventa; b/ no haber prescrito la acción de anulabilidad de dicho contrato; c/ pese a ello, no poder ser estimada la acción de nulidad por ser válido el contrato al no haberse probado que el Sr. A se encontraba en aquel momento en una fase de reagudización de su enfermedad; y d/ no considerar simulada dicha compraventa. Frente a dicha resolución se alza ahora la parte actora alegando que ha sido mal aplicado al caso de autos el Código de Derecho Foral de Aragón; y que de las normas que regían en el momento de realizarse la compraventa objeto de este pleito resulta la misma nulidad de pleno derecho.

Se opone a dicho recurso la parte demandada que interesa la confirmación de la sentencia apelada.

**SEGUNDO.** La Magistrada-Juez a quo aplica los artículos del Libro Primero del Código de Derecho Foral de Aragón, del Derecho de la Persona, para determinar sobre la anulabilidad de la compraventa que nos ocupa sobre la base de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Segunda referida a dicho Libro Primero que dice: "Segunda. Acciones, derechos y deberes nacidos antes pero no ejercitados o cumplidos todavía. 1. Las acciones, derechos y deberes nacidos antes

del 23 de abril de 2007, pero no ejercitados o cumplidos en esa fecha, subsisten con la extensión y en los términos que les reconociera la legislación precedente, pero sujeta a prescripción y procedimientos para hacerlos valer, a lo dispuesto en este Código. 2. En particular, las normas contenidas en el Libro Primero sobre nulidad o anulabilidad de actos son aplicables desde el 23 de abril de 2007, aunque el acto se hubiera otorgado con anterioridad." Y según estas últimas normas, la compraventa que se celebró entre el actor y su progenitor a quien -junto con su esposa y madre de aquél- se le rehabilitó la patria potestad en la misma sentencia de fecha 3 de febrero de 1.997 en la que fue declarado incapaz E, precisaba autorización previa de la Junta de Parientes o del Juez (art. 16 letra d/ del Código de Derecho Foral de Aragón: "El tutor del menor que no ha cumplido los catorce años necesita también autorización previa de la Junta de Parientes o del Juez para: d) Adquirir por título oneroso bienes del tutelado o transmitirle por su parte bienes por igual título"), pues era el propio padre quien mediante la escritura pública de 30 de septiembre de 1.999 adquiría por título oneroso bienes del tutelado, autorización que solo debía concederse (art. 18 Código del Derecho Foral de Aragón) en interés del tutelado, por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa audiencia del Ministerio Fiscal si era judicial. No excluye el artículo 16 d) la adquisición de bienes inmuebles, por lo que deben entenderse incluidos. También con arreglo a la Compilación Aragonesa vigente en el momento del otorgamiento de la escritura pública de compraventa el tutor precisaba autorización de la Junta de Parientes o del Juez de Primera Instancia cuando se trataba de la disposición de bienes raíces (art. 13 de la Compilación Aragonesa referido a los menores de edad pero aplicable por analogía a los incapaces).

La falta de dicha autorización hace el acto anulable con arreglo al artículo 19 Código del Derecho Foral de Aragón, acción que prescribirá a los cuatro años. Este plazo empieza a contar, según dicho precepto, desde que, por la emancipación o mayoría de edad, hubiera podido realizar el acto sin asistencia; por lo que, tratándose el que nos ocupa de un incapaz, el plazo de la acción empieza a contar desde que el incapaz hubiera salido de la tutela, lo que no ha ocurrido.

Llegados a este punto, la Magistrada-Juez de instancia razona que a tenor del contenido de la sentencia de incapacitación de 3 de febrero de 1.997, el Sr. A no precisa guarda y custodia en los momentos en que su enfermedad se encuentra controlada, y sí solamente cuando sufra una reagudización de la misma, añadiendo que, como en el momento de la compraventa no requería la asistencia de su progenitor porque la parte demandante no ha acreditado en modo alguno que en la fecha de la compraventa el Sr. A estuviera sufriendo una reagudización de su enfermedad, no concurre por lo tanto la causa de anulabilidad alegada.

No puede mostrar esta Sala su conformidad con dicha conclusión, por cuanto aun cuando, efectivamente, la sentencia de fecha 3 de febrero de 1.997 estableció una extensión de la incapacidad del Sr. A más o menos amplia dependiendo del estado más o menos agudo de su enfermedad mental, llegando a considerar "casi innecesario" un régimen de guarda y tutela en determinadas fases de la enfermedad, es lo cierto que en todo caso declaró incapaz a E y rehabilitó la patria potestad de sus padres sobre el incapaz y deben aplicarse las normas relativas a los incapaces y a la patria potestad prorrogada.

Consecuencia de todo ello es, como ya se ha indicado, que la compraventa que nos ocupa requería autorización previa de la Junta de Parientes o del Juez, pero el Sr. A no solamente no la interesó sino que ni siquiera hizo saber al Notario que existía una declaración judicial de incapacidad respecto de su hijo E y que ambos padres tenían rehabilitada la patria potestad. Es por ello que dicha compraventa, en la que, además, concurría un conflicto de intereses entre el incapaz y su padre, debe ser considerada, consecuentemente, nula, debiendo ser estimada la demanda. Declaración de nulidad que conlleva la declaración de propiedad de dichas fincas a favor de don E y, consecuentemente, no forman parte de la herencia de, debiendo cancelarse las inscripciones registrales relativas a dicha compraventa y las que traigan causa de la misma."

**\*\*\* Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 17 de julio de 2015. Adopción de hermanos. Necesidad de asentimiento de progenitores**

**"PRIMERO.**— Recurre D<sup>a</sup> E la Sentencia de instancia, suplicando su revocación y se declare la necesidad de asentimiento en la adopción de sus dos hijos, alegando, sustancialmente, que su evolución positiva ha continuado hasta la actualidad, disponiendo de apoyos sociales y económicos, teniendo ahora dos nuevos hijos sobre los que no ha existido intervención de la Administración, no concurriendo, por tanto, en la actualidad, causa de privación de la patria potestad.

**SEGUNDO.**— La intervención de la Administración se produjo respecto del menor A el 9 de noviembre de 2010, por resolución que decretaba su desamparo, y, respecto de N, desde su nacimiento, el 2011, fecha de la resolución que declaraba también su desamparo y la asunción de su tutela ex lege, fechas en que se apreciaron en A (nacido el 2008), altos niveles de riesgo de su integridad física y psicológica por falta de cuidados, alimentación, higiene y permanencia en una vivienda carente de las más elementales condiciones de salubridad, hallándose al cuidado de los progenitores, sin habilidad para ejercer su cuidado, presentando incluso problemas psicológicos y frecuentando la madre ambientes marginales, hechos de los que da constancia el amplio expediente administrativo seguido con los dos menores y en el que se hace referencia incluso

a la temprana intervención administrativa llevada a cabo durante la infancia con la madre de los menores y aquí recurrente. Las diferentes resoluciones administrativas recaídas sobre los menores fueron impugnadas por la madre y ratificadas judicialmente.

Los menores llevan residiendo juntos con familia de urgencia desde las fechas reseñadas, y en acogimiento preadoptivo con la misma familia desde el 30 de diciembre de 2011 (f. 244 y ss.), presentando los dos una evolución altamente positiva en todos los órdenes, habiendo desarrollado una relación familiar plenamente satisfactoria con la familia preadoptiva, en la que están totalmente integrados adaptados y satisfechos.

La recurrente funda su pretensión en su actual estabilidad personal y económica, de la que no existe prueba eficaz que la corrobore, por cuanto, las circunstancias que ahora invoca, alquiler de vivienda, dos nuevos hijos y percepción de prestación asistencial, no determinan por sí solas la necesaria seguridad de una atención y cuidados correctos de los menores, ni su estabilidad psicológica, máxime, cuando la misma, ni siquiera, ha comparecido a las citaciones del Equipo Psicossocial del Juzgado para la elaboración de los perceptivos informes.

Se señala, a mayor abundamiento, que en las fechas de retirada de los menores, la actuación administrativa estuvo plenamente justificada, como ya se ha expuesto, y la correcta estabilidad y desarrollo de los mismos no aconseja alterar su actual situación de vida en la familia preadoptiva con la que permanecen desde hace más de tres años y medio, desconociendo incluso N a sus progenitores biológicos (S.T.S. de 31-7-2009 que ampara, en interés del menor la exclusión de la reinserción en la familia biológica), lo que obliga a la desestimación del recurso."

**\*\*\* Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 14 de octubre de 2015. Incapacitación parcial. Curatela. Actos patrimoniales. Control médico**

**"PRIMERO.**— La sentencia de instancia estima la demanda formulada por el Ministerio Fiscal, declara la incapacidad parcial de Don L para regir su persona y bienes y lo somete a curatela, señalando a) en lo que se refiere al ámbito personal, que la función de control que el curador está llamado a ejercer abarca el sometimiento del incapacitado a las pertinentes revisiones médicas y al tratamiento prescrito para su actividad, y, caso de incumplimiento de sus indicaciones, la solicitud del auxilio necesario de las autoridades, ya para el tratamiento ambulatorio forzoso, ya para el internamiento psiquiátrico involuntario según procede, y b) en el ámbito patrimonial, que como complemento de lo anterior, el incapacitado precisará la anuencia del curador para todos los actos de ese contenido "y gestiones administrativas, en especial para actos de disposición sobre bienes inmuebles y para contratar préstamos y créditos", todo ello "con la particularidad de que será el

curador el que gestionará los ingresos del incapacitado en representación del mismo, incluido, en su caso, el salario o la pensión que pueda recibir, y también quien le facilitará pequeñas cantidades para sus gastos cotidianos”.

Recorre el incapacitado que, alega error en la valoración de la prueba y solicita se deje sin efecto la incapacidad declarada y medidas consiguientes, y alternativa o subsidiariamente, que la curatela establecida se limite al control médico, pudiendo el curador entrevistarse con los médicos habituales de su padre, supervisar la administración de los fármacos que pudieren serle prescritos y, en su caso, instar el auxilio de los servicios médicos correspondientes.

**SEGUNDO.**— En la materia a la que afecta el proceso debe partirse de la presunción general de la capacidad de las personas sentada por el art. 34.1 del Código Foral de Aragón, a cuyo tenor “La capacidad de la persona que ha cumplido los catorce años y no ha sido incapacitada se presume siempre”, base sobre la que el art. 38 del mismo Código dispone que “Nadie puede ser incapacitado sino en virtud de las causas establecidas en la ley y por sentencia judicial, que determinará la extensión y límites de la incapacitación, así como el régimen de protección a que haya de quedar sometido el incapacitado”, siendo causas de incapacitación “las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”.

La declaración de incapacidad necesita, pues, de una prueba de carácter concluyente, dirigida a la destrucción de la presunción de capacidad de las personas, para una vez establecida poner en funcionamiento los mecanismos de guarda y protección previstos en los artículos 130 y c.c. del CDFA.

En el caso, las pruebas han acreditado cumplidamente que don L padece una enfermedad psíquica que, según informe de los dos médicos forenses que han intervenido en el de curso del procedimiento, anula parcialmente la capacidad de autogobierno de su persona en relación al seguimiento médico y cumplimiento terapéutico.

En el informe forense emitido en la primera instancia del procedimiento —7-10-13, Dra. — se dijo que el Sr. N, en tratamiento psiquiátrico desde los 18 años, con varios internamientos psiquiátricos —mayo 1990, agosto 1991, octubre 1996, enero 1997, abril 1997, febrero 2009, marzo 2011, diciembre 2011 y abril 2013— por reagudización de su cuadro psicótico de base -consumo de sustancias-, presentaba un diagnóstico compatible con esquizofrenia paranoide, con sintomatología productiva sicótica de evolución crónica e improbable reversibilidad; que carecía de conciencia de enfermedad y adherencia al tratamiento, teniendo parcialmente anulada su capacidad de autogobierno personal con el alcance indicado -seguimiento médico y cumplimiento terapéutico-.

Y en el mismo sentido, el informe emitido en esta instancia —Dr., 3-7-2014-, que, presentes todos los antecedentes familiares y médicos que

relaciona, e incluso la documentación médica de reciente fecha aportada por el recurrente, comparte el diagnóstico de la Dra. y recomienda un seguimiento mediante tratamiento ambulatorio, sin descartar posibles descompensaciones, dependientes de múltiples factores y difícilmente predecibles.

Por lo que, carente de la justificación necesaria la incapacidad que la sentencia objeto de recurso declara en el orden patrimonial, que no queda respaldada por ninguno de los dos documentos obrantes a los folios 142 a 145, anteriores a los dos informes forenses y que hay que entender que dejan en la indefinición la incapacidad declarada con tal apoyo, debe estimarse el recurso en los términos que se dirán en la parte dispositiva, coincidentes con la petición que el Ministerio Fiscal formuló en primera instancia en el acto del juicio.”

## 663. REGIMEN ECONÓMICO CONYUGAL RÉGIMEN LEGAL

**\*\*\* Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 14 de enero de 2015. Disolución y liquidación de régimen económico y comunidad conyugal continuada. Normativa aplicable. Apéndice de 1925 y Compilación. Formación de lotes adjudicados por sorteo. Naturaleza de inmueble edificado en terreno privativo con caudal común**

**“PRIMERO.**— Para la resolución de los recursos interpuestos resultan relevantes los siguientes hechos:

**1.—** Mediante demanda presentada el 29 de enero de 2001 ante el Juzgado de Primera Instancia de Tarazona, la representación de D<sup>o</sup> Carmen S. C. instó frente a su hermano D. Isidro la liquidación del régimen económico matrimonial de sus padres, D. Miguel S. R. y D<sup>o</sup> Ascensión C. H., que habían contraído matrimonio el 18 de febrero de 1926 y habían fallecido el 22 de septiembre de 1972 y el 11 de junio de 1996, respectivamente.

**2.—** Recayó sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Tarazona de 1 de septiembre de 2003 aprobando el inventario de bienes de la comunidad matrimonial de D. Miguel S. R. y D<sup>o</sup> Ascensión C. H..

**3.—** Contra la anterior sentencia interpuso la representación de D. Isidro S. C. recurso de apelación en lo relativo a los saldos resultantes de la rendición de cuentas entre ambas partes, y la sentencia de la Audiencia Provincial de 20 de septiembre de 2004 estimó en parte el recurso de apelación. Interpuesto recurso de casación por la representación de D. Isidro S., fue parcialmente estimado por la sentencia de 21 de junio de 2005 de esta Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en el sentido de incluir en el pasivo de D<sup>o</sup> Ascensión C. una deuda a favor del recurrente.

**4.—** La sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Tarazona de 20 de marzo

de 2012 aprobó el cuaderno particional de 28 de febrero de 2011 presentado por el contador partidor, con las modificaciones introducidas el 23 de junio de 2011, desestimando las oposiciones de las partes.

**5.—** Contra la anterior sentencia las dos partes litigantes interpusieron recurso de apelación recayendo sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 30 de julio de 2012, aclarada por auto de 12 de febrero de 2013, que fue objeto del recurso por infracción procesal y de casación interpuesto por la representación de D<sup>ª</sup> Carmen S. C..

**6.—** La sentencia de esta Sala de 5 de noviembre de 2013 estimó el motivo de infracción procesal contra la sentencia dictada y ordenó reponer las actuaciones al estado y momento en que se incurrió en la infracción o vulneración, devolviéndose las actuaciones a la Audiencia Provincial para dictar nueva sentencia, debidamente motivada.

**7.—** La Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Quinta, dictó nueva sentencia en fecha 8 de abril de 2014. En ella, tras fundamentar ampliamente acerca de la cuestión que fue objeto del anterior recurso por infracción procesal, mantiene en cuanto al fondo el criterio sostenido en la anterior, optando por la formación de dos lotes de bienes con un semejante valor económico y compensación en metálico por la diferencia, estableciendo el sorteo como forma de adjudicación, además de acordar que la sociedad conyugal de los padres de los litigantes entregue a D<sup>ª</sup> Carmen S. los inmuebles consistentes en planta ... y planta ... del edificio de n<sup>º</sup> ... de Tarazona, y que la sociedad conyugal satisfaga a D<sup>ª</sup> Carmen la suma de 46.715,40 euros. Ambas partes instaron aclaración de dicha sentencia, lo que fue resuelto por Auto Aclaratorio de 17 de junio de 2014 el cual, entre otros pronunciamientos, modificó el contenido de los lotes de fincas, en la forma expresada en su Fundamento de Derecho Primero. Además, aclaró el fallo especificando que "la hermana — D<sup>ª</sup> Carmen S. C. — deberá abonar a la sociedad conyugal de los padres la suma restante, esto es, 46.715,40 euros".

**8.—** Frente a esta sentencia y su auto aclaratorio interponen recurso de casación ambas partes. La representación legal de D<sup>ª</sup> Carmen S. C. lo hace, al amparo del artículo 477.2, 3<sup>º</sup> de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de ley sustantiva, considerando infringidos los artículos 56 y 58.2 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón. La representación de D. Isidro S. C. recurre por infracción procesal, invocando la infracción del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por incongruencia omisiva, y en casación por infracción de derecho sustantivo impugnando la aplicación indebida del artículo 55 y siguientes de la citada Compilación y de su Disposición Transitoria Tercera, y la inaplicación de la Disposición Transitoria Primera del mismo cuerpo legal.

**Extemporaneidad del recurso de D. Isidro**

**SEGUNDO.—** En el trámite de oposición a los recursos formulados de contrario, la representación de D<sup>ª</sup> Carmen S. C. invoca la extemporaneidad del recurso de la contraparte, alegación que tiene cabida en este trámite procesal, conforme a lo que establece el artículo 485 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Expone que, tras la notificación de la sentencia de la Audiencia Provincial, D. Isidro S. presentó solicitud de aclaración y complemento tres días después; que el auto aclaratorio se notificó el 24 de junio, e interpuso el recurso agotando el plazo de 20 días desde esta última notificación, por lo que el recurso se presentó fuera de plazo.

Esta alegación, de ser estimada, hubiera dado lugar a la inadmisión del recurso interpuesto de contrario, lo que en este trámite se convertiría en causa de desestimación.

Sin embargo, la alegación realizada no es atendible. Examinados los autos resulta lo siguiente:

1.— La sentencia de la Audiencia Provincial fue notificada el 11 de abril de 2014, viernes.

2.— Los siguientes días 12 y 13 de abril, sábado y domingo, son días inhábiles a estos efectos.

3.— La notificación, realizada mediante el sistema Lexnet, ha de tenerse por efectuada al siguiente día de la fecha de recepción en el servicio común de Notificaciones del Colegio de Procuradores, conforme a lo prevenido en el artículo 151.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y artículo 7 del Real Decreto 84/2007, de 26 de enero, sobre implantación del sistema informático de telecomunicaciones Lexnet. En este sentido, la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2014 ha establecido que, habiéndose hecho uso de uno de los medios previstos en el artículo 162.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para llevar a cabo la notificación, dicha notificación habrá de entenderse realizada el día siguiente a la fecha de recepción de la misma en el Servicio Común de Notificaciones.

4.— Por consiguiente, se solicita la aclaración por la representación procesal de D. Isidro el primer día hábil del plazo para recurrir.

5.— Dictado el auto aclaratorio el 17 de junio, fue notificado el día 23 siguiente, contando el plazo para el recurso en la misma forma anteriormente descrita. Por tanto, interpuesto el recurso por infracción procesal y de casación el 22 de julio de 2014, se encontraba en plazo legal para llevar a efecto esta actuación procesal.

En consecuencia, la causa de pretendida inadmisibilidad no puede ser estimada, procediendo entrar a conocer del fondo del recurso interpuesto.

**Motivo de recurso por infracción procesal**

**TERCERO.—** Aunque el procurador D. Fernando Gutiérrez Andreu, que lo es de D. Isidro S. C., formula en el mismo escrito recurso por infracción procesal y recurso de casación, debe entenderse en rigor que el primero de ellos constituye un motivo de infracción procesal dentro del

recurso de casación, conforme a lo establecido en la Disposición Final Decimosexta, apartado 1, regla 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Entrando a resolver sobre dicho motivo, la parte recurrente denuncia la infracción del art. 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que exige a las sentencias exhaustividad, congruencia y motivación, indicando que no ha resuelto la Audiencia Provincial acerca de la petición expresa de que las fincas rústicas sean también adjudicadas por sorteo de los lotes establecidos. Refiere que en su recurso de apelación instó de la Audiencia una declaración en tal sentido que no fue atendida, y que en el escrito solicitando la aclaración y complemento igualmente planteó dicha cuestión.

El examen de las actuaciones muestra que, efectivamente, la expresada representación procesal se refirió en su escrito en que interponía recurso de apelación a la necesidad de sorteo de los lotes de fincas, que consideraba fundamental e innegociable, en aras a una garantía total de igualdad de trato, solicitando que dicho sorteo tuviera lugar tanto para las fincas rústicas como para las urbanas —página 10 del escrito de recurso, folio 2786-. Y en el escrito de aclaración se refirió, como segundo apartado de subsanación o complemento, a los inmuebles rústicos, demandando un pronunciamiento expreso sobre la adjudicación por sorteo de los lotes de bienes inmuebles rústicos.

La falta de respuesta de la Audiencia Provincial a esta cuestión determina la prosperabilidad del motivo de recurso, ya que la sentencia y el auto que la complementa no han sido exhaustivos respecto de esta petición, oportunamente deducida. Sin embargo, la estimación de este motivo no determina otra cosa que el pronunciamiento de la Sala de casación respecto de dicha cuestión de fondo, teniendo en cuenta lo que se hubiere alegado como fundamento del recurso, conforme a la regla 7.ª de la Disposición Final Decimosexta antes citada.

#### **Examen del recurso de casación de D. Isidro**

**CUARTO.**— El recurso de casación se funda en la indebida aplicación que realiza la sentencia de la Audiencia Provincial del artículo 55 y siguientes de la Compilación de Derecho Civil de Aragón de 8 de abril de 1967, así como de la Disposición Transitoria Tercera de dicha ley, y en la inaplicación de la Disposición Transitoria Primera de la misma.

Expone, en defensa de su recurso, que el matrimonio concertado por los padres de ambos litigantes se celebró en el año 1926, por lo que la determinación de los bienes integrantes de la comunidad conyugal deberá regirse por el Real Decreto de 7 de diciembre de 1925, que aprobó el Apéndice al Código Civil correspondiente al Derecho Foral de Aragón. Considera que para la determinación del carácter de los bienes integrantes del consorcio no es de aplicación la Compilación de 1967, de conformidad con lo dispuesto en su Disposición Transitoria Primera. Y, en definitiva, entiende aplicable al caso el artículo 1404 del

Código civil, en la redacción original —anterior a la reforma operada por ley 11/1981- de forma que el edificio situado en calle núm. ... de Tarazona debe tener la consideración de ganancial de la sociedad conyugal, y como tal computarse para la liquidación, partición y adjudicación que se realice.

Tras ello, y otras consideraciones relativas a la forma de realizar las compensaciones procedentes, propone dos alternativas de formación de lotes de bienes inmuebles de naturaleza urbana, una de ellas que considera su petición principal y otra subsidiaria.

**QUINTO.**— Planteado en estos términos el recurso de casación resulta pertinente recordar la naturaleza y ámbito de este recurso extraordinario. La función que corresponde al recurso de casación es la de protección y aseguramiento del ordenamiento jurídico, dotándole de una aplicación e interpretación ajustada y segura, de forma que la función nomofiláctica que le corresponde le distingue de una tercera instancia, revisora de las cuestiones de hecho y de las facultades discrecionales que corresponden a los tribunales de instancia. En este sentido, auto del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2006 y resoluciones que en el mismo se citan.

Por ello, el examen del presente recurso de casación ha de centrarse en la consideración de si la decisión adoptada por la Audiencia Provincial en su sentencia y auto de aclaración y complemento vulnera el ordenamiento jurídico, en los términos en que se pretende en el motivo de recurso.

Examinadas las actuaciones y los hechos comprobados en las instancias, resulta claro que el matrimonio contraído por D. Miguel S. R. y D.ª Ascensión C. H., el 18 de febrero de 1926, se regía por el Apéndice Foral de 1925, cuyo artículo 48 determinaba los bienes que comprende la llamada sociedad conyugal tácita. El solar sobre el que se edificó era, en su mitad indivisa, propiedad privativa de D.ª Ascensión, y en la otra mitad pertenecía a la sociedad conyugal de los citados consortes.

La naturaleza de los bienes inmuebles edificados sobre terreno perteneciente a uno de ellos no era cuestión pacífica en la regulación entonces vigente, pues mientras algunas sentencias consideraban que debían integrar el activo de la sociedad conyugal tácita, conforme a lo prevenido en el artículo 48.1 del Apéndice y al artículo 1404-2.º del Código civil, en su redacción original —sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 14 de julio de 1942-, otras estimaban no aplicable en Aragón el referido precepto del Código civil, sino que debía resolverse el debate haciendo aplicación de las normas generales sobre accesión —sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1945-.

El criterio general comprendido en el artículo 361 del Código civil sigue el principio romano de que lo construido es accesión del terreno o solar en el que se construye. No obstante, la jurisprudencia mayoritaria ha matizado la aplicación de dicha norma atendiendo a un principio

más general conforme al cual lo accesorio sigue a lo principal, considerando el valor de lo edificado como superior al del terreno y, haciendo uso del concepto de accesión invertida —de creación jurisprudencial—, establecía que los inmuebles construidos con extralimitación, actuando el constructor de buena fe, podían pasar a ser propiedad del dueño de la obra, abonando el valor al titular del suelo —sentencia del Tribunal Supremo 959/1995, de 7 de noviembre y las que en ella se citan—.

Pero el Tribunal Supremo ha declarado que, en caso de construcción por varios comuneros que eran propietarios de un inmueble arruinado y pactaron una nueva edificación, el litigio no se resuelve por las normas de la accesión sino por las relaciones entre comuneros —sentencia del Tribunal Supremo 656/2011, de 21 de septiembre—; criterio trasladable a la relación entre patrimonios en el régimen económico conyugal.

De ahí se desprende que el edificio antes referido, construido a costa del caudal común, tenía la consideración de bien consorcial, sin que sea necesario para ello recurrir a la aplicación del Código civil.

Disuelto el matrimonio por el fallecimiento del cónyuge que premurió, D. Miguel S. R., hecho acaecido el 22 de septiembre de 1972, la disolución del consorcio se rige por la Compilación del Derecho Civil de Aragón de 1967, entonces vigente.

La liquidación de esta comunidad se ha realizado por la Audiencia Provincial aplicando la citada Compilación, en virtud de lo dispuesto en su Disposición Transitoria Tercera, y dicha liquidación en su precisa formulación no vulnera lo establecido en los artículos 55 y siguientes de la Compilación. No se trata aquí, conforme se ha expuesto precedentemente, de valorar si otra composición de lotes de bienes inmuebles urbanos era posible, o pudiera resultar más conforme a los intereses económicos de las partes, sino de establecer si la división realizada por la Audiencia Provincial contraviene los preceptos denunciados.

Y, examinados la sentencia y el auto aclaratorio recurridos y las alegaciones del recurrente, se concluye que no se ha producido la vulneración del ordenamiento jurídico que se denuncia, procediendo en consecuencia la confirmación de dicho pronunciamiento. El reparto por sorteo de los lotes establecidos es expresamente aceptado por el recurrente D. Isidro y resulta ajustado a derecho, ante la imposibilidad de que ambos litigantes lleguen a acuerdos sobre la disolución y liquidación. Y dicho sistema de reparto se aplicará igualmente a los lotes de fincas rústicas establecidos en el cuaderno particional, según ha sido solicitado expresamente por la representación procesal de este recurrente.

#### **Recurso de casación de D.ª Carmen**

**SEXTO.**— La representación de D.ª Carmen S. C. interpone recurso de casación que funda en dos motivos, integrados en la alegación tercera de su escrito de recurso. Como complemento

a ellos, en la alegación cuarta formula una propuesta de partición distinta a la efectuada por la Audiencia Provincial en la Sentencia recurrida.

El primer motivo se funda en infracción del artículo 56 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón de 8 de abril de 1967, hoy materia regulada en el artículo 265 del CDFa. Sostiene que la deuda por aportación de su madre de la mitad indivisa del suelo donde radica el inmueble de calle Fueros de Aragón ..., de Tarazona, no es un pasivo de la sociedad conyugal sino un crédito entre los cónyuges y, en este momento, entre sus herederos, siendo una deuda de la sociedad conyugal se ha de pagar con bienes hereditarios al no haber metálico. Por tanto, en aplicación del artículo 56 cuya infracción denuncia debería compensarse en la cantidad concurrente lo que D.ª Carmen debe a la masa con lo que la masa le debe por la aportación del suelo de número ... . En definitiva, concluye que las deudas de los partícipes con la sociedad conyugal han de integrarse en el mecanismo de liquidación (compensaciones e imputaciones) previsto por la ley.

Para el examen del motivo es de considerar que la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial de D. Miguel S. R. y D.ª Ascensión C. H. se rige por la Compilación de 1967, por ser la norma vigente al momento de la disolución. Es de aplicar, efectivamente, el artículo 56, resultando innecesaria la cita que en el recurso se hace del artículo 265 del CDFa que, aun regulando la misma materia o liquidación ordinaria de la comunidad, lo hace de forma distinta a la legislación anterior.

No se ha producido en la sentencia recurrida la infracción que se denuncia. En ella se expresa la aplicabilidad al caso de lo dispuesto en los artículos 55 y siguientes de la Compilación, y se indica que “correspondiendo a esta (la hermana) por tanto por la señalada razón la suma de 211.600 euros, que deben ser satisfecha (sic) con bienes de la sociedad conyugal de los padres, en aras a esa igualdad que se pretende en la distribución de los bienes hereditarios, y, no existiendo metálico suficiente para hacerla efectiva, se le han de adjudicar a aquella los bienes consistentes en la planta ... de la calle número ... -valorada en 108.820,58 euros- y la planta ... del mismo edificio —que lo ha sido en 149.494,82 euros-, en cuanto que son los bienes que más se aproximan en lo posible a la cantidad que debe ser pagada, y siendo que esta excede de la que corresponde, la hermana deberá abonar a la sociedad conyugal de los padres la suma restante, esto es, 46.715,40 euros, quedando así establecida la igualdad entre ambos por este concreto concepto”.

Dicha disposición no se opone a lo establecido en el precepto citado por la recurrente, que establece que la liquidación ordinaria seguirá este orden: “*PRIMERO. Reintegro de lo debido por la masa común a los patrimonios privativos y reembolso de lo que estos, por cualquier concepto, deban a aquella, uno y otro hechos por vía de compensación hasta el importe de la respectiva*

*participación en el consorcio*". El reintegro al patrimonio privativo de D<sup>o</sup>. Carmen se ha efectuado por vía de compensación y con bienes del haber común, en los términos que se han transcrito, sin que la pretensión que formula la recurrente de que se la compensase con la adjudicación del inmueble de número ... tenga sustento en el precepto cuya infracción denuncia.

Por lo expuesto, el motivo primero ha de ser desestimado.

**SEPTIMO.**— El segundo motivo de recurso denuncia la infracción del artículo 58.2 de la Compilación de 8 de abril de 1967, hoy materia regulada en el artículo 267 del CDFa. Sostiene que D<sup>o</sup>. Carmen, como heredera de D<sup>o</sup>. Ascensión, tiene derecho a ser compensada con bienes en la liquidación de la sociedad conyugal y, en concreto, tiene derecho a la preferente adjudicación de lo aportado. Dado que el suelo aportado por D<sup>o</sup>. Ascensión para la construcción del edificio situado en calle número ... de Tarazona se integra con el edificio, la preferencia en la adjudicación del suelo lleva consigo la del edificio.

Para el examen del motivo hemos de considerar, en primer lugar, el mismo razonamiento que se ha expuesto en el anterior, relativo a la improcedencia de citar el artículo 267 del CDFa que, aun regulando la misma materia que el precepto aplicable, no resulta de aplicación al caso de autos, dada la fecha de disolución del consorcio antes expresada. Así, la especial referencia que del recurso se hace al artículo 267, 2, f) carece de eficacia para la resolución de este proceso.

El artículo 58 de la Compilación, de estricta aplicación al caso, prevenía que: *"Uno. Liquidado el patrimonio, el caudal remanente se dividirá y adjudicará por mitad o en la forma pactada. Dos. El cónyuge sobreviviente podrá hacer incluir en su lote los bienes de su uso personal o profesional que no constituyan ventajas, la explotación industrial, comercial o agrícola que dirigiera, así como los bienes que hubiera aportado al consorcio. Todo ello sin perjuicio de las compensaciones que procedan"*.

Como primera consideración hemos de apuntar que el precepto confería un derecho de preferente adjudicación de determinados bienes al cónyuge sobreviviente, derecho que, al menos en parte de su contenido, tenía carácter personalísimo y no podía estimarse transmisible a los herederos, como se pretende en este caso.

Del texto legal transcrito, únicamente la referencia a la inclusión de *"los bienes que hubiera aportado al consorcio"* puede servir para sustentar el recurso y la pretensión de adjudicación que deriva del mismo.

Sin embargo, el motivo no puede prosperar: resultaría estimable el recurso en el caso de que se declarase probada la aportación de D<sup>o</sup>. Ascensión C. a su sociedad conyugal del edificio sito en calle número ..., cuya adjudicación íntegra y exclusiva pretende la recurrente, pero dicho presupuesto fáctico no concurre; tampoco se ha producido la aportación de la totalidad del suelo para la construcción, a cargo de la comunidad,

del inmueble citado; en este caso consta acreditado que D<sup>o</sup>. Ascensión C. era titular de la mitad indivisa del suelo en que se construyó el edificio de constante mención, como bien privativo. De este hecho no se desprende la consecuencia jurídica interesada por la recurrente, cual es que la preferencia en la adjudicación del suelo lleve consigo la del edificio. No es así porque no se está en presencia de una subrogación real impuesta por el legislador, que solo tiene lugar en el caso de aportación del bien al consorcio, lo que no concurre en este caso.

Tratándose de la aportación de una mitad indivisa del suelo no concurre el supuesto de hecho del precepto invocado, procediendo la desestimación del motivo.

**OCTAVO.**— Desestimados los motivos de los recursos de casación procede la confirmación de la sentencia recurrida. Respecto del recurso por infracción procesal deducido por D. Isidro, su estimación dará lugar a un complemento del fallo recaído en la segunda instancia, en el sentido de que la adjudicación de las fincas rústicas se realizará por el mismo procedimiento que el aplicado para los inmuebles urbanos, al ser ésta una pretensión sostenida por el citado recurrente en su escrito de recurso y no resuelta expresamente por la sentencia de la Audiencia."

### **\*\*\* Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 27 de abril de 2015. Liquidación de sociedad conyugal. Inventario. Activo. Presunción de ganancialidad**

**"PRIMERO.** Interesan los apelantes la revocación de la sentencia de instancia y el dictado de otra por la que se incluyan en el activo del inventario a realizar para la liquidación de la sociedad conyugal formada por (cuyo divorcio tuvo lugar por sentencia de 9 de diciembre de 1985) los siguientes bienes: a/ las cuentas bancarias existentes a fecha del divorcio y b/ la finca urbana sita en

Respecto a las cuentas bancarias esta Sala no puede sino confirmar los acertados fundamentos esgrimidos por el Juzgador de instancia pues los propios apelantes reconocen en su escrito de recurso que dado el tiempo transcurrido desde el divorcio de sus padres es imposible acreditar no ya la determinación de los saldos comunes que pudieran existir de los esposos sino tan siquiera la identificación de las cuentas. Aun así los recurrentes insisten en que "seguramente existían saldos y que éstos pertenecían al consorcio", pero es lo cierto que las meras suposiciones no hacen prueba alguna.

Sin embargo, mejor suerte corre el segundo punto del recurso de apelación relativo a la finca urbana sita en, pues la interpretación que realiza el Magistrado-Juez a quo en orden al carácter privativo de dicho inmueble no puede ser mantenida por lo que se explicará seguidamente.

Partimos —como así hace también el Juzgador a quo— de la presunción de ganancialidad que establece el Derecho Foral Aragonés respecto de

todos aquellos bienes cuyo carácter privativo no pueda justificarse. Ahora bien, discrepa este Tribunal respecto a la valoración de la prueba en la que se basa el Magistrado-Juez de instancia para considerar acreditada la propiedad exclusiva de la vivienda a favor del Sr. S. En primer lugar porque la expresión "los cónyuges carecen de tanto de vivienda común como de ajuar familiar" se incluye en la estipulación "SEGUNDA.— VIVIENDA Y AJUAR FAMILIAR", tras la estipulación primera referida a los hijos habidos en el matrimonio y antes de la estipulación tercera relativa a "cargas del matrimonio y alimentos"; de lo que se deduce que la redacción del convenio regulador está siguiendo el orden de los diferentes puntos a los que se refería el artículo 90 del Código Civil (aplicable en el momento de su confección, reformado por ley de 1981) para regular los diferentes efectos producidos por el divorcio: A y B) relativa a los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, C) atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar, D) contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, y E) liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio. De tal manera que cuando en la estipulación segunda del convenio regulador relativa a la "vivienda y ajuar familiar", se están refiriendo realmente al uso de la vivienda familiar, y por ello utilizan la expresión "carecen de vivienda común y de ajuar familiar": porque en el momento del divorcio no compartían ambos ya la vivienda al haber sido ingresada la esposa en un centro sanitario por su situación de incapacidad. No puede interpretarse en el sentido de un reconocimiento expreso por parte de los esposos de ser la vivienda privativa del Sr. S: no solo por lo ya argumentado sino también porque carece de lógica que nada se diga sobre la propiedad de dicho bien y sí, sin embargo (en la misma estipulación), sobre unas fincas rústicas que sí reconocen ser privativas de la esposa diciéndolo así expresamente. Pero es que, además, no se aporta documento alguno que acredite que la vivienda que fue residencia familiar, e incluso se amplió constante matrimonio, sea propiedad exclusiva del esposo. El Juzgador de instancia alude a la documentación presentada en el acto del juicio por los demandados donde sí se hace constar dicho inmueble como privativo del Sr. S, pero no puede obviarse que la expresión (privativo del causante) es una manifestación unilateral que hacen los ahora demandados en el documento que presentan ante la Dirección General de Tributos de la Diputación General de Aragón para el pago del impuesto de Sucesiones en fecha 19 de diciembre de 2011, y por otra parte, la certificación del Catastro en la que figura el Sr. S como propietario está expedida igualmente ese mismo año, no acreditándose en virtud de qué documentación ha llegado a figurar dicha titularidad.

Así pues, debe prevalecer por todo ello la presunción de ganancialidad del bien inmueble que nos ocupa, debiendo incluirse en el activo a liquidar."

## 71. DERECHO DE SUCESIONES NORMAS COMUNES

### \*\*\* Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 3 de marzo de 2014. Troncalidad simple. Edificación construida sobre bien troncal. Alteración de identidad

**"PRIMERO.—** El actor solicitó en su demanda, dirigida contra la viuda de su hermano D. Manuel, la declaración de que la vivienda unifamiliar sita en Zaragoza, (...), es un bien troncal procedente de su hermano, fallecido el 11 de enero de 2012 sin descendencia y sin haber otorgado testamento, en estado de casado en segundas nupcias con la demandada. También solicitaba la declaración de que la vivienda es de su propiedad, por herencia de su hermano, así como la declaración de nulidad parcial de la escritura de manifestación y aceptación de herencia otorgada por la viuda el 20 de septiembre de 2012 y, finalmente, la entrega de la posesión de la referida vivienda, así como la condena a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a entregar la vivienda, y al pago de una indemnización de daños y perjuicios.

Los hechos recogidos en las sentencias de instancia y de apelación, que no resultan controvertidos, parten del reconocimiento de que ambos hermanos eran propietarios pro indiviso de un solar en el lugar de referencia, por haber sido heredado de su padre en cuanto a una mitad y la otra mitad recibida por donación de su madre. Mediante escritura de 3 de julio de 1995 cesaron en la proindivisión del solar y declararon la obra nueva de dos viviendas, privativas de cada uno, construida la del fallecido D. Manuel con dinero común del primer matrimonio, si bien en la liquidación de la sociedad conyugal se declaró que la vivienda era privativa y se compensó a la esposa con el importe correspondiente. D. Manuel, tras el divorcio con su primera esposa, contrajo segundo matrimonio con la demandada el 10 de septiembre de 2010, en régimen de separación de bienes, falleciendo el 11 de enero de 2012.

El actor, D. Tomás, instó la declaración de herederos abintestato respecto de los bienes troncales de su hermano D. Manuel, aceptó la herencia el 6 de julio de 2012 e inscribió a su nombre la vivienda el 19 de julio de 2012.

La viuda, ahora demandada, instó la declaración de herederos abintestato respecto de los bienes no troncales de su esposo y aceptó la herencia el 20 de septiembre de 2012.

La demandada se opuso a la demanda y en su demanda reconventional solicitó la declaración de su derecho de propiedad sobre la vivienda, la declaración de la nulidad parcial de la escritura de aceptación de herencia otorgada el 6 de julio de 2012 por el actor, en lo relativo a la vivienda, y que se ordenara la cancelación de la inscripción registral de la vivienda a favor del actor.

**SEGUNDO.**— La sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda con la siguiente argumentación:

*“El inmueble es un bien distinto del solar sobre el que se construyó, lo que se hizo con dinero consorcial, con una nueva descripción registral, dividido en propiedad horizontal y constituyendo una finca independiente de la que se adjudicó a su hermano en el mismo solar, por lo que no se puede entender que forma parte del patrimonio familiar, lo que es fundamento de la troncalidad.*

Por este motivo la edificación no puede ser considerada troncal desde el momento en que de forma voluntaria los hermanos construyeron sobre el solar troncal sendos edificios a cargo de sus respectivas sociedades conyugales, disolviendo la comunidad existente y adjudicándose cada uno de ellos una finca totalmente independiente, tal y como consta en el documento nº 3 de la propia demanda. Todo ello siguiendo el criterio sentado por el TSJA en sentencia de fecha 5 de octubre de 2012.

Los argumentos vertidos en la demanda relativos al carácter privativo de la finca en nada afectan a su carácter troncal, por cuanto la demanda ha sido declarada heredera de todos los bienes no troncales del esposo, entre los que es evidente que se incluyen los que fueran privativos constante matrimonio, los únicos que no pasaría a heredar son los bienes troncales pero sí los privativos de su cónyuge.”

La sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, insistiendo en que la condición de bien privativo del solar troncal no implica la troncalidad de la vivienda construida sobre el mismo, argumenta sobre este punto lo siguiente:

**“QUINTO.**— El núcleo del debate es lo que se plantea en esa alegación segunda, pues no se discute que fuera un bien privativo, por más que se reconociera reembolso a favor del consorcio. El conflicto pues se puede resolver completamente al margen de esa circunstancia, de suerte que el interrogante a despejar es si se mantiene la troncalidad en un bien sobre el que se han hecho por su propietario transformaciones que le alteran su identidad. No sería un bien troncal sino otro que ex-novo surgió en vida del causante, aunque sobre la base de otro anterior, como se ha dicho troncal, familiar.

La Sala se inclina por la última solución. Un bien troncal al que se le realizan tales transformaciones físicas y jurídicas ha perdido su identidad y ha generado un bien diferente en el tráfico jurídico. No es un solar sino una vivienda unifamiliar, sometida, además a un régimen de propiedad horizontal en el que, por lo tanto, se produce una yuxtaposición de elementos privativos del comunero con otros que pertenecen a la comunidad, en los que hay por tanto amenidad y alteridad.

La entidad económica del bien es nueva. Es la vivienda unifamiliar la que le otorga valor en el mercado. Se ha alterado la sustancia del bien y por tanto nos encontramos ante un bien diferente cuya identidad trae causa, no del que fuera

familiar, sino de la inversión y modificación realizada por el causante. La edificación y el solar son bienes que tienen una autonomía y diferenciación jurídica inicial como resulta implícitamente del art. 334 C.Civil. Pero la precisión que ese precepto contempla y define el derecho tras la incorporación, se considere esta última un modo de adquirir la propiedad o bien el ejercicio de una facultad extensiva del dominio, ese régimen jurídico, se repite, no permite ensombrecer, en lo que aquí ahora interesa, que el edificio incorporado es una cosa nueva que configura jurídica y económicamente un bien distinto al que en origen era un mero solar. Con la pérdida de identidad física y jurídica del solar, con una obra nueva sometida además al régimen de propiedad horizontal, no puede defenderse que la troncalidad se proyecte y alcance a un bien distinto por la transformación operada en él.

Ciertamente la edificación es un inmueble por incorporación (art. 353 C.Civil), de suerte que se produce una integración indisoluble entre el edificio y el suelo que forman ahora un todo que es diferente al bien inicialmente troncal, el mero solar. El mencionado precepto, el art. 353 C.Civil, que contiene la disposición general en sede de accesión contempla un principio conforme al cual la cosa principal continúa incrementada con la accesoría a ella incorporada. Pero esto es relevante para delimitar el derecho de propiedad de lo nuevo, pero no significa que ese nuevo bien conserve otras singularidades, también jurídicas, que pudo tener el bien originario principal. Y tan esto es así que para los casos de accesión de edificaciones construidas en propiedad ajena, para los supuestos de buena fe, el dueño del terreno en que se edificase o sembrase de buena fe, tiene “derecho a hacer suya la obra o siembra, previa la indemnización establecida en los artículos 453 y 454, o a obligar al que edificó o sembró, a pagarle el precio del terreno, lo cual ha de ser interpretado no sólo en su sentido literal, sino en el sentido de que mientras esa indemnización no tenga efecto, **no ostenta el dueño del predio el dominio de lo edificado** y, por el contrario, el que edificó de buena fe tiene el derecho de retención establecido en el artículo 453 del propio Código (ss. De 18 de marzo de 1948 y 17 de diciembre de 1957), puesto que la **“res nova”** que aparece en la figura de la accesión no provoca en caso de buena fe declarada, sin más y por la sola constancia de lo edificado, un desplazamiento patrimonial sino mediante la opción determinada en el art. 361, y por ello ni al que realizó la edificación, ni al dueño del terreno les compete la reivindicación, lo mismo al que edificó por lo edificado, que al dueño del terreno sobre el que se edificó” (STS 31.12.1987). En definitiva la construcción por el causante y su hermano, ahora demandante y recurrente, de unas viviendas en régimen de propiedad horizontal, con dinero consorcial luego reembolsado al consorcio, constituye una alteración física y jurídica de tal entidad que permite afirmar que se ha alterado la sustancia del bien, sin que por lo tanto, al

*ser res nova, pueda predicarse del mismo la troncalidad que define el art. 528.1 CDFA. La troncalidad del solar no se irradia a la nueva cosa que resulta de la obra nueva, se repite, en régimen de propiedad horizontal. Y si se quisiera invocar ese principio general de que lo accesorio sigue a lo principal, habría que recordar que las partes otorgaron un valor al solar de 1.174.611 pesetas y a la obra nueva de 14.216.182 pesetas, lo que deja al descubierto la esencialidad de la modificación operada sobre el bien originariamente troncal."*

**TERCERO.**— El primer motivo del recurso de casación lo articula la parte recurrente por inaplicación del artículo 226.3.a) del Código del Derecho Foral de Aragón (CDFA), en relación con el artículo 1.359 del Código civil y sentencias del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1982, 10 de julio de 1995 y 16 de febrero de 1998, y aplicación indebida de la sentencia dictada en fecha 5 de octubre de 2012 por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

El motivo parte del reconocimiento de las partes, así recogido en ambas sentencias, de que el solar sobre el que D. Manuel construyó su vivienda era un bien troncal. Pero de ello deduce el recurrente que, aunque se haya construido sobre el mismo un edificio con dinero consorcial, el edificio ha quedado incorporado al solar y tiene el carácter de éste sin que la sociedad conyugal haya adquirido participación de cuota alguna sobre dicho bien.

Las sentencias de instancia y de apelación habían establecido con claridad que *"los argumentos vertidos en la demanda relativos al carácter privativo de la finca en nada afectan a su carácter troncal por cuanto la demandada ha sido declarada heredera de todos los bienes no troncales del esposo, entre los que es evidente que se incluyen los que fueran privativos constante matrimonio, los únicos que no pasaría a heredar son los bienes troncales pero sí privativos de su cónyuge"* (sentencia del Juzgado). Y la sentencia de la Audiencia Provincial: *"...pues no se discute que fuera un bien privativo, por más que se reconociera reembolso a favor del consorcio. El conflicto, pues, se puede resolver completamente al margen de esa circunstancia, de suerte que el interrogante a despejar es si se mantiene la troncalidad en un bien sobre el que se han hecho transformaciones que le alteran su identidad. No sería un bien troncal sino otro que ex-novo surgió en vida del causante, aunque sobre la base de otro anterior, como se ha dicho troncal, familiar."*

Se parte así de que el solar era privativo, y también lo edificado por el reconocimiento entre los cónyuges, y se centra la cuestión a resolver en si un edificio construido sobre un solar troncal adquiere también la naturaleza troncal del solar. El recurrente así lo defiende en este motivo de su recurso con base en el artículo 226.3.a) del CDFA en relación con el artículo 1.359 del Código civil.

El primero de los preceptos, en sede del consorcio conyugal y para fijar las reglas de las relaciones entre los patrimonios de los cónyuges y el común, a los efectos de la liquidación de la comunidad (artículo 262-c para determinar el activo del común y artículo 265 para la liquidación), declara el derecho de reembolso del patrimonio consorcial por el importe de los bienes comunes empleados en la adquisición de bienes privativos, lo que en este caso nos lleva a la conclusión de que el fallecido D. Manuel adeudaba a la sociedad consorcial constituida con su primera esposa la parte correspondiente del dinero común empleado en la edificación de una vivienda privativa suya. Y, como hemos visto, así sucedió y en aquella liquidación tuvo que reembolsar aquel dinero, pero ello nada tiene que ver con la naturaleza troncal del solar o del edificio construido sobre el mismo.

Y el artículo 1.359 del Código civil, en sede de determinación de bienes comunes y bienes privativos, a los mismos efectos de la liquidación de la sociedad de gananciales, y que no es aplicable para la liquidación de la sociedad consorcial aragonesa, lleva a la conclusión de que en dicho régimen lo edificado sobre bienes privativos tiene ese mismo carácter, sin perjuicio del derecho de reembolso del patrimonio común del importe satisfecho a su costa (artículo 1.358).

Nada de lo anterior ha sido rebatido en el presente caso en el que, como se ha dicho, se parte de que el solar y la edificación eran privativos de D. Manuel, pero los preceptos alegados como infringidos no llevan a la conclusión de que lo edificado sobre un bien troncal adquiriera también el mismo carácter troncal. Por ello el primer motivo del recurso debe ser rechazado.

**CUARTO.**— El motivo segundo se interpone por inaplicación del artículo 528.1 del Código del Derecho Foral de Aragón, en relación con los artículos 38.7 de la Compilación del Derecho foral de Aragón, (ahora artículo 211.h del Código del Derecho Foral de Aragón), artículos 352 (en realidad, quiere decir 353) y 1.359 del Código civil y sentencia del Tribunal Superior de Aragón de 26 de abril de 2004, y aplicación indebida de los arts. 361 y 453 del Código civil.

Argumenta que, conforme al artículo 528.1 del CDFA, el solar era un bien troncal simple (lo que no es discutido) sobre el que el causante había edificado una vivienda privativa (tampoco discutido) y que, siendo un bien inmueble (artículo 334.1º Cc.), conforme al artículo 353 la propiedad da derecho por accesión a todo lo que ellos producen, o se les une o incorpora, por lo que el edificio construido sobre un solar propiedad del causante pertenece, por accesión, al dueño del solar. De ello deduce que este edificio, por lo dispuesto en el artículo 1.359 Cc., tiene el carácter correspondiente al bien sobre el que se edifica, es decir, troncal.

Pero la base de tal argumentación no se sostiene porque, como se ha dicho, el artículo 1.359 Cc., además de no ser aplicable al caso, se encuentra en sede de sociedad de ganancia-

les para determinar que el bien así edificado, sobre solar privativo, seguirá este carácter, el de bien privativo, pero nada tiene que ver con la troncalidad, ya que el precepto trata de resolver únicamente la relación entre patrimonios en una sociedad conyugal y en modo alguno puede permitir la extensión que el recurrente pretende.

El artículo 528.1 del CDFa no resulta inaplicado en la sentencia recurrida pues ninguna duda se suscitó respecto a que el solar era un bien troncal. La literalidad del precepto lleva a la conclusión contraria a la pretendida por la parte: "Son bienes troncales simples los que el causante haya recibido a título gratuito de ascendientes...". El subrayado es nuestro para resaltar que en este caso el bien que D. Manuel recibió de sus padres a título gratuito fue el solar, y no otra cosa.

Y, más allá de la literalidad, la argumentación de la parte recurrente sobre la accesión tampoco puede ser aceptada. La regla general del artículo 353 Cc. es desarrollada en los artículos siguientes para los frutos (artículos 354 a 357), respecto a los bienes inmuebles en los artículos 358 a 374, y respecto a los bienes muebles en los artículos 375 a 383, pero en la regulación relativa a los bienes inmuebles se tratan de resolver los problemas que nacen de la edificación, plantación o siembra en predios ajenos, lo que no ocurrió en nuestro caso en que el constructor lo hizo sobre suelo propio y no ajeno.

No cabe, al amparo de la regla general contenida en el artículo 353 (propiedad por accesión de todo lo que se incorpora a un bien), pretender que al bien así incorporado se le propagan todas las características del bien inmueble al que se incorpora (salvo, conforme al artículo 334, la consideración de bien inmueble, ficticia en muchos de los casos ahí contemplados). Y menos aún al amparo de una norma como el artículo 1.359 relativa a la naturaleza privativa o ganancial de los bienes.

Como bien expone la sentencia recurrida, desde el punto de vista de la troncalidad de los bienes el resultante por la edificación sobre un solar troncal es un bien distinto del recibido de los ascendientes, sobre el que no se proyecta el carácter troncal del solar. No sería defendible que una persona, con la debida legitimación de parentesco, pretendiera ejercitar un retracto de abolorio de una edificación, sobre la base del carácter troncal del solar. Menos aún tras una declaración de la obra nueva construida por los copropietarios del solar, división en propiedad horizontal y cese en la indivisión con adjudicación de una vivienda a cada uno de ellos.

En nuestro caso lo edificado sobre un solar privativo de los hermanos, y troncal simple por haberlo recibido a título gratuito de sus padres, fue declarado privativo por reconocimiento con sus respectivos cónyuges, con el consiguiente derecho de reembolso a favor del consorcio, sin que pudiera llevar aparejado tal reconocimiento de privatividad ninguna consecuencia sobre el carácter troncal de la edificación."

### **\*\*\* Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 14 de Zaragoza de 5 de junio de 2015. Testamento ológrafo posterior a testamento mancomunado. Heredero o legatario. Interpretación de la voluntad del testador**

**"PRIMERO.**— Los actores, hermana y sobrinos respectivamente del finado D. M, ejercitan en las presentes actuaciones, de forma conjunta, una serie de acciones tendentes a obtener el reconocimiento de la condición de herederos de su difunto tío por parte de los citados sobrinos y de la condición de legataria de su madre respecto a los bienes de aquél, con la consecuencia de la condena de los demandados al reintegro de los mismos o de su valor si ello no es posible tanto a los herederos abintestato como a la legataria. Sostienen, en síntesis, que en el testamento ológrafo redactado por el finado en fecha 3 de mayo de 2005, y protocolizado mediante Auto de 12 de septiembre de 2014 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de esta ciudad (documento 5 demanda) el causante lo que hace es ordenar diversos legados concretos y determinados pero sin agotar la totalidad de los bienes que forman su herencia, bienes que deben pasar a sus legales herederos ante la ausencia de un nombramiento expreso de los mismos, condición que les corresponde a sus sobrinos Doña M y D. J ante la renuncia a la herencia efectuada por su madre, doña: C, hermana del finado; el reconocimiento de la condición de herederos a los citados conlleva, en cascada, la nulidad del acta notarial de notoriedad de fecha 14 de noviembre de 2012 (documento 23 demanda) donde se declaran herederos de D. M a su hermana en un 40% y a los demandados en un 60%, así como la escritura de aceptación de la herencia de estos últimos de 26 de septiembre de 2003.

Los citados demandados, por su parte, se oponen a la pretensión actora alegando que en el mencionado testamento ológrafo lo que hace el causante es disponer de la totalidad de sus bienes, esto es, ordena su sucesión con carácter general pues dispone de todos ellos y designa sus sucesores; no instituye legados de cosa cierta y determinada sino que nombra expresamente a sus herederos testamentarios evitando el llamamiento legal. Por ello y habiendo renunciado Doña C, una de las coherederas a su parte de la herencia, dicha parte acrece a la de los demás herederos, no existiendo derecho de representación o sustitución en la sucesión voluntaria (arts. 481 y 483 del Código de Derecho Foral de Aragón, en adelante CDFa). No existen bienes distintos de los recogidos en el testamento ológrafo y, además, los actores no han tenido en cuenta el origen consorcial del bien inmueble, el piso, y el destino del mismo al haber fallecido ambos cónyuges sin descendientes.

**SEGUNDO.**— Son múltiples las, cuestiones jurídicas que se plantean en el presente litigio, aderezadas por la dualidad de actuaciones, unas notariales y otras judiciales, llevadas a cabo en paralelo por los litigantes tras la protocolización del testamento ológrafo y que han conducido a esta

situación, pero antes de entrar en su estudio conviene señalar que existen cuatro circunstancias o hitos esenciales para la resolución del asunto que no pueden ser pasadas por alto. La primera de ellas es que el matrimonio compuesto por D. M y Doña M otorgó en fecha 8 de junio de 1978 un testamento abierto mancomunado mediante el que se instituían herederos recíprocamente los otorgantes, (documento 3 demanda) y que al fallecer doña M el 29 de agosto de 2001 condujo a su esposo a aceptar la herencia mediante escritura pública de 8 de febrero de 2002 (documento 25 demanda) apareciendo entre los bienes que componían el inventario el piso y garaje de la calle V. La segunda que con fecha 3 de mayo de 2005 el mencionado D. M redacta el testamento ológrafo origen de las presentes actuaciones donde hace, entre otras, una serie de referencias al mencionado piso, testamento que fue protocolizado mediante Auto de 12 de septiembre de 2012 por el juzgado de Primera Instancia nº 4 de esta Ciudad. La tercera que en fecha 4 de diciembre de 2012 comparece la actora Doña C ante notario y renuncia pura y simplemente a la, herencia testada o intestada, de su hermano (documento 13 demanda). Y la cuarta y última que en fecha 27 de noviembre de 2013 esta última vuelve a comparecer ante el mismo notario aclarando la anterior escritura en el sentido de que la renuncia a dicha herencia no conlleva ni incluye la renuncia a los legados que pudieran corresponderle por razón del fallecimiento de su hermano ni a los derechos hereditarios de todo tipo en su condición de legataria (documento 14 demanda). Estos son los cuatro elementos nucleares o puntos, esenciales del presente debate respecto a los cuales gira todo el asunto.

**TERCERO.**— La primera y mas importante de las cuestiones a resolver, pues de ello, se deducirán en cascada las restantes, es la relativa a la interpretación del contenido del testamento ológrafo, y en concreto a si el mismo únicamente ordena legados o, por el contrario, instituye herederos, y para ello hay que interpretar dicha disposición testamentaria en la forma que establece el art. 416.1 del CDA, atendiendo al sentido literal de sus palabras a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador y observándose en caso de duda lo que aparezca mas conforme a la intención del testador según el mismo testamento; asimismo debe tenerse en cuenta en el presente caso en concreto la naturaleza del testador, persona de edad avanzada y lega en derecho, a la hora de interpretar los términos del mismo.

Pues bien, lo primero que llama la atención de la lectura del documento es la ausencia de cualquier mención relativa a herencia o herederos: no aparecen dichas palabras en ningún momento como tampoco referencia alguna a que los bienes que aparecen mencionados sean todos los que componen su patrimonio; antes al contrario, de la lectura de su tres hojas resulta que únicamente hace mención a tres bienes concretos y determinados: la vivienda, las joyas de su difunta esposa y diversas

cuentas corrientes, libretas ordinarias y un plazo fijo; las iniciales anotaciones que aparecen en la tercera de las hojas relativas a una sentencia pendiente de ejecutar, un hipoteca y una aval de un crédito fueron posteriormente eliminadas por el mismo testador. Y respecto a esos tres bienes concretos hace una serie de disposiciones expresas instituyendo un evidente legado (eso nadie lo niega) respecto a Doña A, prima hermana de su esposa quien convivió con el matrimonio durante muchos años concediéndole una cantidad económica y un denominado "usufructo" sobre la vivienda para que la misma pudiera seguir ocupándola mientras quisiera; esta señora renunció también en fecha 6 de junio de 2012 "pura y simplemente a la herencia testada o intestada de D. M" (documento 2 contestación codemandado sr. O), las mismas palabras utilizadas en la renuncia de Doña C a pesar de que en el caso de Doña A, como ya se ha indicado, se trataba claramente de un legado; en cuanto a las joyas de su difunta esposa también establece unas reglas para su reparto, e igual ocurre respecto a los saldos bancarios existentes en aquel momento en las diferentes cuentas corrientes y libretas mencionadas, las cuales fueron modificadas posteriormente al cerrarse unas y abrirse otras.

Otra de las cuestiones relevantes es la de si existían o no mas bienes en el patrimonio del testador además de los relacionados en el testamento ológrafo, y a la vista de la prueba practicada hay que dar una respuesta afirmativa a dicha cuestión; es cierto que existían otros bienes en el patrimonio del testador en el momento de redactar el mencionado testamento, si bien no en el número que señalan los demandantes, debiendo señalarse al respecto lo siguiente: En cuanto al ajuar doméstico de la vivienda el mismo, dada la referencia general que hace el testador al redactar el documento, vivienda y plaza de garaje, hay que entender que dentro de la vivienda se incluía todo el contenido mobiliario existente, pues de lo contrario hubiese especificado, por lo que debe rechazarse su catalogación como bien no incluido en el testamento. A igual conclusión hay que llegar respecto a la colección filatélica y al abrigo de piel de zorro pues ninguna de las personas que han declarado, tanto en el acto del juicio como en la vista de las medidas cautelares, han podido dar razón de su paradero y la única prueba de su existencia, aparte de las manifestaciones de la codemandante sra. L, es la referencia que a los mismos se hace en la póliza de seguro hogar aportada como documento 28 de la demanda y suscrita en fecha 15 de mayo de 1995, diez años antes de la redacción del testamento, por lo que si bien no se niega su existencia, lo que no está acreditado es que dichos bienes continuasen en posesión del testador en el año 2005. Por lo que se refiere a las joyas del finado, al parecer un reloj y un anillo, del reportaje fotográfico que presenta la parte actora, documento 29 demanda, no se aprecia que dichos objetos puedan catalogarse como tales joyas sino que, mas bien, se trata de objetos de uso corriente carentes de un valor especial (documento 10 contestación

O), por lo que su no inclusión en el testamento no puede ser tenida en cuenta a los efectos aquí pretendidos. Respecto a la caja de seguridad es cierto que la misma se alquiló en el año 1987 por el matrimonio, y que durante el tiempo en que se mantuvo el alquiler se autorizó a otras personas a disponer de su uso, pero no lo es menos que el 22 de diciembre de 2011 se canceló dicho alquiler siendo imposible conocer en este momento el contenido de la misma, en el año 2005 por lo que debe rechazarse también su consideración como bien no recogido en el testamento. Sí que procede, por contra, entender que el vehículo propiedad del testador no aparece recogido en éste pese a estar en, su patrimonio en ese momento: es cierto que en la fecha en que los demandados lo llevaron a la chatarra, 2013, su valor era nulo (les dieron 100 euros) pero no lo es menos que en el año 2005, ocho años antes, el vehículo podía tener un valor y funcionar siendo, por otra parte, uno de los objetos que difícilmente se olvidan de mencionar los testadores por lo que la no referencia al mismo en el testamento hay que entender que fue un acto volitivo de D. M quien no quiso hacer ningún pronunciamiento sobre el mismo. En cuanto a las acciones, títulos, saldos y depósitos bancarios, y teniendo en cuenta las variaciones que tras, la redacción del citado testamento llevó a cabo el causante, cancelando unas libretas y cuentas, en un determinado banco y abriendo otras nuevas con diferentes autorizados, no se puede considerar que ello suponga ningún tipo de omisión de bienes. Por último, es cierto que el momento de redactar el testamento D. M era titular de los derechos hereditarios de su difunta madre, fallecida en el año 1993 sin otorgar testamento (documentos 32 y 33 demanda), constituyendo principalmente el patrimonio hereditario de la misma la vivienda que actualmente ocupa la actora Doña C y su hija Doña M<sup>a</sup>; estos derechos eran de tal entidad (nada menos que un vivienda) que difícilmente puede creerse que aquél no fuera consciente de ello, como sostienen los demandados, por lo que hay que entender que la voluntad del testador fue la de excluir expresamente cualquier pronunciamiento sobre los mismos a la hora de redactar el testamento reservándolos para que beneficiasen a su hermana y sobrina.

En resumen, la conclusión que se extrae de todo lo, anterior es que fue la voluntad del testador el hacer una serie de pronunciamientos únicamente sobre determinados bienes de los que componían su patrimonio en ese momento, no respecto a la totalidad de los mismos, estableciendo su forma de reparto y los beneficiarios en la proporción que él decidió, ordenado por lo tanto una serie de legados que no agotaban su patrimonio y quedando el resto a expensas de una posible sucesión testamentaria, que no llegó, o de la correspondiente sucesión legal.

**CUARTO.**— Del anterior pronunciamiento se desprenden, en cascada, una serie de conclusiones que afectan a los restantes pedimentos de la parte actora, y la primera de ellas es que hay que anular y dejar sin efecto el acta de notoriedad de fecha 14 de noviembre de 2012 (documento 23 demanda)

en la que el sr. Notario autorizante declara probada por notoriedad que los herederos de D. M son Doña C, respecto a un 40% y los aquí demandados en un 60%, e igualmente la escritura de aceptación de, herencia de los demandados de fecha 26 de septiembre de 2013; la siguiente conclusión es que al existir otros bienes distintos de los reflejados en el testamento ológrafo y respecto a los cuales no existe ninguna disposición testamentaria, entran en juego las reglas referentes a la sucesión legal (arts. 516 y siguientes CDFA) y en virtud de lo dispuesto en el art. 517,2 resulta heredera de sus bienes su hermana Doña C.

Sentado esto, la interpretación que debe hacerse de la renuncia de esta última a la herencia de su hermano (acta notarial de 4/12/2012) y de la posterior aclaración a la misma en sentido de que dicha renuncia no afecta a los legados (acta notarial de 27/11/2013) es la que se desprende de la literalidad de sus términos: al existir legados por un parte y bienes componentes de la herencia por otra la renuncia afecta exclusivamente a esta última y no a los primeros. Y dado que los parientes mas próximos, después de la hermana, son sus sobrinos D. J y Doña M, serán estos quienes heredarán por su propio derecho (art. 519.2 CDFA)

Procede, por tanto, reconocer la condición de herederos de estos últimos respecto a la herencia de D. M, y la de legataria de su madre, Doña C respecto a los bienes a los que el testador hace referencia en su testamento.

**QUINTO.**— No obstante la anterior, no procede acceder a la solicitud de entrega a los actores de los bienes del caudal relicto con sus frutos ni de los legados, salvo lo relativo a las joyas, y ello por cuanto la parte actora no ha tenido en cuenta las consecuencias legales derivadas del testamento mancomunado otorgado en su día por los cónyuges que establecen los arts. 395 y 419.3 del COFA, pues dado que el testador supérstite, D. M, falleció si haber dispuesto por título alguno de los bienes procedentes del primeramente fallecido, Doña M, el 40% del piso, bien consorcial por compra constante su matrimonio, y la parte correspondiente de los saldos bancarios, que en estos momentos no es posible determinar, dichos bienes, provenientes de la herencia de su esposa corresponderían a su rama familiar y a sus herederos legales. Hasta tanto no se haya procedido a efectuar la liquidación de los mismos no se podrá conocer con exactitud el importe de los bienes a los que los actores tiene derecho, bien como herederos o como legataria del finado.

**SEXTO.**— Procede, en definitiva, estimar únicamente en parte la pretensión actora en el sentido de reconocer a los demandantes, los hermanos L, la condición de herederos del finado D. M, y de legataria a su hermana doña C, con la consecuencia implícita de anular y dejar sin efecto tanto el acta de notoriedad de 14 de noviembre de 2012 donde se declara probada la condición de herederos de los demandados, como la posterior escritura de aceptación de herencia por parte de los mismos de 26 de septiembre de 2013, debiendo rechazarse el resto de sus pretensiones hasta tanto

no se proceda a liquidar los bienes de los que no había dispuesto en virtud del testamento mancomunado otorgado en su momento con su esposa. Sí que procede, por el contrario, acordar el reparto de las joyas que actualmente se encuentran depositadas en poder de la codemandada sra. O al estar todas las partes de acuerdo en hacerlo aceptando la voluntad expresa en este sentido del testador.”

**\*\*\* Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 31 de julio de 2015. Condición de acreedor de la herencia de un coheredero. Partición. Aceptación a beneficio de inventario. Ausencia de confusión patrimonial**

**“PRIMERO.**— La actora, que ayudó a sus padres con una larga y duradera aportación económica, reclama a sus dos hermanos dos tercios del total de aquella aportación económica, un tercio a cada uno. Los tres hermanos son herederos testamentarios y los tres hermanos han aceptado la herencia. La sucesión está sometida al Derecho Aragonés, y no se ha hecho efectiva la división del patrimonio hereditario.

**SEGUNDO.**— La sentencia de instancia entiende que, no realizada todavía la partición, los derechos de los herederos permanecen indeterminados hasta que la partición se realice y por tanto no es posible a un heredero proceder contra los demás. Lo que se argumentará con invocación del art. 655 CDFa, que sienta el criterio de que los herederos responden de los derechos hereditarios solo con los bienes del causante.

**TERCERO.**— Contra este pronunciamiento de signo desestimatorio se alzarán la demandante, basando su impugnación, en síntesis, en que (i) que el art. 355 CDFa dispone la responsabilidad directa del herederos, al margen de si la misma es limitada, (ii) que el art. 322 CDFa impone al heredero el deber de atender los cargos hereditarios desde el momento de la delación, (iii) que el art. 365 CDFa con claridad habilita la reclamación judicial contra la comunidad hereditaria antes de la partición, (iv) que la obligación ex – ante la partición es mancomunada y solidaria tras la partición (v) que el art. 1084 C. Civil sienta un régimen de responsabilidad solidaria tras la partición, y el art. 1087 del mismo cuerpo legal permite al heredero acreedor reclamar a los otros herederos el pago de su crédito, deducida su parte proporcional como tal heredero.

**CUARTO.**— El Tribunal considera conveniente hacer alguna reflexión sobre la naturaleza de la sucesión en general y en particular cuando la misma responde al modelo de aceptación o beneficio de inventario, como es el aragonés en el que se limita la responsabilidad del heredero al patrimonio del caudal relicto. Así lo dispone el art. 355 CDFa, precepto que precisa ello es así “aunque no se haga inventario”. No hay pues una responsabilidad ultra vires.

Esta opción por este modelo conlleva el que si bien el heredero de la herencia, como dispone el art. 322 CDFa, adquiere los bienes y derechos

de la misma, se subroga en las obligaciones del causante y queda obligado a cumplir las cargas hereditarias, no se produce una total confusión entre el que fuera el patrimonio del causante y el de los herederos, que guardan así, aun en este estado, una relativa diferenciación y separación jurídica, aun aceptada y aun, añadiríamos, realizada la partición.

Internamente, lo que es relevante para el supuesto de autos, no se produce una plena integración de patrimonios, pues la confusión en un titular único, la titularidad del heredero, tal y como previene el art. 357 CDFa, no se produce en su perjuicio, como tampoco en el de terceros que tengan derechos sobre el caudal relicto. Patrimonio del causante y del heredero, aun aceptada la herencia y aun hecha la partición, guardan una relativa separación. Hasta el extremo de que el legislador aragonés, para salvar los problemas conceptuales que ello pudiera suponer, reconoce ex – lege a favor del heredero la tercería de dominio para defenderse de la agresión de un acreedor del causante materializada sobre bienes del heredero (art. 358 CDFa).

**QUINTO.**— Sentadas las anteriores consideraciones sobre el modelo de responsabilidad del heredero en el Derecho Aragonés, es más fácil resolver las cuestiones que se plantean en este proceso.

Afectan, como se ha descrito en el primer fundamento de la presente resolución, a la legitimación activa y pasiva en el proceso.

Y es claro que si el heredero no soporta la confusión de sus derechos, y es tercero respecto al patrimonio del causante que ha heredado, aunque no exista partición y por ende se mantenga en comunidad hereditaria, nada puede impedir que se respete su condición de acreedor y pueda actuar contra la comunidad hereditaria, aunque él participe en la misma y se genere una cierta equivocidad jurídica en su posición como acreedor/deudor.

**SEXTO.**— Desde esta visión no tiene un particular sentido plantearse si la responsabilidad es solidaria o mancomunada. El patrimonio del causante, dividido o no, mantiene una unidad conceptual y contra todo él y por el total de la deuda podría el acreedor de la herencia, aunque fuera uno de los herederos, accionar contra ese patrimonio.

La existencia de un litisconsorcio procesal resultará, no de un régimen de mancomunada o de solidaridad, que no tiene un particular sentido frente al acreedor en modelos de limitación de la responsabilidad del heredero. El litisconsorcio podrá resultar de que concurren una pluralidad de interesados, por ser herederos, en la comunidad hereditaria. Como cualquier comunidad. No de que los mismos respondan de manera mancomunada o solidaria. Algo que no tiene, se repite, un particular sentido y menos cuando el acreedor es un heredero: el patrimonio hereditario mantiene su unidad frente al acreedor de la misma manera que la tenía en vida del causante, sin que se produzca una real confusión con el patrimonio de los

herederos, aunque los mismos sean titulares de su propio patrimonio y del heredado.

**SÉPTIMO.**— Y que este régimen de responsabilidad es el que resulta del modelo de limitación de responsabilidad se constata en los arts. 369 a 372 CDFA. El primero contiene una regla procesal, que es la propia de cualquier comunidad, y conforme a la cual la comunidad hereditaria, que es una comunidad ordinaria sin otra especialidad que referenciarse las cuotas a la globalidad del patrimonio, de suerte que cuando exista una responsabilidad económica imputable a esa comunidad la acción judicial debe plantarse contra "todos los herederos". Es lo que previene el art. 369 CDFA para los supuestos en los que está pendiente la partición. Por tanto el recurso se ha de acoger por cuanto la pendencia de la partición no obsta a la exigencia del crédito, aunque quien reclame sea un heredero acreedor y, por tanto, integrante de esa comunidad hereditaria.

El art. 371 CDFA, que no es el aplicable al caso, impone una responsabilidad fraccionada: "hasta el límite de su responsabilidad", expresión que hay que entender en el sentido de que debe corresponderse a su participación, como desvelará el art. 371.2 CDFA que para el concreto supuesto, que sería el caso si hubiera partición, del heredero acreedor, debe deducir su parte proporcional como tal heredero.

**OCTAVO.**— Mas para la situación previa a la partición, que es la que aquí interesa, como quiera que no se ha dividido el patrimonio entre los herederos, la acción lo debería ser contra el patrimonio considerado unitariamente, de suerte que como del caudal ya se habrá deducido lo necesario para atender al crédito de terceros, también del heredero acreedor cuya alteridad se mantiene, no existe el peligro de que ningún heredero resulte perjudicado. Que si acaece en el supuesto de reclamación ex – post la partición, lo que se previene por el legislador ordenando deducir la parte del heredero acreedor, que aunque se diga "como tal heredero", es en realidad "como tal acreedor", pues se deduce del crédito. Y como resultará de la previsión del art. 372 CDFA que concede una acción de regreso contra los demás coherederos, para que cada uno responda por su cuota.

**NOVENO.**— El problema es que, estando pendiente la partición, la forma en la que ha concretado su tutela el heredero acreedor complica la solución de las cosas, pues lo plantea con un régimen propio de la comunidad dividida. Es decir que el principio dispositivo que regula el proceso civil y la materia, que es disponible, debe prevalecer sobre lo que resultaría del régimen jurídico antes descrito, de suerte que hay que ajustar este último a los términos de lo postulado en el suplico, petición en la que, en definitiva, se ha roto el principio de unidad del patrimonio hereditario al fraccionar el crédito.

Encajando la reclamación según el sentido material de las normas, en el sentido antes indicado, cada heredero soportará la reclamación por el

tercio pero sólo, también, sobre la cuota de cada uno de los hermanos en la comunidad.

**DÉCIMO.**— Porque en cuanto a la cuestión de fondo, las ayudas mediante préstamos continuados a sus padres, se representa de una manera ciertamente coherente, amparada en un bloque documental que desvela la correspondencia temporal entre las ayudas y las necesidades de sus padres, constando de puño y letra de la causante una cuantificación de lo adeudado a su hija, nota manuscrita al que la falta de firma no le priva de valor alguno, pues claramente no se confecciona para que sirva de prueba frente a terceros sino como un recordatorio interno para la propia causante de la cuantificación al momento de confeccionar la nota de lo adeudado."

**\*\*\* Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 21 de septiembre de 2015. Partición hereditaria. Inventario. Naturaleza común de bienes muebles. Aventajas. Funcionalidad y extensión. Vecindad civil. Extensión del usufructo. Donaciones colacionables**

**"PRIMERO.**— **Antecedentes procesales**

Seguido juicio universal de división de herencia y tras la comparecencia para la formación de inventario se formuló por parte de las ahora apelantes, Sras., impugnación del inventario en diversos extremos. Tras la práctica de la oportuna vista cuyo contenido obra en autos se dictó sentencia resolviendo las impugnaciones formuladas y sobre las que las partes no hubieran alcanzado un acuerdo.

Por parte de las recurrentes, tras un cambio de su asistencia letrada, se impugnan multitud de extremos del cuaderno particional interesando su revocación.

Las partes apeladas mantienen la corrección tanto del inventario en lo no impugnado, como de la sentencia conociendo de las impugnaciones formuladas.

**SEGUNDO.**— **Admisibilidad del recurso**

Plantea la defensa de la inadmisibilidad del recurso de Dña. en cuanto solo ha satisfecho la tasa judicial exigida Dña.

Todas ellas formularon el recurso conjuntamente con una sola defensa y representación.

La cuestión planteada no afecta a la admisión, tramitación y resolución del recurso, siquiera sea respecto a una de las recurrentes.

En cuanto a la alegación de que cada una de las recurrentes debía haber satisfecho el total importe de la tasa, esta Sala asume la decisión adoptada por la Sra. Secretaria judicial del Juzgado *a quo* en su Decreto de 26 de febrero de 2015 en orden a estimar que no se ejercitaban diversas acciones, no existía acumulación objetiva, sino una mera acumulación subjetiva de pretensiones acerca de un solo objeto procesal que a todos ellos incumbe, también a los apelados, la fijación del caudal relicto de la herencia, previa liquidación de la sociedad conyugal del fallecido, y su atribución a los herederos del resultado indi-

vidualizado en la cuota de cada uno. Difícilmente existen diversos objetos procesales añadidos, sino uno solo que afecta por igual a todos los interesados en el procedimiento por lo que todos ellos persiguen la misma pretensión. Por ello, no puede exigirse, como efectivamente rechazó la Sra. Secretaria judicial del juzgado, la satisfacción de la tasa por cada una de las apelantes.

En cuanto a la cuantía del procedimiento y de la tasa, nos remitimos al indicado decreto de la Sra. Secretario del juzgado *a quo* en orden a estimar que la cuestión es irrelevante, pues se satisfizo el importe máximo de la escala variable.

Por ello, este motivo de inadmisión ha de ser rechazado, entrándose en el fondo del recurso.

### **TERCERO.— Objeto del recurso**

Las impugnaciones de las recurrentes fueron reueltas todas ellas en la vista y posterior sentencia del juicio verbal seguido.

Si bien lo fueron de distinta manera, según la diversa naturaleza jurídica de las pretensiones.

La vista se desarrolló en un tono extremadamente constructivo por parte de los intervinientes. Pese a sus posiciones enfrentadas, las partes intentaron aproximar sus posturas en diversos extremos. Unas veces lo consiguieron, quedando su acuerdo reflejado en los autos, y, dado el acuerdo de todos los interesados, debe servir de guía para la corrección del cuaderno particional presentado por el contador-partidor. En otras, dada la imposibilidad de incluir en el cuaderno bienes por no ser conocidos y valorados, o por falta de conformidad sobre su existencia, se remitió a las partes, y estas lo aceptaron, a un posterior incidente de adición de herencia o a un juicio ordinario, amparándose todas las partes en la falta del efecto de la cosa juzgada que este tipo de procesos tienen.

Pero, en todo caso, esto es relevante, la índole de la materia, de libre disposición por las partes, permitía esta actuación de las partes.

El resultado fue que la impugnación formulada quedó centrada en cuatro puntos muy concretos:

En lo referente a la liquidación del régimen económico matrimonial de conquistas que regía entre los cónyuges del matrimonio R, se limitó la impugnación a:

El carácter de bien de conquistas o bien privativo de las acciones de la mercantil C nº 1 a 4030 que obraban en el inventario.

La fijación de las ventajas de la cónyuge supérstite Sra. C, pues la parte impugnante consideraba que no tenían dicha naturaleza los bienes predetraídos y que su extensión era desmedida.

En lo atinente a la sucesión y partición propia dicha se cuestionaron diversos extremos:

En primer lugar, como cuestión prejudicial que el juez debía resolver era la de la vecindad civil del fallecido, esto es, si tenía la condición foral de navarro o era de vecindad civil común.

Sobre la solución dada a la cuestión anterior, se planteada el problema de la extensión del usufructo concedido a la esposa sobreviviente.

También afectado por la ley civil aplicable a la sucesión se planteaba la cuestión de si los he-

rederos debían colacionar y, si en este caso, era necesario.

Todas estas cuestiones fueron ampliamente razonadas y tratadas en el acto del juicio oral. La juez *a quo* dio oportunidad a las partes para que fijaran claramente sus posturas procesales sobre todos los temas objeto de la impugnación.

El resultado fue claro. En algunos casos se alcanzó un acuerdo o, pese a no ser alcanzado, existió conformidad sobre el hecho de que la cuestión no era propia de una impugnación del inventario y división de herencia y se acordó remitir a un proceso ulterior de adición de herencia o declarativo sobre la titularidad y condición del bien, en otros, la cuestión litigiosa se consideró contradictoria y se remitió a la solución judicial en este proceso. El procedimiento fue minucioso en este extremo, exigiéndose por la directora procesal del juicio un pronunciamiento expreso a cada parte sobre la conformidad o no con la impugnación de la contraria. Caso de subsistir el litigio, con notable seguridad jurídica, se acordó que se resolvería en sentencia. Ante la disconformidad de pareceres y ante la resolución judicial de la juzgadora en el acto del juicio se formuló en ocasiones, ninguna en los extremos cuyo examen ahora se pretende, la oportuna protesta.

El resultado fue una caracterización del objeto del proceso minuciosa y expresa por parte de la juez *a quo*, que las partes aceptaron y nunca contradijeron.

De tal manera que ahora, en sede de recurso y tras un cambio de defensa en una de las partes, no puede esta pretender por la vía del recurso la revisión de cuestiones que fueron apaciguadas en el proceso mediante la autocomposición de las partes y que no han formado parte del objeto del proceso en cuanto no existió controversia expresa de las partes al respecto.

Por el contrario, fuera de los supuestos en que no aceptaron la solución acordada entre las partes o propuesta por la juez, las partes formularon su protesta de tal manera que pudiera ser mantenida la divergencia con las demás partes o con la resolución interlocutoria recaída en el proceso en la segunda instancia. Si bien, reiteramos, estas impugnaciones no atañen a ninguna de las cuestiones que de nuevo y, añadimos, extemporáneamente se plantean en el recurso.

Decimos extemporáneamente en cuanto la impugnación por la vía de la apelación de cuestiones que no fueron objeto de la resolución judicial ataca dos principios procesales relevantes para la seguridad jurídica y para el correcto devenir de los derechos de las partes como son:

El principio de prohibición de modificación de las pretensiones de las partes en sede de recurso, pues ha declarado la jurisprudencia que contradicen el Principio General de Derecho "*pendente appellatione nihil innovetur*" (SSTS 2 de diciembre de 2003 y 5 de febrero de 2001, entre otras muchas), pues la Sala solo puede resolver cuestiones de hecho o de derecho previamente planteadas ante el Juzgado, absteniéndose de realizar un nuevo juicio y de conocer de problemas que

no fueron planteados en la instancia. Por ello, la Sala estima que han de ser rechazadas las alegaciones, sin entrarse en el fondo de lo alegado.

A la misma solución nos lleva la doctrina de los actos propios en cuanto, "para aplicar el efecto vinculante, de modo que no sea admisible una conducta posterior contraria a la que se le atribuye a aquel, es preciso que los actos considerados, además de válidos, probados, producto de una determinación espontánea y libre de la voluntad, exteriorizados de forma expresa o tácita, pero de modo indubitado y concluyente, además de todo ello, es preciso que tengan una significación jurídica inequívoca, de tal modo que entre dicha conducta y la pretensión ejercitada exista una incompatibilidad o contradicción. Por ello, la jurisprudencia exige una significación y eficacia jurídica contraria a la acción ejercitada (SS., entre otras, de 9 de mayo, 13 de junio 2000 y 31 de octubre de 2001, 26 de julio de 2002, 13 de marzo de 2003), es decir, una eficacia jurídica bastante para producir una situación de derecho contraria a la sostenida por quien lo realiza; y ello implica, como reiteran infinidad de sentencias (entre las más recientes, 25 y 26-7-2000; 7 y 24-5, 23-11 y 21-12-2001; 25-1, 19-2, 15-3, 20-6, 19-11 y 9 y 30-12-2002; 25-5- SIC, 28-10 y 28-11-2003), la finalidad o conciencia de crear, modificar o extinguir algún derecho causando estado y definiendo o esclareciendo de modo inalterable la situación jurídica de que se trata. Y como consecuencia, el principio general del derecho — fundado en la confianza y la buena fe que debe presidir las relaciones privadas— no es aplicable cuando los actos tomados en consideración tienen carácter ambiguo o inconcreto (Sentencias 9 mayo 2000, 23 julio y 21 diciembre 2001, 25 enero y 26 julio 2002, 23 mayo 2003), o carecen de la trascendencia que se pretende para producir el cambio jurídico (SS. 9 mayo 2000, 15 marzo y 26 julio 2002, 23 mayo 2003)" (STS 23 de noviembre de 2004 y, en el mismo sentido, la de 1 de julio de 2011). En este caso, resulta claro que la postura y manifestaciones de todas las partes en el acto del juicio tuvo estos caracteres, por lo que plantear de nuevo cuestiones que en la instancia fueron conformadas entre las partes o resueltas por el juez contradice claramente este principio.

En consecuencia, el contenido de esta sentencia no podrá exceder el de la revisión de la valoración de la prueba y la aplicación del derecho realizada por la de la instancia en la materia propia concretada, sobre las impugnaciones iniciales de las partes, en el propio juicio oral y que se ha referido anteriormente en el fundamento jurídico segundo.

#### **CUARTO.— Naturaleza de común o privativa de las acciones numero 1 a 4030 de C**

La parte recurrente mantuvo desde el principio el carácter privativo de las acciones referidas e incluidas en el inventario como bienes de conquista.

La viuda y el resto de los hijos mantuvieron el carácter común o de conquista de los títulos valores.

La prueba practicada ha de ser valorada desde un doble punto de vista.

Ha de partirse del carácter de bien común, pues la presunción es que, caso de que no se acredite el carácter privativo, la presunción es de comunidad (LF 82 del FN). Presunción, por otra parte, común a los regímenes de comunidad.

El examen de la prueba practicada habrá de realizarse con criterios amplios pero atendiendo a que la regla anterior condiciona la aplicación del art. 217 de la LEC.

En el presente caso, lo cierto es que consta que el fallecido Sr. R era titular de diversas participaciones en una sociedad denominada Inmobiliaria P. Consta y solo consta documentalmente este extremo, que en escritura pública de fecha 18 de febrero de 1978 la abuela de las recurrentes y madre del actor Sra. G donó un determinado número de acciones al fallecido y a otros hermanos del mismo. Igualmente, consta que por escritura pública de 28 de marzo de 1984 que esta ejercitó, en virtud del poder conferido por D. J a su madre, la facultad de donarse las acciones inicialmente donadas a su hijo y, al parecer, las adquiridas por derecho de adquisición preferente derivado de la titularidad de aquellas. Tales actos fueron pacíficos y por tanto, no pueden ser cuestionados.

A partir de aquí, si bien la Inmobiliaria P se liquidó como sociedad, hecho no clara y expresamente acreditado en la causa fuera de algunos hechos indiciarios, comunicación del Sr. L de 22 de mayo de 1987 (folio 2.194 de la causa) y la conteste explicación que el testigo presentado al efecto y el interrogatorio de parte practicado, pues ambos aceptan que el capital resultante de la liquidación fue invertido por el fallecido y sus hijos en C.

Lo anterior no sirve para acreditar la procedencia privativa del caudal invertido en C que tendría la misma condición que el capital resultante de la liquidación de P y no constando el carácter privativo del mismo, sino solo que la donación realizada por la madre del Sr. R fue después objeto de recuperación mediante nueva donación y por tanto desaparecieron tales acciones del patrimonio de este. La conclusión de la falta de acreditación del carácter privativo del bien unida a la presunción de comunidad que la sentencia constata se ofrecen adecuadas a la resultancia probatoria del proceso.

Las alegaciones de la recurrente sobre la inexistencia de un capital propio por parte del Sr. R que le permitiese adquirir otras acciones de P al margen de las donadas por su madre son alegaciones falta de la oportuna prueba y que, por ello, deben ser desestimadas.

En consecuencia este motivo de recurso ha de ser desestimado.

#### **QUINTO.— Aventajas**

Considera la recurrente que las ventajas concedidas a la viuda Sra. C por la contadora parti-

dora son excesivas, tanto por su contenido como por su valor.

La viuda del fallecido mantiene que las ventajas son las propias de una familia del estatus socioeconómico alto.

Respecto al derecho de predetracción del cónyuge superviviente que se plasma en diversos preceptos en el régimen común y en los derechos forales la jurisprudencia entiende que:

“Si es una ventaja, la misma debe detraerse antes de la formación de los lotes, como establecen los artículos 57 y 58, y en consecuencia su valor no puede computarse en la formación de dichos lotes, lo que hace al cuaderno partición al aprobado.

Tales bienes tienen la condición de comunes derivada de la configuración del régimen matrimonial legal aragonés como una comunidad que se manifiesta universal para los bienes muebles, integrándose tanto los aportados al matrimonio como los adquiridos constante el régimen por cualquier título, salvo que tengan la consideración legal o convencional de litios.

Es de distinguir el artículo 57.1 de la Compilación relativo a las ventajas de su artículo 58.2 sobre bienes objeto de atribución preferentes, que no constituyen ventajas.

El artículo 57.1 de la Compilación considera bienes detraíbles como ventajas, las ropas de uso y llevar, los instrumentos profesionales, el ajuar doméstico y los que conceda la costumbre local.

Si se pone en relación el artículo 57.1 y 58.2 puede deducirse que los bienes de uso personal, como la escopeta y útiles de caza, no constituyen objeto del derecho de ventaja y sí objeto de atribución preferente.

Así, han sido incluidos en el lote del demandado como bienes de uso personal que no recoge el artículo 57, con la compensación de 240,40 euros, conforme al artículo 58 de la Compilación (sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección Cuarta) de 9 de junio de 2003).

La Ley foral 90 párr 2º del FN atribuye tal carácter a las “ropas y efectos de uso personal, así como los demás objetos de ajuar de la casa cuyo valor no fuera excesivo conforme a la posición de la familia y los usos sociales”.

En este sentido, la contadora partidora atribuye la condición de ventajas a bienes muebles que importan 108.000 euros, el 3% del valor del caudal hereditario.

Es una cuestión difícil de resolver, su solución ha de venir dada caso a caso y sobre las siguientes bases:

a) La función de las ventajas según sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 6 de marzo de 2008 reside en “pretende garantizar, en la medida de lo posible, la conservación de las condiciones de vida del cónyuge superviviente, respetando la lógica afectación por aquellos muebles y enseres que formaban parte ordinaria de la vida conyugal con el causante, al tiempo que resuelve razonablemente un eventual conflicto sobre bienes, en no pocas ocasiones, de

titularidad dominical difusa y de valor relativo”. Considerándolo dicha sentencia como “un derecho ex lege de carácter familiar y no sucesorio, que integra el llamado régimen matrimonial primario -sin perjuicio de la específica regulación de que es objeto para el régimen de comunidad de bienes (art. 75.2 CF)-, que se reconoce al viudo, con independencia de la situación económica en que quede y de cuál sea su derecho en la herencia del causante o en la liquidación del régimen matrimonial”.

b) En cuanto a su extensión, la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén (Sección Tercera) de fecha 17 de marzo de 2003 establece que “pues bien, el artículo 1.321 del Código Civil que ambas partes citan en defensa de sus respectivos intereses, reconoce lo que doctrinalmente se ha denominado como ventaja o derecho de supervivencia, de aplicación “ipso iure” con independencia de cual fuere el régimen matrimonial; forma pues de adquisición de la propiedad por Ministerio de la Ley, admitida en el artículo 609 del Código Civil, con la excepción de las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor.

Siendo que, los cuatro conceptos enumerados por el Legislador pueden plantear el conflicto entre partes, y aunque respecto de los tres primeros se despeja la cuestión de poder someterse a la correspondiente prueba pericial para en definitiva calificar el objeto y su valor, el último, entraña mayor dificultad, pues el extraordinario valor está en función del nivel económico de la familia que lo posee a título de dueño, que no de los herederos del cónyuge difunto, o lo que es lo mismo, habrá de estarse a la comparación con familias de semejante nivel económico, para concluir que el objeto en cuestión, es o no de adquisición habitual en dichas familias. Sobre tan particular extremo, LA CRUZ, en sus “Elementos” (p. 324) entiende que el precepto ha de interpretarse, con largueza a favor del cónyuge viudo y habrá de estarse al nivel económico de los cónyuges”.

c) En este caso, la brevedad pero contundencia del testamento ológrafo formulado en el que instituye usufructuaria a su esposa, “mi orden: Que nada falte a mi esposa y que viva en auténtica tranquilidad económica”. Siendo la voluntad del testador la norma interpretativa suprema de las disposiciones testamentarias (art. 675 del Cc), y aun siendo esta materia objeto del régimen económico matrimonial, lo cierto es que las partes pudieron pactar un superior importe de las ventajas, si bien en el presente caso, no consta este pacto, sino la mera voluntad del *de cuius* de dejar a su esposa en situación de tranquilidad económica.

Sentado lo anterior atendiendo al nivel socioeconómico de la familia —expresamente contemplado en la Ley 90 “conforme a la posición de la familia y los usos sociales—, como atendiendo a la naturaleza de los bienes, fundamentalmente mobiliario, por más que sea de gran valor, incluso artístico, y a la voluntad del testador de dejar a la esposa en una situación confortable, social y eco-

nómicamente, puede concluirse razonablemente que las ventajas fijadas y su valor respecto al total caudal no son excesivas y, por tanto, han de ser mantenidas.

#### **SEXTO.— Vecindad civil del fallecido Sr. R**

Entre las dos vecindades postuladas, condición foral de navarro, postulada por dos de sus hijos y la viuda, o vecindad civil común postulada por las recurrentes, la sentencia de la instancia, también la contadora partidora en el acto del juicio optó por la foral.

Ciertamente, el Sr. R manifestaba en multitud de documentos que ostentaba la condición foral de navarro, si bien habrá de examinarse la forma en que procedió a adquirirla o mantenerla para corroborar dicho extremo.

Así, D. J nació en Pamplona el 23 de marzo de 1929.

Al parecer en 1945 se mudó con su familia a Zaragoza y en fecha 17 de noviembre de 1960 compareció ante el Registro Civil de Zaragoza y formuló la declaración de conservar la vecindad civil Navarra. Dicha manifestación fue inscrita en el Registro Civil de su nacimiento con fecha 10 de mayo de 1968.

A principios de los años setenta se trasladó con su familia a Madrid donde fijó su domicilio.

El mismo falleció en Zaragoza el 30 de noviembre de 2005.

El título jurídico de su condición foral alegada es el nacimiento en Pamplona en marzo de 1929 unido a la declaración en noviembre de 1960 de conservar la condición foral de origen.

Conforme a los arts. 9.1, 2 y 8, y 14.1 y 5 del CC, la vecindad civil se adquiere por el nacimiento de padres de tal vecindad y determina la ley personal del afectado. En el frente caso no parece discutido que el Sr. Rico nació en Pamplona, debiendo estimarse por no cuestionado que su padre tenía tal vecindad, aunque era nacido en Madrid.

De ordinario se estima que la adquisición de la vecindad se produce si por el plazo de diez años, actual art. 14.5.2ª y último párrafo del CC se reside en un territorio sin declaración en contrario durante ese plazo, que se hará constar en el RC y no necesita ser reiterada.

También es pacíficamente considerado que este periodo de diez años de residencia se computa desde la mayoría de edad de la persona física.

El problema reside en fijar cuando adquirió la mayor edad el Sr. R. En este sentido la redacción vigente al tiempo de adquirirla era la versión del art. 320 del Cc:

“La mayor edad empieza a los veintitrés años cumplidos.

El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código”.

Sin embargo, pese a que no fue reformado el CC lo cierto es que la Ley de 13 de diciembre de 1943 de Jefatura del Estado fijó la mayoría de edad a los veintiún años y modificó el artículo

320 del Código Civil, que la establecía en los veintitrés, y los artículos 10 y 13 del Apéndice Foral Aragonés.

“Artículo 1º. A los efectos civiles, la mayor edad empieza, para los españoles, a los veintiún años cumplidos.

Artículo 2º. Para el cómputo de los años de la mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento, sea cual fuere la hora de este”.

Esta modificación significó un problema jurídico para el derecho navarro en cuanto, como mantiene la doctrina más autorizada —De Pablo Contreras— “la STS de fecha 1 de abril de 1891 vino a reconocer que la mayoría de edad estaba fijada en Navarra a los 25 años.

La última ley citada de fecha 13 de diciembre de 1943 estableció con carácter general que la mayoría de edad se alcanza a los 21 años; y, aunque el artículo 2 de la ley Paccionada de 1841 en relación con el originario art. 12 del Cc impedía al vigencia en Navarra de tal previsión —al menos en el ámbito del Derecho civil—, es lo cierto que la misma se aplicó de hecho, lo que vino a ser reconocido por la redacción dada posteriormente en 1973 a la leyes 50 del Fuero Nuevo”.

Esta extensa cita, pone relieve un hecho trascendente, se aplicó la ley de 13 de diciembre de 1943 en toda España, siquiera fuera de hecho, y tal declaración fue seguida por el Fuero Nuevo en una ulterior actualización y compilación.

Por tanto, el Sr. R adquirió la mayoría de edad en 1950 en marzo y trascurrió el plazo de 10 años residiendo en Aragón en marzo de 1960. Dado que realizó la declaración conservativa en noviembre de 1960 había ya adquirido a dicho tiempo la vecindad civil aragonesa y por ello, la declaración fuera de plazo careció de efecto alguno.

Ciertamente el Sr. R se consideró siempre de condición foral navarra, si bien no es tal estado jurídico una situación que se adquiriera confesoriamente fuera de los supuestos legales, sino con arreglo a la ley común —art. 14 del CC—.

En consecuencia, el Sr. R nunca conservó la condición foral de Navarra, pues cuando lo hizo ya había obtenido automáticamente por residencia de 10 años otra vecindad.

Más adelante volvió a mudar su vecindad de la aragonesa a la común que es la que ostentaba a la fecha de su muerte.

Sobre estos razonamientos y a la vista de las alegaciones de las partes en sus escritos de impugnación del cuaderno particional y en el acto del juicio, la resolución recurrida ha de ser revocada en este extremo.

#### **SÉPTIMO.— Usufructo de la viuda y su extensión**

La declaración anterior ha de tener trascendencia sobre la extensión del usufructo.

Con arreglo al art. 808 del Cc entre los herederos forzosos se encuentra la viuda en la forma prevista por el Código. Conforme al art. 834 del mismo código concurriendo con ascendientes tiene el usufructo del tercio destinado a mejora.

La legítima estricta no admite gravamen (art. 813 del Cc).

Sobre esta base legal, la voluntad del testador se erige como regla principal interpretativa de la sucesión testada en este caso. Instituye usufructuaria a su esposa y "mi orden que nada falte a mi esposa y que viva en autentica tranquilidad económica". Lo anterior lleva a la Sala a la conclusión que se establecía un usufructo universal pero, dado que este gravaba la legítima estricta de los herederos y no se estableció una cautela Socini, el usufructo asignado ha de reputarse que no dañaba a la legítima estricta y ha de extenderse únicamente a los dos terceras partes de la herencia, estimando también el recurso en este extremo.

#### **OCTAVO.— Donaciones colacionables.**

En consecuencia, dada la vecindad del fallecido y conforme al art. 1035 y ss. del Cc los herederos deberá traer a colación tal derecho a la hora tanto de realizar la computación del haber hereditario art. 818 párr. 2º del Cc como propietario de su colación.

Esta operación no es baladí por el hecho de que todos los hijos sean herederos por partes iguales y aunque hubieran percibido lo mismo previamente del testador, pues ha de tenerse en cuenta que el cónyuge superviviente también es heredero forzoso (art. 807), que la herencia está conformada por el valor de los bienes a la muerte del causante, con deducción de las deudas y cargas que deben agregarse al mismo el valor de las donaciones colacionables y que, aun siendo todos los hijos igualmente favorecidos antes y después del testamento, lo cierto es que el cálculo de la legítima del viudo que concurre con los herederos recae sobre el tercio de libre disposición y el tercio de mejora y que la fijación del usufructo en el presente caso, según lo visto, se extiende a los dos terceras partes del caudal hereditario calculado en igual forma. En consecuencia, son relevantes las operaciones de colación tanto para el cálculo de la legítima de la viuda como para la fijación del total usufructo de esta, no solo el legal.

En este sentido, el tenor literal del artículo 1.035 del Cc exige su aplicación imperativa, al margen de las peticiones de los herederos -todos ellos parecen en sede de recurso partidarios de no colacionar-, pues su finalidad es la protección de la legítima en su más amplio sentido, incluyendo también los derechos legales del cónyuge viudo.

Por ello, el recurso ha de ser estimado también en este extremo."

### **\*\*\* Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 22 de septiembre de 2015. Apoderamiento para adjudicación de herencia. Usufructo vitalicio sobre inmueble. Mandato expreso para actos dispositivos**

**"PRIMERO.**— Los abuelos de los litigantes por parte paterna fallecieron en el año 1980 (don

l) y en el año 2007 (doña A) sin otorgar testamento.

Los expresados tuvieron dos hijos, don R (padre de los demandantes); y doña M (madre de los codemandados).

Don R (padre de los demandantes) vivía en el domicilio de sus padres, con su madre doña A), hasta que ésta falleció en el año 2007, continuando a la muerte de ésta residiendo en dicha vivienda.

Don R tras sufrir un intenso dolor abdominal, ingresó en urgencias el 25/06/2012, donde se le diagnosticó un cáncer de colon en estado muy avanzado.

Don R el 08/08/2012 otorgó testamento donde nombró herederos a sus dos hijos (demandantes). Como sus hijos trabajaban fuera de Zaragoza, ante su precario estado de salud, se trasladó a vivir con su hermana M (madre de los demandados) en la casa de ella, .

Toda vez que no se había efectuado la declaración de herederos de los abuelos de los litigantes, doña M (madre de los demandados) instó la declaración de herederos abintestato de sus padres el 10/07/2013 —documento 3 de la demanda—.

El 17/07/2013 don R, en el domicilio de su hermana y ante Notario, otorgó escritura de poder general a favor de la misma, doña M.

El 19/07/2013 (dos días más tarde) doña M en su propio nombre y como mandataria de su hermano R en virtud el poder antedicho, otorgaría escritura de aceptación y adjudicación de herencia de los padres de ambos, de forma que aceptará la herencia, y adjudicará a R el pleno dominio de unas fincas rústicas (valoradas en 22.310,85€), y el usufructo vitalicio de una finca urbana (casa en San Mateo de Gállego valorada en 50.706,46€); otorgando a sus hijos ahora demandados la nuda propiedad de la urbana. Valoriándose las adjudicaciones de la siguiente forma: la adjudicación de R (usufructo vitalicio de la finca urbana más las fincas rústicas), en 36.506,65€; y la nuda propiedad de la finca urbana adjudicada a los demandados en la suma de 36.506,65€.

Pocos días después, el 15/08/2013 don R fallece, extinguiéndose, por consiguiente, el usufructo.

**SEGUNDO.**— Los demandantes impetraron en la demanda la inexistencia de apoderamiento, por falta de consentimiento, en la constitución del usufructo vitalicio respecto de la urbana referida, mediante la expresada escritura de aceptación de herencia. Los demandantes solicitan la suma de 14.197,80 euros, consecuencia de la inexistencia del apoderamiento, y como compensación de la respectiva valoración de los bienes adjudicados.

La sentencia de primera instancia, objeto de apelación, desestimó la demanda, en esencia, porque, si bien la jurisprudencia del Tribunal Supremo —STS 06/11/2013 ponente Sr. O'Callaghan— refiere que conforme al artículo 1713 CC párrafo segundo, se requiere mandato expreso para actos de disposición, siendo pre-

ciso que se que se concrete en el mandato el acto y el objeto con sus esenciales detalles; sin embargo, la sentencia apelada considerará que el poder referido “tenía como única finalidad efectuar la partición y entre sus facultades se encontraba la de constituir usufructos, por lo que puede concluirse que el poder cumplía con las exigencias del mandato representativo al designar los actos a los que iba exclusivamente encaminado y para los que fue otorgado”. Y que dicho reparto materializaba “el acuerdo a que habían llegado los hermanos al fallecer la madre”.

Contra esta resolución se alza la parte actora: alegan como motivo principal que el poder otorgado no cumple los expresados requisitos jurisprudenciales.

**TERCERO.**— Para resolver la cuestión sobre la validez del apoderamiento de autos, debemos acudir a la doctrina jurisprudencial plasmada en la STS 06/11/2013 —citada en la sentencia apelada—. Dicha resolución del Tribunal Supremo expresa lo siguiente:

“... la cuestión se centra en el mandato representativo, es decir, el mandato como relación entre los contratantes respecto a un acto jurídico y representación, relación con el tercero y así lo han destacado las antiguas sentencias de 16 febrero 1935 y 22 mayo 1942 y lo reitera la de 24 febrero 1995. Lo cual debe relacionarse con el artículo 1713, párrafo segundo, del Código civil que exige mandato expreso (o específico) para actos de disposición (acto de riguroso dominio, expresa esta norma).

Lo que, además, exige la jurisprudencia es que para la validez (o existencia) de un concreto acto dispositivo, es preciso que se concrete en el mandato con poder de representación, el acto y el objeto con sus esenciales detalles. Así, la sentencia del pleno de esta Sala, de 26 noviembre 2010 dice:

*El grado de concreción necesario en la designación del objeto del mandato depende del carácter y circunstancias de aquél. Así, la jurisprudencia tiene declarado que cuando el mandato tiene por objeto actos de disposición es menester que se designen específicamente los bienes sobre los cuales el mandatario puede ejercitar dichas facultades, y no es suficiente con referirse genéricamente al patrimonio o a los bienes del mandante.*

Es decir, conforme a la doctrina jurisprudencial que ahora se reitera, es que el mandato representativo cuyo poder viene a referirse a un acto o actos de disposición, sólo alcanza a un acto concreto cuando éste ha sido **especificado en el sujeto y el objeto, en forma bien determinada**. Y esto no es lo que se ha dado en el presente caso, por lo que la donación que hizo el codemandado a la codemandada, no estaba dentro del mandato representativo y debe declararse inexistente por falta del consentimiento, elemento esencial del contrato, lo que así han hecho las sentencias de instancia”.

Proyectando esta doctrina sobre el supuesto sometido a la consideración de la Sala, y exami-

nando la escritura de poder general otorgada el 17/07/2013 por el difunto don R, convenimos en que no se cumplen los requisitos de concreción de acto y objeto con sus esenciales detalles, conforme la expresada jurisprudencia. En dicho apoderamiento, ni se designan los bienes sobre los cuales la mandataria puede ejercitar las facultades, ni se especifica el objeto u objetos de forma determinada, ni tampoco se expresa que su finalidad sea la adjudicación de bienes concretos de la herencia de los padres de mandante y mandataria. En el susodicho apoderamiento —folios 53 y siguientes de los autos— reza como encabezamiento “escritura de poder general”, expresando una serie de facultades como infinidad, pero sin concreción alguna en cuanto a los bienes objeto de la herencia. Consideramos que dicho apoderamiento facultaría, en cuanto al objeto de autos se refiere, únicamente, en su caso, para aceptar la mandataria en nombre del mandante don R, la herencia de los padres de ambos. Nada más. Pero no autorizaba para la adjudicación de dichos bienes en otra forma que no hubiera sido un proindiviso entre mandante y mandatario, es decir, entre los propios hermanos. La constitución de un usufructo vitalicio como el de autos, de una finca urbana, hubiera requerido para su validez, según la expresada jurisprudencia, que el mandato hubiera especificado dicha figura jurídica sobre la expresada finca urbana, y no, de forma genérica. Discrepamos de la sentencia apelada de la afirmación de que la finalidad del poder fuera inequívoca en cuanto que se dirigiera a proceder a la partición —y no una mera adjudicación— de la herencia de los padres, y, menos aún, en cuanto a la constitución de un usufructo vitalicio a favor del hermano, mandante, gravemente enfermo, y que a la sazón falleció al mes siguiente del apoderamiento.

No podemos considerar esa especie de “usufructo con carácter retroactivo” a su constitución que defienden los demandados, a modo de justificación, por el hecho de que hubiera vivido don R en dicha finca desde el periodo en que falleciera en el año 2007 la madre de don R y de doña M, hasta agosto de 2012 en que don R fuera a vivir a casa de su hermana. También doña M —según se acreditó durante el juicio— vivió en la vivienda familiar durante unos meses cuando se divorció y, por ende, también disfrutó de la casa familiar sin que ello se considere, tampoco, un usufructo.

Por lo tanto, el motivo debe prosperar.

**CUARTO.**— Consecuencia de lo anterior, y toda vez que los demandantes únicamente pretenden la compensación del valor de los bienes de la herencia; y puesto que fueron valorados, según se expresó, en las sumas de 22.310,85€ las fincas rústicas adjudicadas a los demandantes, y la finca urbana valorada en 50.706,46€, debe ser estimada la demanda por la suma de 14.197,80€, que es la cantidad que corresponde a la diferencia de valor de las adjudicaciones. “

**\*\*\* Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Ejea de los Caballeros de 17 de diciembre de 2015. Partición hereditaria. Liquidación del régimen económico matrimonial. Inventario**

**“Primero.**— La primera cuestión que debe plantearse es la de la normativa aplicable al presente caso. De acuerdo con lo establecido en las Disposiciones Transitorias Decimotercera y Decimoséptima del Código de Derecho Foral, dicho Código será aplicable a la partición en sí misma, mientras que al fondo de cada sucesión será de aplicación la normativa vigente en el momento del fallecimiento de cada causante.

**Segundo.**— Están acumuladas en el presente procedimiento la liquidación de las herencias de A y de S.

Por lo que se refiere a la herencia de A, las partes están de acuerdo en que el activo debe estar formado por la mitad indivisa de los bienes que se le adjudicaron en la liquidación del régimen económico matrimonial. Es decir, el activo estará formado por los siguientes bienes:

**Tercero.**— La parte actora propone que se incluya en el pasivo de la herencia de A facturas notariales y tasa del certificado de actos de última voluntad, por importes de 198,73 euros, 55,3 euros y 3,7 euros.

Se trata, según la documentación aportada, de las facturas y tasa abonadas por la solicitante por las actas de declaración de herederos abintestato de A y certificado de actos de última voluntad.

El artículo 1064 del Código Civil establece que los gastos de partición, hechos en interés común de todos los coherederos, se deducirán de la herencia.

La declaración de herederos y la petición del certificado de actos de última voluntad son actos necesarios para la partición de la herencia, puesto que los artículos 782 y 783 de la LEC atribuyen legitimación para solicitarla a los coherederos, y a la junta deben ser convocados dichos coherederos. Por lo tanto, la determinación de quiénes son los coherederos es un acto previo necesario para efectuar la partición. Dicha determinación se hace en beneficio de todos los coherederos, por lo que procede incluir los referidos importes en el pasivo de la herencia de A.

**Cuarto.**— En cuanto a la herencia de S, existe también acuerdo en que se incluya la mitad indivisa de los bienes que formaban parte de la sociedad conyugal, y que se le atribuyó al liquidar la misma.

Así, formarán parte del activo de su herencia los siguientes bienes:

**Quinto.**— Se discute acerca de la inclusión de un granero sito en . Las partes están de acuerdo en su inclusión, pero la defensa de G considera que sólo se ha de incluir el edificio, y no el suelo, que es de titularidad municipal.

El documento que aporta la defensa de G no demuestra que el suelo donde está construido el granero sea de titularidad municipal, o que lo haya sido. En su caso es un indicio de que podría serlo un terreno adyacente que, catastralmente, aparece unido al granero. Pero nada indica que el suelo sobre el que está construido el granero sea de titulari-

dad municipal, por lo que entiendo que no procede hacer la matización que pretende esta parte.

En cualquier caso, no se hará referencia a la identificación catastral del inmueble, dadas las dudas que plantea, y dado que dicho registro no determina la propiedad de los inmuebles, teniendo carácter meramente administrativo.

La presente sentencia, de todas formas, tal y como establece el artículo 794 de la LEC, deja a salvo los derechos de terceros.

**Sexto.**— En relación con el pasivo de la herencia de S, la solicitante pide que se incluyan los 3,7 euros de la tasa del certificado de actos de última voluntad, así como los IBIs pagados por R, por importe de 234,94 euros, a lo que se opone la defensa de G.

A su vez, la defensa de este último propone que se incluyan créditos a su favor por reparaciones y licencia de obras, relativas al granero, y por IBIs de varios años.

Según el artículo 1063 del Código Civil, los coherederos deben abonarse recíprocamente en la partición las rentas y frutos que cada uno haya percibido de los bienes hereditarios, las impensas útiles y necesarias hechas en los mismos, y los daños ocasionados por malicia o negligencia.

Considero claro que deben considerarse tales los pagos del IBI, que son debidos por la herencia y cuyo pago es beneficioso para todos los herederos. Y, al igual que en la herencia de G, se incluirá también la tasa del certificado de actos de última voluntad.

En cuanto a las facturas por reparaciones, las mismas, junto con la licencia de obra, acreditan suficientemente la realización de obras de conservación en un bien perteneciente a la herencia, por lo que considero que también deben incluirse en el pasivo.

**Séptimo.**— La defensa de G propone también la inclusión en el pasivo de un legado de 500 pesetas incluido en el testamento de S. La defensa de la solicitante se opone alegando que no había dinero en la herencia.

En el testamento de S se establece un legado de 500 pesetas a favor de su hijo G (documento 5 de la solicitud).

Según el artículo 875 del Código Civil, el legado de cosa mueble genérica será válido aunque no haya cosas de su género en la herencia. Se trata, por lo tanto, de una carga de la herencia de S, que debe incluirse en el pasivo, y será obligación de los herederos el pago del legado.”

## 72. SUCESIÓN TESTAMENTARIA

**\*\*\* Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 1 de julio de 2015. Cláusula testamentaria de exclusión de hijos y nietos. Vecindad civil del causante. Fraude. Buenas costumbres**

**“PRIMERO.** El tema sometido a debate en la primera instancia ha sido el testamento otorgado por don J ante el Notario de Mora de Rubielos en fecha 24 de octubre de 2008, en cuya disposición primera aparta de su herencia y excluye

a los tres hijos de su matrimonio con doña Co y a sus nietas hijas de su otro hijo fallecido con anterioridad, don J, e instituye heredero de todos sus bienes, en su cláusula tercera, a su hijo don J habido de su unión extramatrimonial con doña M.

Tres fueron los motivos por los que los actores impugnaron en su demanda dichas cláusulas testamentarias: a/ cuando don J otorgó testamento no ostentaba la condición de aragonés; b/ en el caso de estimarse que tenía dicha condición, la ganó de forma fraudulenta; y c/ las disposiciones testamentarias impugnadas por los actores son contrarias a las buenas costumbres de Aragón.

Desestimada la demanda en la instancia, es apelada la sentencia recaída en los presentes autos por los actores que invocan error en la apreciación de la prueba por parte del Magistrado-Juez a quo. Alegan en primer término que el Juzgado se ha limitado a destacar el valor probatorio de algunos documentos de la parte demandada omitiendo entrar en la exégesis de los aportados por los actores, y dando carta blanca a los testigos de la parte contraria sin entrar en el examen de su idoneidad ni en la valoración de sus manifestaciones según las reglas de la sana crítica.

No puede compartir esta Sala estos argumentos, pues el Juzgador de instancia ha realizado una valoración conjunta de la prueba practicada en autos y lo ha hecho objetivamente y no de forma interesada como, de manera legítima y a favor de sus intereses, pretende la parte apelante. Examinados por este Tribunal los documentos aportados por las partes y las declaraciones testimoniales no puede llegarse a una conclusión distinta a la que ahora se recurre. Los documentos presentados con la contestación a la demanda son contundentes en orden a la residencia continuada del Sr. A en la localidad turolense de Sarrión durante más de treinta años (se necesitan diez para adquirir la vecindad civil aragonesa sin declaración en contrario hecha constar en el Registro Civil durante este plazo, art. 14.5.2º Código Civil): aparece empadronado en dicha localidad desde el día 23 de septiembre de 1978, se ha presentado certificado de la oficina del Censo electoral de 31 de marzo de 1985 que refrenda estar censado en Sarrión, en los años 80-90. Por otra parte, las cartas que los actores fueron enviando a su padre desde que se separó de la Sra. D, es decir, desde 1974 en adelante, iban dirigidas a Sarrión donde éste las recibía. Se advierte así mismo que el Letrado Sr. A se dirigió por carta a doña M en fecha 27 de octubre de 1977 remitiéndola a su domicilio en Valencia, y un año antes, en fecha 6 de febrero de 1976, se había dirigido también por carta a don J dirigiéndola al domicilio de Sarrión. Los propios demandantes han aportado documentos que ratifican la residencia en Sarrión: en el DNI aparece que su domicilio es Carretera de la Estación de Sarrión; en el certificado expedido por el Secretario-Interventor de Sarrión figura que estuvo empadronado allí desde el año 1996 hasta el 21 de noviembre de 2011 en que falleció; en la partida de defunción aparece Sarrión como su último domicilio; se aporta

así mismo justificante de su empadronamiento en Santa Cruz de Tenerife hasta 1975 en que causó baja por no renovación padronal.

Respecto al informe realizado por los detectives a instancia de los actores, no puede dársele el significado que éstos pretenden, pues lejos de probar que el domicilio del Sr. A era el mismo que el de la Sra. V y su hijo, en el mismo los detectives hacen constar que preguntados los vecinos del edificio de la Calle Vinapoló de Valencia les dijeron que al Sr. A sólo lo veían ocasionalmente, mientras que doña M vive allí continuamente desde hace más de cuarenta años. El hecho de que doña M no les dijera a los detectives que don José Francisco había vivido en Sarrión cuando le preguntaron por él, no equivale a la falsedad de este dato como pretenden los apelantes, pues es lógico que no quisiera dar explicaciones a unos señores a los que no conocía. Y en cuanto a que el nombre de don J aparezca en el buzón de la Sra. V, poco prueba acerca de su residencia en la calle de Valencia, no solo porque este dato se ha comprobado en el año 2013, dos años después de su fallecimiento, sino porque son muchas las personas que hacen constar otros nombres en el buzón a efectos de aparentar, por seguridad, que no hay una sola persona viviendo en el piso.

Pero es que, además, la residencia continuada de don J en Sarrión ha sido corroborada por los testigos que depusieron en el acto del juicio: don A, médico de la localidad y residente en la misma desde el año 1977, declaró conocer a J por ser paciente suyo de la Seguridad Social desde "1978 o 1979", "en mi cupo tenía su tarjeta de la Seguridad Social" —dice—, y acudía periódicamente a la consulta porque padecía de dolencias que le hacían ir casi de forma constante; sabe que vivía de forma permanente en un chalet al lado de la estación de tren. Don N, declaró que el Sr. A llegó a Sarrión "durante el 75 más o menos" y desde entonces vivió allí "fijo y continuo" —dijo el testigo— dedicándose al ganado y a la agricultura. Doña V, expuso que a quien veía constantemente en el piso de abajo (el de la Sra. V y de su exclusiva propiedad) era a ella y a su hijo, pero "al padre de J lo ha visto alguna vez, pero alguna vez..." puesto que vivía en Sarrión a donde se desplazaban desde Valencia para ir a verlo.

Sin embargo, de los testimonios ofrecidos por los testigos propuestos por los actores únicamente se desprende que don J iba a Valencia de vez en cuando para estar con doña M y con su hijo J, pero no hasta el punto de convertir en discontinua su estancia en Sarrión, donde, como dice el Magistrado-Juez de instancia, llegó a tener gran arraigo ocupando cargos de compromiso con el pueblo como es el de alcalde y concejal.

En su recurso los apelantes van estudiando los documentos de forma aislada quitándoles valor probatorio a cada uno por separado, valoración interesada que no puede prevalecer frente a la del Magistrado-Juez a quo apreciada objetivamente en su conjunto y con acierto.

**SEGUNDO.** Como segundo punto de impugnación de la sentencia de instancia alegan los apelantes que en el caso de que se aprecie que el Sr. A adquirió la vecindad civil aragonesa, debe declararse que la obtuvo con la única intención de poder testar como lo hizo, lo que supone —dicen— un fraude de Ley. No puede ser acogido tampoco este punto del recurso pues ningún dato ofrecen los demandantes del que pueda deducirse este extremo. Don J se fue a vivir a Sarrión tras la separación de su esposa Sra. D (separación que tuvo lugar por convenio privado de 21 de mayo de 1974) buscando un modo de vida (la explotación de una finca familiar en dicha localidad) puesto que había cesado en el cargo de gerente de la empresa familiar Industrias M el día 3 de abril de 1974; y residió en Sarrión durante más de treinta años: circunstancias de las que no puede siquiera sospecharse la finalidad alegada por los apelantes.

**TERCERO.** Finalmente es rebatido por los recurrentes el tercer pronunciamiento desestimatorio de la sentencia de instancia; arguyen que aun cuando la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte de Aragón, vigente en el tiempo que se realizó el testamento, y actual artículo 486 del Código de Derecho Foral de Aragón, permite distribuir la legítima colectiva, igual o desigualmente, entre todos o varios de tales descendientes, o bien atribuirse a uno solo, de tal forma que el causante actuó de forma ajustada a la Ley y en uso de su libertad de testar, sin embargo —dicen— no respetó el límite al ejercicio de la libertad de testar del causante que establece el artículo 424 de la Compilación de Derecho Foral de Aragón: "Es nula la disposición testamentaria esencialmente determinada por un motivo contrario a la Ley, al orden público o a las buenas costumbres". Consideran los apelantes que la disposición testamentaria en cuestión es contraria a las buenas costumbres porque: a/ no hay motivo de desheredación o causa de indignidad para suceder respecto a los hijos habidos de su matrimonio; b/ los hijos demandantes demostraron el cariño que le tenían a su padre y estaban en contacto y tenían atenciones con él. Frente a estas alegaciones, el demandado ha dado una razón convincente del motivo de la actuación del testador que la justifica: la falta de aceptación del hijo extramatrimonial por parte de los padres de J (abuelos de J) desencadenó que la madre del Sr. A le dejara en su testamento la legítima estricta e instituyera herederos a los ahora demandantes sin hacer referencia alguna a su nieto J que ya había nacido. De manera que instituyendo don J como heredero a J, compensaba de alguna manera la situación de este hijo respecto a los habidos de su matrimonio con la Sra. D.

En todo caso, es a los actores a quienes corresponde probar que a pesar de permitirlo la Ley, en este caso concreto las disposiciones testamentarias objeto del presente procedimiento están determinadas por un motivo contrario a las buenas costumbres, lo que no han acreditado."

## 75. LEGÍTIMAS

### \*\*\* Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 19 de enero de 2015. Vulneración de legítima en sucesión testamentaria. Liberalidad no computada en el caudal relicto

**"PRIMERO.**— La demanda origen del presente procedimiento fue interpuesta por las dos hijas del primer matrimonio de su padre, fallecido el 12 de diciembre de 2007, como únicas legitimarias del mismo, contra la viuda del causante, en solicitud de que se declarara que determinadas disposiciones testamentarias de su padre a favor de su segunda esposa infringían su legítima, y que se condenara a la demandada a liquidar en ejecución de sentencia las cantidades percibidas y las que debieron percibirse para no lesionar la legítima.

La sentencia de primera instancia fijó el caudal computable a los efectos del cálculo de la legítima, conforme a lo dispuesto en el artículo 489 del Código del Derecho Foral de Aragón (CDFA), partiendo del caudal relicto (relictum) más el valor de los bienes donados a la esposa (donatum) y declaró que las disposiciones testamentarias a favor de la esposa lesionaban, cuantitativamente una y cualitativamente otra, la legítima de las actrices, procediendo a la reducción de los gravámenes, y condenó a la demandada a liquidar en ejecución de sentencia las cantidades percibidas y las que debieron percibirse para no lesionar la legítima, con devolución a las demandantes del saldo restante.

Interpusieron recurso de apelación las dos partes.

La actora porque, aceptando en líneas generales el contenido de la sentencia, se había omitido como liberalidad computable en lo donado a la esposa el valor de un vehículo adquirido a nombre de ella antes del fallecimiento del causante y con cargo a dinero existente en cuentas bancarias de éste, lo que implicaría un aumento de lo donado en cuantía de 75.295 euros, y por consiguiente del caudal computable, y por ello un importe superior de la cuantía de la legítima en 37.654 euros, debiendo reducirse en mayor medida los gravámenes sobre la legítima. La omisión se habría producido, a juicio de la parte, porque no se tuvo en cuenta la alegación complementaria introducida por esta cuestión en el momento de la audiencia previa.

La parte demandada interpuso recurso de apelación mostrando su total disconformidad con los pronunciamientos de la sentencia del Juzgado por no haberse producido infracción de la legítima. Solicitaba por ello, con estimación del recurso, la íntegra desestimación de la demanda.

Ambos recursos fueron desestimados.

**SEGUNDO.**— Tan solo ha interpuesto recurso de casación la parte actora con base en un único motivo: Infracción (por inaplicación) del artículo 489 del CDFA, y del artículo 495 (por interpretación errónea) al no incluir en la computación del

caudal relicto a efectos de la legítima las cantidades de la cuenta bancaria del causante y empleadas por la demandada y ahora recurrida para la adquisición de un vehículo automóvil.

Partiendo de lo que afirma la sentencia recurrida en su fundamento jurídico noveno, considera la parte recurrente que se tiene por acreditado que la esposa del causante adquirió un vehículo Mercedes por importe de 71.400 euros con dinero de propiedad exclusiva del esposo, por lo que dicha liberalidad debe añadirse a las otras donaciones que fueron computadas para el cálculo de la legítima, y no se puede justificar lo contrario por el hecho de que, reducidas las participaciones en los locales conforme a las pruebas periciales practicadas en primera instancia, ya no exista perjuicio en la cuantía de la legítima. Por el contrario -se afirma en el recurso- se confunde la computación o cálculo de la legítima (reunión ficticia de *relictum* y *donatum*) con la reducción que debe practicarse para restaurar la lesión en la legítima.

En definitiva, que la pretensión de la parte consistía en que se incluyese la liberalidad con las demás para hallar el caudal computable a efectos del cálculo de la legítima, siguiendo así lo dispuesto en el artículo 489 CDFA que la sentencia no aplica, y una vez fijado el caudal y calculada la legítima y su lesión entraría en juego el artículo 495 CDFA, pero no individualmente considerado para una liberalidad sino conjuntamente a todas y por su orden.

El fundamento noveno de la sentencia recurrida dedicado al recurso de la parte actora, que se desestima, dice:

**“NOVENO.—** *Recurso interpuesto por la Procuradora Sra. Isiegas Gerner. En dicho recurso se pone de relieve la adquisición por la demandada de un vehículo Mercedes, por un precio de 71.400 euros, con dinero de propiedad exclusiva del actor, que es hecho que se formuló como alegación complementaria en la audiencia previa, y que luego fue objeto de prueba en el periodo correspondiente, acreditando el pago y la procedencia del dinero con la documentación que fue aportada, sin que exista por el contrario hecho obstativo que reste valor a dicha prueba. Pero, no obstante ello, parece que el Derecho Aragonés establece una prelación en el orden de disminución de las liberalidades concedidas en cuanto perjudiquen la legítima. Así, el artículo 495 del Código regional establece en primer lugar que las liberalidades lesivas se reducirán en el orden que el causante hubiera dispuesto y si no se procederá de la siguiente forma: en primer lugar, las liberalidades por causa de muerte a prorrata, con independencia de su título de atribución; en segundo lugar, si no fuera suficiente, las liberalidades entre vivos, empezando por las de fecha más reciente, y las de la misma fecha se reducirán a prorrata. En el caso, conforme a las pruebas periciales que se han practicado en el procedimiento, cuyo resultado ha sido comentado, reducidas las participaciones en los locales en la forma acordada, no existe ya perjuicio en la cuantía de la legítima,*

*que queda indemne, con absoluto respeto a lo dispuesto en el artículo 494 que ha sido citado, por lo que no es necesario entrar en la consideración de la posible reducción de otras liberalidad, que no afectan a la intangibilidad cuantitativa, y perfectamente determinada.”*

Conforme al mismo, ciertamente se considera acreditado que la adquisición del vehículo Mercedes por la esposa por un importe de 71.400 euros se hizo con dinero de propiedad exclusiva del esposo, pero se argumenta a continuación que ya se hicieron reducciones de las liberalidades en la primera instancia por lo que ya no habría mayor perjuicio en la legítima.

Como acertadamente afirma la parte recurrente, si se admite que hubo una liberalidad que no fue tenida en cuenta en la sentencia de primera instancia, su importe debía ser añadido al del resto de las liberalidades computadas para el cálculo de la legítima (artículo 489.1 CDFA), que 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 (artículo 495 CDFA) se siga el orden legalmente establecido. Pero si en la sentencia del Juzgado no se tuvo en cuenta la liberalidad ahora acreditada, no se pudo practicar adecuadamente la reducción de liberalidades, lo que, añadido el importe de la liberalidad y calculado el importe de la legítima y el de la lesión de la misma, deberá hacerse en ejecución de sentencia.

En consecuencia, debe concluirse que ha sido infringido el artículo 489.1.b), y el artículo 495 del CDFA en cuanto no es argumento para no incluir la liberalidad que no fue tenida en cuenta en la primera instancia, y por ello debe ser estimado el recurso y casada parcialmente la sentencia, con estimación del recurso de apelación de la parte ahora recurrente para que se incorpore al importe de las liberalidades computadas en la sentencia de primera instancia la que fue objeto de dicho recurso por el importe que resulte de la actualización de la suma de 71.400 euros, para así realizar el nuevo cálculo del importe de la legítima y de la lesión producida en la misma, y la posterior reducción de liberalidades.”

## 76. SUCESIÓN INTESADA

### **\*\*\* Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 17 de noviembre de 2015. Repudiación de herencia ab intestato por parte de la Comunidad Autónoma de Aragón**

**“PRIMERO.—** El Letrado de la Comunidad Autónoma de Aragón formula apelación contra el auto dictado por el Juzgado que declara único y heredero universal ab-intestato del causante don J. Alega la parte apelante que ya rechazó el cargo de administrador de dicho caudal hereditario porque era deficitario, y el Gobierno de Aragón no había promovido ni promovería la declaración de

herederos ab-intestato. Refiere que no se ha dado audiencia al Gobierno de Aragón en este procedimiento, y solicita la revocación del auto.

**SEGUNDO.**— Existen opiniones doctrinales encontradas sobre la posibilidad del Estado o de la Comunidades autónomas, de repudiar la herencia intestada a la que son llamados.

Consideramos que no existe disposición alguna que obligue a la Comunidad Autónoma de Aragón a aceptar una herencia a la que pueda tener derecho en un caso de herencia deficitaria, como el supuesto examinado. Dos razones avalan nuestra tesis:

1) Consideraríamos una contradicción que los llamados a la sucesión intestada con carácter preferente pudieran repudiar la herencia —por ejemplo, los del art. 529.2-, y no pudiera repudiarla la Comunidad Autónoma.

2) El artículo 535 CDFa refiere: “Sucesión a favor de la Comunidad Autónoma. 1. En defecto de las personas legalmente llamadas a la sucesión conforme a las reglas anteriores, sucede la Comunidad Autónoma. 2. Previa declaración judicial de herederos, la DGA destinará los bienes heredados o el producto de su enajenación a establecimientos de asistencia social de la Comunidad, con preferencia a los radicados en el municipio aragonés en donde el causante hubiera tenido su último domicilio”.

Pues bien, a pesar de que puede parecer imperativa la sucesión de la Comunidad Autónoma por la dicción literal del art. 535.1, razonamos que esta norma debe ponerse en relación con el número 2 de dicho artículo. Es decir, en nuestro caso, el caudal hereditario no ofrece interés a la Comunidad, toda vez que se trata de un caudal hereditario deficitario compuesto por dos deudas hipotecarias. Por ello, según el artículo 535.2 CDF, la DGA no podría cumplir su cometido de destinar los bienes a asistencia social, que es el interés o razón de su sucesión.

Pero además, el artículo 7 del Decreto 185/2014 de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre regulación de las actuaciones administrativas en la sucesión legal a favor de la Comunidad Autónoma de Aragón, refiere que **“1. Obtenido el testimonio de la resolución judicial firme por la que se declare heredera legal de un causante aragonés a la Comunidad Autónoma de Aragón, el Gobierno de Aragón, a propuesta del Consejero competente en materia de patrimonio y mediante Decreto, podrá aceptar la herencia, a beneficio de inventario. 2. Si en la masa hereditaria no figurasen bienes o no se localizaran, o el valor de éstos no superase los gastos de tramitación del expediente, o el valor de las deudas de la herencia, el Gobierno de Aragón mediante Decreto podrá repudiar la herencia, a propuesta del Consejero competente en materia de patrimonio, y previo informe de la Dirección General de Servicios Jurídicos”.**

**TERCERO.**— Por lo tanto, la repudiación de la herencia por la Comunidad deberá verificarse por Decreto, una vez firme la resolución judicial

por la que se declare heredera legal a la Comunidad Autónoma.

Concluyendo, la Comunidad Autónoma está facultada para repudiar —igual que los anteriormente llamados- la herencia que le es deferida abintestato, si bien debe verificarse la repudiación tras el dictado del auto por el que se le declara heredera a esta Administración —en nuestro caso, el auto dictado por el Juzgado objeto de recurso- en la forma que establece el artículo 7 del Decreto 185/2014 de la Comunidad Autónoma de Aragón.”

## 8. DERECHO DE BIENES

### \*\*\* Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 4 de noviembre de 2015. Extinción de servidumbre de paso. Adquisición sin salida a camino público. Cambio de morfología posterior

**“PRIMERO.** Frente a la sentencia de instancia que, estimando la demanda interpuesta por doña C, declara la extinción de la servidumbre de paso que a favor del predio propiedad de los demandados gravaba la finca propiedad de la actora, se alzan ahora aquéllos interesando la revocación de dicha sentencia y el dictado de otra por la que se desestime totalmente la demanda. Alegan los apelantes como motivos de impugnación los siguientes: a) Aplicación indebida del artículo 568 del Código Civil e interpretación errónea de la doctrina jurisprudencial que determina en qué supuestos puede ser considerada una servidumbre como forzosa a efectos de su extinción, pese a que se haya constituido mediante título voluntario; b) vulneración del derecho constitucional de defensa de los derechos patrimoniales de los demandados recogido en el artículo 33,3 de la Constitución Española, ya que, dicen, *“con la resolución recurrida se conculcan los derechos patrimoniales de la parte demandada porque los demandados, en uso de sus derechos, han proyectado y están ejecutando una obra para la que han contado con la existencia de un derecho de paso de naturaleza voluntaria en su favor y ahora, cuando se ha ejecutado la estructura, se hallan con una resolución judicial que les obligaría a demoler un forjado y variar la estructura, así como a prescindir de un derecho de paso rodado vital para la inversión que han acometido”*; c) vulneración del principio jurídico de Derecho Aragonés *“standum est chartae”* y del principio según el cual nadie puede ir contra sus propios actos”; d) vulneración del principio de fe pública registral (artículo. 34 de la Ley Hipotecaria) por cuanto, como adquirentes de buena fe de un inmueble registrado, dicen haberse considerado en todo momento titulares de un derecho de paso acometiendo una cuantiosa inversión en la configuración del nuevo edificio en atención a la existencia de tal servidumbre.

No pueden ser acogidos dichos motivos en aplicación de los artículos 577 a 580 del Código de Derecho Foral de Aragón como se razonará seguidamente.

Para la resolución del presente recurso de apelación debe partirse de la configuración física que han tenido las fincas —dominante y sirviente— a lo largo de la historia de las mismas: a) Con fecha 30 de agosto de 1947 don D (casado con doña A), adquirió mediante escritura pública de compraventa la finca registral 6.847. b) Con fecha 10 de junio de 1948 don D adquirió de don T mediante escritura pública de compraventa —previa segregación efectuada en la misma escritura por el vendedor— la finca registral 6.984. Así, la propiedad de don D pasa a tener 3.526 metros cuadrados, teniendo dicha parcela una importante pendiente de Norte a Sur, con un muro o escarpe de terreno en el Sur con el límite de la entonces Rambla Arrabal (hoy calle Bajo los Arcos) por la que discurría un camino. En el lateral Oeste (actual calle de Los Baches) había una vaguada que recogía las aguas desde el Asilo de San Nicolás de Bari y la margen derecha de la carretera Teruel-Alcañiz (hoy calle Miguel Ibáñez). Dichos terrenos tenían un uso agrícola. c) El 26 de junio de 1950 se realizó una declaración de obra nueva en la finca 6.847 y se ejecutaron construcciones industriales y de vivienda. El uso de las dos parcelas era industrial o de servicios con almacenamiento de maderas. Se construyeron muros de cerramiento y se accedía por dos puertas que daban por el Este a la calle Bajo los Arcos nº 10 y por el Oeste calle Los Baches nº 11. d) Durante los años 1980-1990 se pavimentó el tramo de la calle Los Baches con el que limitaba por el Oeste la parcela 6.984, ejecutando para salvar el desnivel unas escaleras. Pero esta situación no modificó la morfología de ninguna de las dos parcelas, ni la 6.847 ni la 6.984. De tal forma que eran necesarias las puertas existentes en la primera de ellas para acceder a la segunda. e) El 18 de octubre de 1989 doña C adquirió estas dos parcelas por herencia. f) El 25 de junio de 1991 la Sra. R vendió a R la finca 6.984, que por escritura pública de compraventa de 7 de enero de 1998 fue adquirida por . En dicho momento esta finca carecía de acceso a vía pública ya que estaba delimitada por muros tanto a la calle Bajo los Arcos con una altura sobre ella entre 2 y 3 metros como a la calle Los Baches con una altura similar hasta las escaleras desde la calle Bajo los Arcos y de 1 a 1,50 metros en el resto; el acceso en la zona de menor muro era dificultoso por lo estrecha que es la calle Los Baches. Así, en la escritura pública se hicieron constar como accesos a la misma las dos puertas indicadas (por el Este en la calle Bajo los Arcos nº 10 y por el Oeste Calle Los Baches nº 11). g) En la actualidad la configuración de la parcela 6.984 ha sido totalmente modificada; se han demolido los muros perimetrales y se ha excavado al nivel de la calle Bajo los Arcos, de tal forma que tiene los siguientes accesos principales: todo el frente de fachada desde la calle Bajo los Arcos; acceso mediante escaleras desde la Calle Bajo los Arcos; a la fachada posterior con una conexión de 6,70 metros de anchura a la calle Los Baches desde la zona alta de las escaleras que resulta sencillo

hacerlo peatonal o para el uso razonable de vehículos ligeros, coches, furgonetas y motos.

De todo lo expuesto se desprende que la finca nº 6.984 fue adquirida por los demandados sin tener salida a camino público, razón por la cual la vendedora hizo constar que el acceso a la misma tenía lugar por las puertas abiertas en la finca nº 6.847. Dispone el art. 579 del Código de Derecho Civil de Aragón: “*Si, adquirida una finca por partición o cualquier otro título, quedare sin salida a una vía pública, el copartícipe o transmitente está obligado a dar paso, sin que, salvo pacto en contrario, proceda indemnización.*” Ahora bien, habiéndose acreditado que ha cambiado la morfología de dicha parcela de tal forma que en la actualidad ya tiene acceso a la vía pública, es de aplicación lo establecido en el artículo 580 de dicho cuerpo legal, teniendo derecho el titular de la finca sirviente a la extinción de la servidumbre.

**SEGUNDO.** No niegan los demandados dicha circunstancia, esto es, la nueva configuración de la finca con salida a camino público, si bien consideran que se trata de una servidumbre voluntaria que fue constituida por la propietaria de las fincas 6.847 y 6.984, cuando enajenó esta última, para que este predio pudiera beneficiarse de la comodidad que suponen los accesos por las dos amplias puertas existentes en la parcela 6.847; es decir, no por necesidad, sino por utilidad entendida en sentido amplio incluyendo también la comodidad, proporcionando a la finca de los apelantes una seguridad y una facilidad que no podrían conseguir de otro modo.

Sin embargo, no existe prueba alguna de ello. Únicamente consta en autos que la actora se limitó a dar paso a la vía pública a la parcela que estaba enajenando ante la falta de uno propio, sin que exista razón alguna para considerar (a diferencia de lo que exponen los apelantes) que el hecho de que los dos accesos fueran amplios y conectaran con dos calles distintas convirtieran la obligación impuesta por el artículo 579 del Código de Derecho Foral de Aragón en una servidumbre voluntaria que vincule a la enajenante incluso después de tener la finca vendida acceso directo a dos calles diferentes.

Las alusiones que hacen los recurrentes a la vulneración del derecho constitucional de defensa de sus derechos patrimoniales y a la vulneración del principio jurídico de Derecho Aragonés “*standum est chartae*” no tienen base alguna, ya que la sentencia apelada no les sustrae de un derecho real de servidumbre sin justificación alguna sino en aplicación de la Ley, a la vista del contenido de la escritura pública de compraventa y considerando las circunstancias concurrentes a las que ya nos hemos referido. Tampoco se ha vulnerado el principio de fe pública registral porque la servidumbre de paso que extingue la resolución de instancia no está inscrita en el Registro de la Propiedad.

Por otra parte, dicen los apelantes que “*con la resolución recurrida se conculcan los derechos patrimoniales de la parte demandada dado que, los demandados, en uso de sus derechos, han*

proyectado y están ejecutando una obra para la que han contado con la existencia de un derecho de paso de naturaleza voluntaria en su favor y, ahora, cuando se ha ejecutado la estructura, se hallan con una resolución judicial que les obligaría a demoler un forjado y variar la estructura, así como a prescindir de un derecho de paso rodado vital para la inversión que han acometido". Añaden que "el perjuicio que supondría verse privados del acceso a la parte posterior de su finca sería de un valor tremendo, muy superior a la cuantía de esta litis, cuantía fijada de contrario en 6.500 €". Pues bien, el perjuicio que pueda suponer a los apelantes el hecho de no poder disponer ya de los pasos de que gozaba la finca de su propiedad cuando ésta no tenía salida a ninguna calle no puede ser óbice para la aplicación de la Ley. Los demandados confiaron en una situación jurídica, la existencia de una servidumbre voluntaria permanente a su favor, que no es tal. Las expectativas que hayan podido hacerse respecto a la construcción que han comenzado a ejecutar en su parcela no justifican el mantenimiento de una servidumbre que no tiene fundamento legal."

### \*\*\* Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 2 de diciembre de 2015. División de cosa común. Prescripción de la acción. Actos interruptivos

**"PRIMERO.**— D. Carlos Enrique recurre en casación la sentencia dictada por la secc. 5ª de la AP de Zaragoza, que desestima el recurso de apelación interpuesto contra la dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 15. Invoca un único motivo de casación, en el que afirma infracción del art. 310 CDFA en relación con el art. 1973 CC por haber dado lugar a la demanda pese a que la acción ejercitada en ella había prescrito.

La actora, D.ª Amelia, le reclamaba la suma de 23.864'42 € como compensación por el enriquecimiento injusto que habría tenido por consecuencia de las cantidades pagadas por ella para la adquisición de la vivienda privativa de él, y del mobiliario que permanece en dicho inmueble y que utilizaron en ella durante el tiempo que duró la convivencia extramatrimonial, que se extendió desde el mes de enero de 2004 hasta finales del año 2012, a lo que el demandado opuso prescripción, afirmando que la extinción de la relación se produjo en el mes de septiembre de 2012, y que no hubo reclamación alguna anterior a la presentación de la papeleta de conciliación el día 12 de mayo de 2014, que precedió a la demanda presentada el día 21 de julio siguiente.

La sentencia de primera instancia fijó como datos de hecho relevantes al efecto, que declaró probados: 1) que la convivencia se prolongó hasta el mes de diciembre de 2012, en que cesó por mutuo acuerdo; 2) que entre julio y septiembre de 2013, y por medio de un tercero (Sr. V.), la actora reclamó o intentó negociar con el demandado el pago de las cantidades que creía le correspondía por consecuencia de la ruptura; 3) que el despacho de abogados al que la actora confió

su defensa remitió una carta de reclamación al demandado en el mes de noviembre de 2013; y, finalmente, 4) que la actora presentó papeleta de conciliación el día 12-5-2014.

Como se dice, la demanda fue presentada el día 21 de julio de 2014.

El juzgador de primer grado entiende que la prescripción, iniciada en el mes de diciembre de 2012, fecha de la extinción de la pareja, quedó interrumpida por las reclamaciones que mediaron hasta la interposición de la demanda, que tiene como probadas, de acuerdo con lo establecido en el art. 1973 CC, lo que habría impedido el transcurso del plazo del año establecido en el art. 310 CDFA.

Por su parte, la sentencia de apelación, que expresamente acepta los fundamentos de la sentencia recurrida, establece como afirmaciones clave de su decisión: 1) que la relación de pareja finalizó en el mes de diciembre de 2012, por razón de acuerdo entre los convivientes de tal fecha, según lo previsto en el art. 309.1.b) CDFA; 2) que ha sido probado que el despacho de abogados al que la actora había confiado su defensa había cursado una carta al demandado en la que le reclamaba el pago de la correspondiente indemnización; y 3) que dicha reclamación habría producido la interrupción del plazo señalado en el art. 310 CDFA de acuerdo con lo prevenido en el art. 1373 CC, como entendió el juzgador de primer grado, por todo lo cual desestima la apelación.

**SEGUNDO.**— El recurso de casación se funda en único motivo: vulneración del art. 310.2 CDFA en relación con el art. 1973 CC, al no haber sido apreciada la excepción de prescripción. A tal efecto el recurrente sostiene que 1) el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción comenzó el mes de septiembre de 2012, fecha en que afirma que se produjo la extinción de la pareja; y, 2) que la carta remitida por el despacho de abogados al que la sentencia de apelación anuda la interrupción del plazo señalado en el 310.2 CDFA no puede tener tal efecto por no haber sido acreditada su recepción por el destinatario.

**TERCERO.**— La recurrida sostiene -art. 485 LEC, párrafo segundo- la inadmisibilidad del recurso, pues a su parecer la invocación del art. 310 CDFA como infringido es meramente instrumental, y que en verdad la norma que se dice vulnerada es el art. 1973 CC, en tanto que lo que se discute es si la interrupción del cómputo del plazo señalado en el primero de los artículos es no acorde con lo preceptuado en el segundo.

Afirma la recurrida que, de este modo, lo que el recurrente pretende es servir de un recuso de casación foral porque tiene vedado el de derecho común de acuerdo con las normas de la LEC.

Pues bien, en el presente caso, lo que se discute es si ha transcurrido o no el plazo señalado en el art. 310 CDFA. El hecho de que para decidir tal cuestión se haga necesario no solo determinar el *dies a quo*, que de acuerdo con dicha norma se corresponde con el de la extinción de la pareja,

sino también acudir a una norma de derecho común, como el art. 1973 CC, a lo que da lugar es a una cuestión mixta que abarca la aplicación de normas de derecho común y foral, lo que sujeta la casación a las normas de casación foral de acuerdo con lo prevenido en el art.478 LEC.

No discute la recurrida que de acuerdo con la ley 4/2005 sobre casación foral aragonesa la sentencia impugnada es susceptible de casación por cuantía, al hallarse conformes las partes en que supera la suma de 6.000€.

En consecuencia, hemos de rechazar la inadmisibilidad alegada por la parte recurrida en su escrito de oposición al recurso.

**CUARTO.**— Por lo que se refiere al día inicial del cómputo, y sentado que conforme al art. 310 CDFA se corresponde con el de la extinción de la pareja, sostiene el recurrente frente a las sentencias de ambas instancias que la extinción se produjo por su decisión unilateral en el mes de septiembre de 2012, y no de común acuerdo en el siguiente mes de diciembre.

Pues bien, es cierto que el art. 309.1.C) del CDFA dispone que la pareja no matrimonial se extingue por decisión unilateral, pero para que tal efecto se produzca es preciso que quien la haya tomado la notifique fehacientemente al otro, tal y como exige el art. 309.2 CDFA, y ninguna de las sentencias establece como hecho probado ni que el recurrente hubiera decidido la ruptura en el mes de septiembre de 2012, ni que ésta hubiere sido notificada a la recurrida. Muy al contrario, lo que la primera de las sentencias señala es que el cese de convivencia que tuvo lugar en dicho mes no respondía a una ruptura, sino a un período de crisis propio de toda unión. Tal conclusión de hecho no ha sido impugnada por la vía de infracción procesal, por lo que permanece incólume en casación, lo que conduce necesariamente a la desestimación del motivo por desconocer los hechos probados en la instancia, de acuerdo con una consolidada doctrina jurisprudencial que recoge la STS de 29 de junio de 2015, nº Sentencia: 417/2015 | Recurso: 1440/2013:

*La función de la casación no es de tercera instancia, sino de control de la aplicación de derecho a la cuestión de hecho, que es incólume en casación, tal como han afirmado innumerables sentencias, como las de 25 junio 2010, 5 mayo 2011, 4 abril 2012, 6 mayo 2013, 24 octubre 2014 . Lo cual lleva consigo la proscripción de hacer supuesto de la cuestión; es decir, dar por probados hechos que no han sido declarados así por la sentencia de instancia o prescindir de los que sí han sido declarados probados: sentencias de 6 octubre 2011, 19 abril 2013, 11 junio 2013, 6 febrero 2015 .*

**QUINTO.**— En lo que toca a la interrupción del plazo de prescripción, pese a lo que se arguye en el recurso, no cabe reducir los actos interruptivos a uno solo de los tres estudiados en la primera instancia en razón de que la sentencia de apelación tan solo hizo referencia a uno de ellos, pues, como hemos dicho más arriba, la sentencia

de segundo grado acepta expresamente los fundamentos de la sentencia apelada.

Ya queda señalado que son tres los actos a los que en la primera instancia se atribuye el efecto de interrumpir la prescripción iniciada en el mes de diciembre de 2012. La sentencia de apelación se contenta con reconocer tal efecto a la carta que tiene por *cursada* por el despacho de abogados al que la actora había confiado su defensa en el mes de noviembre de 2013, y por ello no estudia los demás actos interruptivos; pero la de primer grado atribuye tal efecto también a una reclamación verbal que dicha parte hizo al demandado a través de un tercero en julio/septiembre de 2013, y a la papeleta de conciliación presentada el 12 de mayo de 2014.

Comenzando por la carta de mención, no podemos sino compartir los razonamientos del recurrente de que no es bastante para la interrupción de la prescripción, pues es doctrina jurisprudencial la que afirma que tal declaración que la produce es de las recepticias, y exige que llegue a conocimiento del destinatario o que no haya llegado a él por culpa o hecho a éste imputable; esto es, exige actos concretos de carácter recepticio como se ha ocupado de señalar la jurisprudencia en SS tales como 1ª del 29 de mayo de 2009, nº 414/2009, Recurso 2745/2004.

*La eficacia de la interrupción depende de una declaración de voluntad recepticia por parte del acreedor, que, además de la actuación objetivamente considerada, impone que la misma haya llegado a conocimiento del deudor (SSTS 13 octubre 1994; 9 de octubre 2007)*

En el caso, la sentencia tan sólo declara como hecho probado que la carta fue “cursada” por una empleada del despacho de abogados, por lo que no basta al efecto interruptivo que le son atribuye.

Otra cosa cabe decir de la reclamación por medio de tercero, que debe ser examinada también en aplicación de la doctrina sentada por el TC en su sentencia 73/2009, que impone el examen de las cuestiones afirmadas por el recurrido en su escrito de oposición que insistan en lo alegado en la instancia, y que no pudo defender vía recurso por falta de gravamen.

En primer lugar, de acuerdo con el art. 1973 CC, las reclamaciones susceptibles de producir la interrupción no se limitan a las judiciales, sino que también la producen las extrajudiciales, sin que éstas se hallen sometida a exigencia instrumental o de forma alguna, según una doctrina jurisprudencial que aparece recogida *in extenso* en la STS de 21 de julio de 2008, nº 746/2008, recurso nº 698/2002, con criterio que también recoge la posterior sentencia nº 596/2012, recurso 692/2010:

*La interrupción de la prescripción es una forma de mantener la vigencia del derecho, porque el efecto extintivo propio de la prescripción deja de producirse cuando se demuestra que se ha ejercitado la acción o reclamado el derecho antes de la llegada del plazo. El Código civil prevé tres formas de interrupción, de acuerdo con el artículo*

1973 CC: a) la reclamación judicial; b) la reclamación extrajudicial, y c) cualquier acto de reconocimiento de deuda efectuado por el deudor. En este recurso sólo interesa la segunda opción.

El Código Civil introdujo la reclamación extrajudicial como forma de interrumpir la prescripción. Constituye un acto de naturaleza conservativa que tiene como finalidad la defensa del mismo derecho, por lo que no puede hablarse de interpretación extensiva, como hace el recurso, cuando se considera que se ha producido un auténtico acto de interrupción, puesto que se trata de un acto ligado al principio de defensa; lo que debe determinarse es, pues, si dicha interrupción tuvo o no lugar.

Para llegar a las correctas conclusiones en el presente litigio, debemos partir de lo siguiente:

Para que se produzca una interrupción extrajudicial no se requiere que se formulen las reclamaciones por escrito ni que asuman ninguna forma; otra cosa será la prueba de que se haya efectuado el acto interruptivo, pero no debe confundirse la dificultad de prueba con la forma de determinados actos y así la jurisprudencia ha entendido que este tipo de reclamación puede adoptar formas diversas, como cartas reclamando daños (SSTS 11 febrero 1966, 11 marzo 2004), o reclamaciones efectuadas según un mandato verbal por un abogado "en nombre de mis clientes" (STC de 18 enero 1968). En la sentencia de 27 junio 1969 esta Sala entendió que "a los efectos interruptores de la prescripción son eficaces tanto los actos del titular de la acción como los de quien ostente la debida representación" y entendió que el abogado tenía las mismas facultades que el procurador; la sentencia de 10 marzo 1983 dice que "La sentencia recurrida [...] afirma categóricamente la existencia de conversación mantenida a la búsqueda de un acuerdo entre las partes en la misma fecha del acto mencionado así como «contactos telefónicos entre los Letrados de ambos litigantes que tuvieron lugar con posterioridad» animados de igual designio, conductas que valora como actos interruptivos por ejercicio extrajudicial del derecho"; la sentencia de 14 diciembre 2004 admite que una carta interrumpiera la prescripción. Como resumen de la doctrina de esta Sala, debe citarse la sentencia de 27 septiembre 2007 que afirma: "[C]ierto es, como plasma la Sentencia de 6 de febrero de 2007, que esta Sala ha venido sosteniendo «que el artículo 1973 del Código Civil, no avala una interpretación rigurosa y formalista de lo que ha de entenderse por reclamación extrajudicial a los efectos de interrupción de la prescripción, y así en Sentencia de 22 de noviembre de 2005 se expuso que nuestro Código Civil, en el mencionado artículo 1973, "no exige fórmula instrumental alguna para la reclamación extrajudicial, como medio para interrumpir la prescripción por lo que cualquiera de ellos, puede servir para tal fin», pero tampoco debe ignorarse que, siguiendo una importante corriente doctrinal, esta cuestión lo que puede plantear, como ocurre en este caso, es un problema de prueba (de la existencia de la reclamación y de su fecha) y no

un problema de forma, es decir, que una cosa es que la forma de la reclamación no sea relevante a la hora de que produzca efectos interruptivos, y otra, que realmente se haya acreditado la existencia de tal reclamación como acto interruptivo, cuestión ésta de indudable carácter fáctico [...]".

2º La interrupción no requiere forma especial alguna, aunque es evidente que deberá ser objeto de prueba; así la citada sentencia de 10 marzo 1983 dice que "[...] Una petición de esta índole, en cuanto acto volitivo de reclamación a la persona obligada, según palabras de la sentencia de 6 diciembre 1968, existirá siempre que el titular del derecho muestre inequívocamente al sujeto pasivo su decisión de obtener el pago, sin que sea menester la personal intervención de los interesados, pues también en esta materia operan las reglas del mandato representativo, con plena eficacia aunque sea verbal, según han declarado las sentencias de 18 enero 1968, 27 junio 1969 y 10 octubre 1972, y no cabe poner en duda la trascendencia que revisten como reclamación del titular frente al obligado las repetidas gestiones del Letrado actor, que obra siguiendo las instrucciones de su cliente y en beneficio de éste, cerca del que lleva la dirección técnica del demandado, buscando una composición amistosa en la cifra del pretendido resarcimiento". En el mismo sentido la sentencia de 14 diciembre 2004 señala que "El art. 1973, al dar eficacia interruptiva de la prescripción al requerimiento extrajudicial, no exige que haya de tener forma determinada". (Ver asimismo SSTS 22 noviembre 2005 y 6 febrero y 27 septiembre 2007). Por tanto, probada la reclamación extrajudicial, se producirá interrupción de la prescripción, que existirá siempre que el titular del derecho demuestre al sujeto pasivo su voluntad inequívoca de reclamar el daño, con independencia de la forma utilizada para reclamarlo, al admitir el Art. 1973 CC la reclamación extrajudicial como forma de interrumpir la prescripción extintiva.

En la instancia ha sido declarado probado que en julio/septiembre de 2013 la actora llevó a cabo reclamaciones o intentos de negociación por medio de un tercero con el demandado, y esta Sala, haciendo uso de las facultades de integración de los hechos fijados en la instancia (SSTS nº 451, Recurso 1.296/1991, y nº 622/2008, Recurso 1776/2001), precisa, de acuerdo con lo manifestado por el Sr. V. durante su interrogatorio en juicio, que tales intentos consistieron en tres mensajes telefónicos dejados por el testigo en el buzón de voz del demandado en el mes de julio de 2013, en el que le hacía saber las pretensiones de la actora a fin de aclarar las condiciones económicas de la ruptura, y en una conversación personal habida entre testigo y demandado en el mes de septiembre siguiente en que el primero reiteraba tales pretensiones al segundo.

Los mensajes telefónicos dejados en el buzón de voz no son por sí solos suficientes para producir la interrupción del plazo de prescripción comenzado en el mes de diciembre de 2012 con la ruptura por no asegurar su recepción, pero sí lo es

la convesación personal posterior de acuerdo con la jurisprudencia que se deja reseñada, máxime si se tiene en consideración la restricción con que ha de ser aplicada la interrupción extintiva por no responder a elementos de justicia material, y la pluralidad de actos que demuestran la voluntad de conservar el derecho. Tal y como de dice en la STS 596/2012 mas arriba citada:

*La jurisprudencia de esta Sala en materia de prescripción de las acciones declara tanto la necesidad de una interpretación restrictiva del instituto de la prescripción en aras al principio de seguridad jurídica como los supuestos en los cuales se entiende interrumpida dicha prescripción, en favor del titular del derecho; así no solo con la presentación de la demanda sino también con otros actos procesales tendentes a preparar la acción o para obtener la satisfacción del derecho pretendido y que revelan una voluntad claramente conservativa del mismo (SSTS de 12 de noviembre de 2007; 16 de febrero 2012).*

En consecuencia, procede la desestimación del motivo y con él del recurso en el que se hace valer."

**\*\*\* Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 23 de diciembre de 2015. Deslinde y amojonamiento de monte público. Acción reivindicatoria. Presunción de posesión. Adquisición a título gratuito. Usucapación**

**"PRIMERO.— Hechos relevantes.**

1. En el caso debatido se han ejercitado las acciones de deslinde y amojonamiento y reivindicatoria.

2. En la demanda interpuesta los demandantes afirman su propiedad sobre la finca discutida, una masía denominada "A.", identificada como parcela 26 del polígono 39 del término municipal de P., que figura inscrita a su nombre en el Registro de la Propiedad de Mora de Rubielos (Teruel).

Sostienen que al realizarse el deslinde y amojonamiento del monte público, aprobado por Decreto del Ministerio de Agricultura de fecha 10 de mayo de 1984, se incluyó dentro de su perímetro la parcela reivindicada, cuando la misma era de su propiedad y así constaba inscrita en el Registro de la Propiedad.

En el Hecho Segundo de la demanda se reconoce que "el demandado Ayuntamiento de P., viene poseyendo parte de la finca descrita en el hecho primero, y en lo que respecta a la que era Parcela 7 del Polígono 39, ahora Parcelas 26 y 27 del Polígono 39, como consecuencia de una serie de errores en cuanto a la delimitación del Monte de Utilidad Pública nº 198 "El Pinar (...)".

La demanda termina suplicando se dicte sentencia en la cual se establezca que los demandantes son los propietarios de la finca y se determine la devolución de la posesión por el demandado.

3. El monte de utilidad pública catalogado, denominado "El Pinar", figura inscrito a favor del Ayuntamiento de P., en cuanto a la totalidad del pleno dominio, en el Registro de la Propiedad de

Mora de Rubielos, en virtud de certificación del art. 206 LH, siendo la fecha de la inscripción de 6 de mayo de 1968 (tomo 78, libro 5, folio 87).

**SEGUNDO.— Sentencia de primera instancia.**

4. La sentencia de primera instancia, analizando la prueba practicada, afirma que la inclusión de la parcela 26 del polígono 39 dentro del Monte de Utilidad Pública nº 198 no obedeció a un error. También considera acreditado que los demandantes "tuvieron conocimiento del deslinde, de que su masía había sido incluida en el Monte y que pese a ello se aquietaron y no atacaron tal actuación". Por el contrario, presentaron reclamaciones al deslinde respecto de otra finca de su propiedad distinta de la hoy discutida.

Concluye la resolución entendiéndose que no ha resultado suficientemente acreditado el título invocado por la parte actora para que pueda ser estimada su demanda, "y ello sin necesidad de entrar en otras cuestiones tales como la presunción posesoria a favor de la Administración posesoria y la aplicabilidad de la institución de la usucapación a su favor"; imponiendo las costas a los demandantes.

**TERCERO.— Sentencia de apelación.**

5. La sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, de fecha 5 de mayo de 2015, considera probado en su Fundamento Jurídico II, "... que la inclusión de la finca rústica A. en el MUP 198 El Pinar, se produjo como consecuencia del deslinde y amojonamiento llevado a cabo por la Administración sobre dicho monte, que se inició en fecha 4 de septiembre de 1967, en que fue declarado el estado de deslinde, y concluyó por Decreto del Ministerio de Agricultura de 10 de mayo de 1984. El apeo tuvo lugar en el año 1970, incluyendo entre las piquetas 368 a 370 la referida masía, y del mismo tuvieron conocimiento los entonces propietarios, que ni en ese momento ni en ningún otro posterior efectuaron alegación en contra de la exclusión, ni hicieron uso de los mecanismos administrativos o jurisdiccionales para impugnar la misma".

6. La resolución entiende que con la aprobación del deslinde en el año 1984 quedó definido el estado posesorio de la finca reivindicada a favor de la Administración, tanto en aplicación del art. 47 de la Ley 15/2006, de 28 de diciembre de Montes de Aragón, como de la Ley de Montes de 1957 y su Reglamento de 1962, que establecen una presunción de posesión a favor de la entidad administrativa titular del monte que se incluye en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública. Como desde entonces han transcurrido más de veinte años, se ha consumado la prescripción adquisitiva del dominio a favor de la entidad poseedora, en aplicación del art. 1957 del Código Civil, teniendo en cuenta que la adquisición se produjo con justo título, buena fe, y conocimiento de los supuestos propietarios.

Considera la sentencia que, aun cuando la finca discutida se encuentra inscrita en el Registro de la Propiedad desde 1958 a nombre de los actores, dicha inscripción debería haber sido rec-

tificada a partir de la aprobación del deslinde, por resultar contradictoria, habida cuenta que el título de dominio ostentado por los propietarios de aquella no les confiere la condición de terceros hipotecarios, conforme al art. 34 de la Ley Hipotecaria, toda vez que se trata en todo caso de adquisiciones a título gratuito, de un primigenio título de dominio constituido por una declaración unilateral de parte.

Se concluye que, en tales condiciones no puede prosperar la acción reivindicatoria ejercitada en la demanda, desestimándose el recurso de apelación; con imposición de las costas de la segunda instancia.

#### **CUARTO.— Recurso de casación.**

7. El segundo motivo de casación, único de los admitidos, se interpone al amparo del art. 477.3 segundo párrafo LEC, referido a la existencia de interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del TSJ sobre normas de derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente, y art. 2.1º de la Ley 4/2005 sobre la Casación Foral Aragonesa, que la admite cuando la cuantía del asunto exceda de tres mil euros o sea imposible de calcular ni siquiera de modo relativo.

Se entienden vulnerados por la sentencia recurrida los arts. 47 de la Ley de Montes de Aragón y los arts. 34 LH y 1957 CC, en relación con el precepto anterior. También se mencionan los arts. 35 y 38 LH.

#### **QUINTO.— Efectos del deslinde administrativo.**

8. Alegan los recurrentes que la sentencia dictada por la Audiencia Provincial contradice la doctrina fijada en la STS, Sala 1º, de 31 de diciembre de 2002 (recurso de casación 1872/1997), en la aplicación que realiza de los arts. 34 LH y 1957 CC, al atribuir la titularidad de la finca discutida al Ayuntamiento de P. como consecuencia del deslinde efectuado.

La referida sentencia del Alto Tribunal, resolviendo sobre la discrepancia entre el titular registral y el Ayuntamiento, que había incluido las fincas en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública, viene a establecer, con arreglo a la Ley de Montes de 1957, que dicho título administrativo no otorga por sí la propiedad de las fincas, sino, tan solo, una presunción de su posesión por el Patrimonio Forestal del Estado o por la Entidad pública a cuyo nombre figure.

En igual sentido se pronuncian sentencias posteriores, como la más reciente STS 389/2014, de 6 de noviembre (recurso casación 1344/2012), que declara, también aplicando la Ley de Montes de 8 de junio de 1957, que la inclusión de un monte en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública y su posterior deslinde, de eficacia solo administrativa, otorga una mera presunción posesoria sin incidencia directa en el conflicto de titularidades, o el carácter demanial de la finca enclavada, que deberá ser resuelto mediante los cauces pertinentes.

9. Esta doctrina jurisprudencial es conforme, no solo con la Ley de Montes de 1957, sino con la actual, Ley 43/2003, de 21 de noviembre que, en lo referente a la inclusión de un monte en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública, establece en su art. 18 que no prejuzga ninguna cuestión de propiedad, pero constituye una presunción de posesión a favor de la entidad a la que el catálogo otorga su pertenencia. A su vez, y por lo que a la práctica del deslinde se refiere, el art. 21.6 dispone que el deslinde aprobado y firme supone la delimitación del monte y declara con carácter definitivo su estado posesorio, a reserva de lo que pudiera resultar de un juicio declarativo de propiedad.

10. Similar redacción presenta la actual Ley de Montes de Aragón, Ley 15/2006, de 28 de diciembre, que en su art. 14.1 establece que la inclusión en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública no prejuzga ninguna cuestión de propiedad, pero constituye una presunción de posesión a favor de la entidad pública a quien aquel asigna su pertenencia. Y en el art. 47.1. a) que la orden aprobatoria del deslinde, una vez firme en vía administrativa, delimita el monte de titularidad pública y declara con carácter definitivo su estado posesorio, a reserva de lo que pudiera resultar de un juicio declarativo de la propiedad.

11. Por lo expuesto, resulta claro que la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel en modo alguno infringe la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, ni la regulación legal, puesto que con mención de la Ley de Montes de 1957 y la actual Ley de Montes de Aragón, de 2006, parte de la premisa de que, tanto la inclusión de la finca discutida en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública, como la orden aprobatoria del deslinde de 1984, tan solo vienen a establecer una presunción de posesión a favor del Ayuntamiento de P., sin prejuzgar la titularidad de la finca que, como después se verá, se resuelve acudiendo a la prescripción adquisitiva.

#### **SEXTO.— Posesión de la finca y prescripción adquisitiva.**

12. Alegan los recurrentes en su recurso que son titulares registrales a los que se niega la posesión real que han venido ostentando.

Como se ha indicado, la inclusión en el catálogo y la orden aprobatoria del deslinde tan solo establecen una presunción posesoria, al igual que la inscripción en el registro de la propiedad genera a favor del titular inscrito las presunciones posesorias de los arts. 35 y 38 LH. En todos estos casos se produce una inversión de la carga de la prueba que deberá desvirtuar la parte contraria. Por tanto, frente a la presunción posesoria cabe acreditar la posesión real, tal como sucede en este caso a favor del Ayuntamiento demandado.

13. En primer lugar, constituyen hechos probados de la sentencia recurrida —que no han sido modificados— que “el apeo tuvo lugar en el año 1970, incluyendo entre las piquetas 368 a 370 la referida masía, y del mismo tuvieron conocimiento los entonces propietarios, que ni en ese momento ni en ningún otro posterior efectuaron alegación

en contra de la exclusión, ni hicieron uso de los mecanismos administrativos jurisdiccionales para impugnar la misma". Resulta claro que la práctica del apeo en el procedimiento de deslinde, con la colocación de piquetas incluyendo la finca hoy discutida dentro del monte de utilidad pública, con conocimiento y sin oposición de los demandantes, supone un acto de posesión real por parte del Ayuntamiento de P.

Así viene configurando la jurisprudencia el deslinde, como un acto declaratorio de actos posesorios, estableciendo que «el deslinde declara simplemente la posesión efectiva» dejando a salvo toda cuestión sobre el derecho de propiedad (STS de 23 de junio de 1958); que tales deslindes reflejan únicamente situaciones posesorias (STS de 20 de julio de 1962); que el deslinde nos dice «quién es el que de facto está utilizando efectivamente el predio forestal» [STS de 23 de abril de 1985]; o, todavía de manera más clara, refiriéndose al apeo, que "no se trata en el caso de la presunción posesoria de los arts. 10 de la Ley de Montes y 66 de su Reglamento que otorga la inclusión en el Catálogo y que tiene carácter presuntivo, ni de la de igual naturaleza que establece el párrafo primero del art. 38 de la Ley Hipotecaria, sino de la posesión real que se siguió, conforme al art. 109 reglamentario, por la práctica del apeo" (STS de 11 de julio de 1987).

14. En segundo lugar, y este hecho resulta concluyente, los propios demandantes reconocen en su demanda que el Ayuntamiento ostenta la posesión efectiva de la finca (parcela 26 del polígono 39). Así lo manifiestan en los hechos segundo y octavo de la demanda, por más que ello sea debido, a su entender, a errores en la práctica del deslinde, cuestión que no afecta a la posesión y que, en todo caso, no se ha acreditado en este procedimiento. Y se reafirma con mayor claridad en el suplico, al peticionar que se dicte sentencia en la que se establezca que los actores son los propietarios de la finca y se determine la devolución de la posesión por el demandado.

15. Es por ello que, ostentando la posesión efectiva el Ayuntamiento de P. desde el año 1970 en que se practicó el apeo dentro del procedimiento administrativo de deslinde, en el que recayó resolución aprobatoria en el año 1984, se ha producido a su favor la prescripción adquisitiva prevista en el art. 1957 CC, que exige la posesión durante diez años entre presentes y veinte entre ausentes, con buena fe y justo título, requisitos que reúne la administración demandada, tal como establece la sentencia recurrida.

#### **SÉPTIMO.— Presunciones posesorias de los arts. 35 y 38 Ley Hipotecaria.**

16. Hacen referencia los recurrentes a las presunciones posesorias previstas en los arts. 35 y 38 LH, concluyendo que debería estimarse acreditada la adquisición del dominio de la finca a su favor en virtud de la usucapion "secundum tabulas".

17. Como ya se ha indicado, los mencionados artículos de la Ley Hipotecaria recogen dos presunciones posesorias a favor del titular inscrito,

la denominada usucapion secundum tabulas, y el principio de legitimación registral derivado de la presunción de exactitud del Registro, que pueden ser desvirtuadas por la prueba de la efectiva posesión.

La inscripción registral no es un equivalente de la posesión, sino una prueba inicial de una posesión que se supone efectiva. El titular registral no tiene que demostrar su posesión, le basta con alegarla, y será la parte contraria, que contradice dicha posesión, la obligada a demostrar que el titular registral no posee. Hecha la prueba, la presunción deja de tener efecto.

Como reconoce la STS 454/2012, de 11 de julio (recurso de casación 129/2010), la protección dispensada por el reconocimiento posesorio derivado del art. 35 LH queda establecida, conforme a la usucapion secundum tabulas, "mediante una presunción iuris tantum; de suerte que debe de haberse producido fuera del Registro, aunque resulte presumida por la inscripción. La inscripción por tanto, sirve de refuerzo de una posible usucapion extraregistral, pero de ninguna forma suple o convalida la ausencia o los vicios que puedan presentarse en la configuración de los presupuestos objetivos de la usucapion". O, por decirlo con otras palabras, el titular inscrito no usucape por el hecho de la inscripción: para usucapir es necesario poseer.

18. En el presente caso, el Ayuntamiento demandado, además de estar también favorecido por presunciones posesorias, concretamente las derivadas de la catalogación del monte y de la orden aprobatoria del deslinde, ha acreditado tener la posesión real de la finca discutida. Por ello, careciendo de posesión efectiva los recurrentes, la presunción posesoria que, como titulares registrales les corresponde por los arts. 35 y 38 LH, queda desvirtuada e impide la usucapion.

#### **OCTAVO.— Tercero protegido por el art. 34 Ley Hipotecaria.**

19. Los recurrentes impugnan la afirmación de la sentencia que les niega la condición de terceros de buena fe protegidos por el art. 34 LH. Así, la sentencia recurrida, refiriéndose a uno de los efectos que produce la resolución de deslinde con arreglo a la legislación de montes, ser título suficiente para la rectificación de las inscripciones registrales contradictorias con el deslinde que no se hallen amparadas por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, considera que, aun cuando la finca discutida se encuentra inscrita en el Registro de la Propiedad desde 1958 a nombre de los actores, dicha inscripción debería haber sido rectificadas a partir de la aprobación del deslinde, por resultar contradictoria, habida cuenta que el título de dominio ostentado por los propietarios de aquella no les confiere la condición de terceros hipotecarios, conforme al art. 34 de la Ley Hipotecaria, toda vez que se trata, en todo caso, "de adquisiciones a título gratuito, de un primigenio título de dominio constituido por una declaración unilateral de parte".

A ello se refiere el art. 47 de la Ley de Montes de Aragón cuando, además de establecer que la

orden aprobatoria del deslinde es título suficiente para inmatricular en el Registro, en su número primero, letra d), dispone que también es título suficiente para la inscripción de rectificación de la descripción de las fincas afectadas y la rectificación de situaciones contradictorias con el deslinde que no se hallen amparadas por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, incluyendo el cambio de titularidad y la cancelación de inscripciones registrales. En sentido negativo lo vuelve a decir en su número segundo, "la resolución aprobatoria del deslinde no es título suficiente para rectificar los derechos anteriormente inscritos a favor de los terceros a que se refiere el artículo 34 de la Ley Hipotecaria".

20. En el presente caso, acierta la sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel al indicar que los demandantes no tienen la condición de terceros hipotecarios protegidos por el art. 34 LH. Y ello porque el referido precepto tan solo otorga protección a los adquirentes a título oneroso, señalando en su último párrafo que "los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente".

Basta observar que las inscripciones efectuadas en el registro de la propiedad, a las que se refiere la demanda y el propio recurso de casación, se han practicado en virtud de títulos gratuitos, concretamente a título de herencia o donación. La referencia que contiene el recurso a una inicial compra de la finca, mencionada en la 1ª inscripción y cuya fecha ni siquiera se recoge, carece de toda virtualidad, porque el título que se inscribe no es esa compra, sino una herencia muy posterior."

## 9. DERECHO DE OBLIGACIONES

### \*\*\* Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 23 de enero de 2015. Reclamación de cantidad por gastos hospitalarios. Naturaleza de la deuda. Legitimación. Prueba

**"PRIMERO.**— Reclama la sociedad sanitaria, "G" de Dª M y sus hijos —como herederos de su fallecido padre— la cantidad de 6.545,18 euros, contenido económico de la factura girada como consecuencia de la asistencia hospitalaria recibida por D. G en la clínica Quirón de Zaragoza.

Se oponen los demandados por varias razones. Consideran que la deudora es la aseguradora del Sr. M, la compañía "DKV" y no los demandados. Que esta aseguradora debió de haberse traído a la litis. Falta de legitimación pasiva de la Sra. C, pues firmó la asistencia hospitalaria y médica en nombre de su esposo, pero no como responsable solidaria de la deuda de éste. En todo caso no deberían de ser a cargo de los demandados los días cubiertos por la aseguradora, ni los que se deban a gestiones ajenas a la disponibilidad de actuación y decisión de aquéllos, como los días que tardó en ser trasladado al hospital público "Miguel Servet" de la Seguridad Social.

**SEGUNDO.**— La sentencia de primera instancia estima la demanda, aunque sin condena en costas, pues aprecia situaciones dudosas.

Recurren los demandados, quienes insisten en los argumentos de su contestación y consideran que en algunos extremos ha habido error en la valoración de la prueba.

**TERCERO.**— Por lo que respecta al **defecto litisconsorcial** por no haber llamado al pleito a la aseguradora "DKV", procede confirmar lo resuelto en primera instancia. En efecto, la eficacia que esta sentencia pueda tener en el patrimonio e intereses jurídicos de aquélla son meramente "reflejos"; no directos. Aquí se examina y decide si los demandados adeudan o no a "Q" la cantidad derivada de la asistencia hospitalaria. Prestada exclusivamente por ella al esposo y padre de los demandados. Si entre el paciente y "DKV" había o no cobertura de este objeto (asistencia sanitaria), carece de relevancia respecto a la acción que ejercita "Q", derivada de un arrendamiento de servicios. Es más, si se aceptara la responsabilidad de "DKV", ello no obviaría la del asistido, pues no consta que en la relación jurídica existente entre "Q" y DKV", se produzca una novación subjetiva. Pero tampoco en la relación entre "Q" y el paciente aquélla sustituye a éste frente a la aseguradora. No traslada al asegurado su posición en el contrato de seguro al centro hospitalario. Esta actúa en relación de gestión de cobro entre el paciente y la aseguradora. No sustituye a ésta.

Por ello, aunque hubiera responsabilidad de ambos (asegurador y asegurado) frente al centro hospitalario sería por causas jurídicas diferentes. Lo que excluye **la necesidad** de traer a ambos juntos al mismo procedimiento.

**CUARTO.**— La **legitimación pasiva** de **Dª M** resulta más dudosa.

El primer documento que firma en el servicio de urgencias en ningún momento hace referencia al tercero que acompaña a un paciente que carece de posibilidad de decidir por sí mismo. Es un documento referido explícitamente al "paciente" en primera persona.

Una cosa es el consentimiento médico referido a la salud y que puede otorgarse por representación en determinadas circunstancias (art. 9-3 de la ley de autonomía del paciente 41/2002, de 14 de noviembre) y otra, muy diferente, la asunción personal de los gastos hospitalarios que origine el tratamiento de ese paciente.

Por tanto, el documento de 13-11-2012 no implica a la Sra. C en la satisfacción de esos gastos. A salvo una interpretación en extremo flexible y excesivamente expansiva.

El documento de 16-11-2012, sigue refiriéndose al "paciente" (habla de gastos durante "mi internamiento") como destinatario. Aunque aquí sí que es Dª M la que da un número de cuenta bancaria, afirmando que es de su titularidad; lo que, en el conjunto del documento sí pudiera aceptarse como una asunción de deuda.

Pero, en todo caso, obra en autos el documento notarial de adjudicación de herencia del

fallecido esposo y padre, en el que consta que el régimen que regía entre la demandada y el paciente asistido era el consorcial aragonés. Lo que, a tenor del art. 218 C.D.F.A., supone que estamos ante una deuda de cargo del patrimonio común y que la esposa actuó legítimamente en la gestión de los bienes comunes, según reza el Art. 230-c) del citado C.D.F.A.

Por lo que, en esa condición, está legitimada pasivamente. Y no tanto como **avalista autónoma** de una deuda ajena. Pues tratándose de un consumidor, el profesional que con ella negociaba (en este caso el pago de un arrendamiento de servicios), debió de ser más explícito en el contenido del documento que le pone a la firma. Más aún en una situación de fuerte carga emocional. Pues así lo exige, no sólo la genérica prudencia contractual, sino la explícita regulación de consumidores y usuarios (arts. 20 y 60 del R.D. leg. 1/07, de 16 de noviembre. T.R. de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios).

**QUINTO.**— Por lo que respecta a **la deuda**, la prueba practicada ha dejado ciertos matices sin concretar. Así, la aseguradora aceptó pagar los días de hospitalización. Sin embargo, la factura reclamada no discierne ni distingue esos datos. Por el contrario, hace referencia a todos los días de estancia (13-11 al 18-11). Ciertamente que el abogado de la actora preguntó a la testigo, Sra. B (responsable de la administración de "Q") si la factura sólo recogía lo no asumido por DKV, a lo que contestó afirmativamente. Sin embargo, considera esta Sala que no resulta bastante esa afirmación ante la indefinición de la factura que constituye la base de la demanda.

Habrán, por tanto, que eliminar los gastos atinentes a los días 13, desde los 17,37 h. a la misma hora del día 15.

**SEXTO.**— El día 16, a las 11,36 horas recibe "Q" la negativa, por fax, de "DKV" de asumir más días que los 2 iniciales. Ese mismo día 16 se notifica esta situación a la esposa (por eso firma la discutida asunción de deuda).

La propia responsable de administración, Sra. B admitió que ese mismo día 16 la familia solicitó el traslado al hospital público "Miguel Servet". Lo que parece lógico si tenemos en cuenta la obligación de "Q" de explicarle a la familia del paciente la postura de su aseguradora.

Añade aquella empleada de la actora que si no se trasladó al centro de la Seguridad Social al Sr. M el mismo día 16 fue porque en ese Centro no tenían camas.

Por una parte resulta lógico pensar que ese fuera el interés de "Q". Es decir, derivar al enfermo al lugar solicitado, pues podía existir un problema de cobertura de la asistencia.

Pero, por otra parte, no hay ninguna constancia de la existencia del problema de ausencia de camas los días 16 y 17.

Sin embargo, existe cierta contradicción entre las afirmaciones de la Sra. B. A veces afirma que la familia pidió el traslado el día 16 y otras que el 18. Concluye diciendo que a ella le constaba que pidieran el traslado el 18 y que derivó ese día al

paciente porque ese día había camas libres en el "Miguel Servet".

**SEPTIMO.**— Obviamente, corresponde a la entidad sanitaria documentar datos de esta relevancia asistencial y económica. Si pidieron la derivación el día 18, no tiene sentido decir que no fue antes por falta de camas.

En todo caso, las exigencias propias del art. 1258 del Código Civil, obligarían a la clínica a hacer constar esos datos documentalmente. A ella le corresponde la prueba de tales circunstancias —ex art. 217 LEC—.

No habiéndolo hecho así, habrá que concluir que la petición fue hecha cuando se les expuso la postura de "DKV". Es decir el 16-11. Pues no se adecuaría a la buena fe contractual exigir una garantía de pago y no dar una alternativa.

Y no constando documentalmente el rechazo del hospital público, ni siquiera referencia a que se comunicara verbalmente esta situación a la familia del paciente, habrá que excluir de la factura los días 17 y 18. Pues, habiendo recibido el rechazo de "DKV" por fax a la hora 11'36, es razonable ese lapso de tiempo para comunicar y arbitrar lo necesario para el traslado del paciente.

**OCTAVO.**— Consecuentemente, únicamente procede la condena al pago de los conceptos de la factura relativos al día 15 a partir de 17'37 horas y el día 16. Con exclusión del resto de conceptos. Es decir, un día y medio.

Por tanto, si han facturado 5 días (4 enteros y 2 medios), con los únicos elementos que posee este tribunal, la cuantía a pagar será de **1.963,55 euros.**"

### **\*\*\* Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 6 de febrero de 2015. Titularidad dominical de fondo de inversión. Obligaciones del depositario**

**"PRIMERO.**— La cuestión que se plantea en el presente litigio hace referencia a la titularidad dominical de un Fondo de Inversión de Valores suscrito con la entidad "I" por la madre, D<sup>a</sup> M y sus hijos.

Considera la actora, D<sup>a</sup> C, que el principal invertido en esa cuenta de valores pertenecía por terceras e iguales partes a los firmantes del contrato.

Por ello, reclama de su hermano la tercera parte, pues éste —al fallecimiento de la madre y como heredero único— no sólo se hizo con el tercio perteneciente a ésta y con el suyo, sino también con el tercio de su hermana, ahora demandante.

También demanda a la entidad financiera por haber permitido que su hermano se hiciera con el tercio de la actora, extrayéndolo de dicho Fondo, una vez fallecida la madre común.

**SEGUNDO.**— La sentencia de primera instancia desestima la demanda y recurre la demandante, reiterando los argumentos que expuso tanto en la demanda como en la Audiencia previa. Imputando a la sentencia apelada errónea

valoración de la prueba y aplicación incorrecta de determinados principios jurídicos.

**TERCERO.**— A este respecto es preciso partir de una base doctrinal ya reiterada en nuestra jurisprudencia. La cotitularidad de un depósito o contrato bancario no significa la cotitularidad del numerario depositado. Con independencia de las diferencias que pueda haber entre contratos bancarios o financieros, dicha doctrina alcanza a todos aquellos en los que hay un depósito inicial y en el que pueden ser nombrados varios titulares. Nombramiento que por sí solo no atribuye propiedad alguna. No es título de adquisición ni reconocimiento de la propiedad (art. 609 C.c. a contrario sensu).

Así, la S.T.S. 83/13, de 15-2 señala: *“Es doctrina reiterada de esta Sala que la cuenta corriente bancaria expresa una disponibilidad de fondos a favor de los titulares de la misma contra el Banco que los retiene, no pudiendo aceptarse el criterio de que el dinero depositado en tales cuentas indistintas pase a ser propiedad de uno de ellos, por el solo hecho de figurar como titular indistinto, porque en el contrato de depósito, la relación jurídica se establece entre el depositante, dueño de la cosa depositada, y el depositario que la recibe, no modificándose la situación legal de aquel, en cuanto a lo depositado, por la designación de persona o personas que la puedan retirar. Tales depósitos indistintos no suponen por ello comunidad de dominio sobre los objetos depositados, debiendo estarse a cuanto dispongan los tribunales sobre su propiedad. Por ello, el mero hecho de apertura de una cuenta corriente bancaria, en forma indistinta, a nombre de dos o más personas, lo único que significa prima facie, es que cualquiera de los titulares tendrá frente al Banco depositario, facultades dispositivas del saldo que arroje la cuenta, pero no determina por sí sólo la existencia de un condominio que vendrá determinado únicamente por las relaciones internas y, más concretamente, por la propiedad originaria de los fondos o numerario de que se nutre dicha cuenta (SSTS 31 de octubre de 1996, 23 de mayo de 1992, 15 de julio y 15 de diciembre de 1993, 19 de diciembre de 1995, 7 de junio de 1996, 29 de mayo de 2000, 14 de marzo y 12 de noviembre de 2003).”*

**CUARTO.**— Por lo tanto, habrá que valorar la prueba practicada para determinar si el dinero del mencionado fondo pertenecía a los tres titulares. En este sentido, los argumentos de la demandante resultan contradictorios. O bien el dinero era de los hermanos o de estos y la madre o era sólo de ésta y se lo donó a sus hijos al constituir el Fondo de inversión. Si fue esto último, es evidente que el dinero era de la madre.

**QUINTO.**— Partiendo, pues, del último título esgrimido por la actora, la donación, es preciso adelantar que no hay ningún elemento de prueba que sustente ni el hecho concreto de ese negocio jurídico, ni el *animum donandi*, ni la aceptación de los donatarios.

La testifical de la vecina de la madre, Sra. C, no puede constituir prueba de una donación. Aun

aceptando la veracidad de la testifical. Relata conversaciones con la madre, pero las mismas resultan en alguna medida contradictorias. Le contó que con lo poco que trabajaba y lo que le pagaron tras la muerte por accidente de su primer marido iba tirando y que los hijos le daban dinero, lo que es admitido por estos.

Sin embargo, también le dijo que había vendido el piso para pagar la Residencia en la que se iba a ingresar y que lo que sobrara (ha de entenderse, a su fallecimiento) sería por partes iguales para ambos hijos.

Esto indica, sin duda, un claro concepto de propiedad por parte de la fallecida. Es decir, estaba refiriéndose a un acto de liberalidad en vistas a su óbito. Lo cual nos remite tanto a la herencia como a la donación *“mortis causa”*. Respecto a la primera, queda clara la voluntad de la testadora: todo para su hijo.

En cuanto a la segunda, la interpretación de los arts. 620 y 639 C.civil ha llevado a una doctrina clara respecto a este tipo de donaciones y que recoge la S.T.S. 473/2011, de 17-6. Dice así: *“La donación mortis causa es aquella en que el donante no transmite al donatario la cosa donada en el momento de la donación, sino que éste la adquirirá a la muerte del donante. Prevé, pues, el donante el destino de bienes para después de su muerte, como en el testamento. No pierde el donante la disponibilidad de la cosa donada: puede vender., donarla inter vivos a otro o revocar simplemente aquella donación.”*

*“Es opinión casi unánime de la doctrina científica y reiterada y prácticamente uniforme jurisprudencia de esta Sala la de que la llamada donación “mortis causa”, a que se refiere el artículo 620 del Código Civil (la cual, desde luego, no transfiere al donatario la propiedad de los bienes donados hasta que se produzca la muerte del donante) no puede tener eficacia si no se justifica por los medios que regulan el otorgamiento de las disposiciones testamentarias (Sentencias de 3 de enero de 1905, 24 de abril de 1909, 4 de noviembre de 1926, 8 de julio de 1943, 19 de junio de 1956, 27 de marzo de 1957, 7 de junio de 1960, 23 de febrero de 1963, 28 de octubre de 1965, 7 de enero y 28 de abril de 1975, 7 de noviembre de 1979, 24 de febrero de 1986, 13 de junio de 1994).”*

Por lo tanto, ni hubo las formalidades externas legalmente exigibles y, de haberlas habido, la presunta donación hubiera quedado sin efecto por la voluntad de la propietaria del dinero, al otorgar testamento claramente a favor de su hijo.

**SEXTO.**— En cuanto a la posibilidad de que el dinero invertido fuera de los tres titulares como consecuencia de la colaboración de los hijos con la madre para la compra del piso de cuyo precio salió la inversión y de la indemnización laboral por muerte del esposo y padre recibida en 1958, la prueba resulta aún más endeble.

No existe ningún dato concreto que permita imputar aquella indemnización a la compra del piso de la C/C.

Por otra parte, aunque el Apéndice Foral de 1925 no especifica las obligaciones de los hijos que conviven con sus progenitores, sí lo hacía la Compilación Aragonesa en cuyo art. 11 establece la posibilidad de que los bienes propios de los menores puedan ser utilizados por los padres para atender gastos de crianza y educación. En el mismo sentido el art. 155 Código Civil.

Las aportaciones que los hijos ya mayores de edad y en situación laboral hacían en la casa donde vivían con su madre y aun después de abandonar el hogar materno, no se pueden calificar de participación en el precio del inmueble, sino de colaboración en el sostenimiento de los gastos cotidianos. Lo que pertenece al concepto de derecho de alimentos en sentido amplio.

Menos todavía si tenemos en cuenta que después del fallecimiento del padre común, se compraron dos pisos en Zaragoza que, según relata el demandado, fueron donados por la madre uno a cada hijo, con la compra posterior del definitivo en la C/C, cuya venta propició la generación del Fondo de Inversión con la finalidad expresa (el empleado de Ibercaja fue muy claro al respecto) de pagar la Residencia de la madre.

Rechazando jurídica y fácticamente el argumento de la actora y apelante.

**SEPTIMO.**— Se sigue de ello que “1” no cometió negligencia en el cumplimiento de su obligación de depositario de los valores cuya realización fue entregada a su legítimo titular.”

## 0. OTRAS MATERIAS

### **\*\*\* Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 15 de enero de 2015. Baja obligatoria en sociedad cooperativa. Derechos de reembolso. Extemporaneidad de la pretensión. Diferencia entre capital y patrimonio social**

**“PRIMERO.**— Por sentencia dictada el día 13 de enero de 2014 el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Teruel, con competencia como Juzgado de lo Mercantil, desestimó la demanda presentada por Don Ismael L. S. contra C. F. R., en la que interesaba la condena de la demandada al abono de 355.146,80 €, en concepto de reembolsos como consecuencia de la baja obligatoria y justificada del actor en la sociedad y, en todo caso, lo que se dedujera de su participación en un 25 por ciento en la sociedad demandada.

Apelada la anterior sentencia, la Audiencia Provincial de Teruel, en sentencia del día 15 de abril de 2014, desestimó íntegramente el recurso de apelación, por considerar que la acción ejercitada por el demandante en reclamación de sus posibles derechos económicos al tiempo de darse de baja en la sociedad demandada había sido extemporáneamente deducida, al haber sido formulada antes de ser aprobadas las cuentas del ejercicio del año 2012, en que el demandante se había dado de baja en la cooperativa.

Contra la anterior sentencia se formula el presente recurso de casación, en los términos que han sido expuestos en los anteriores antecedentes de hecho y que, en lo necesario, se concretarán más adelante.

**SEGUNDO.**— Los tres primeros motivos del recurso de casación se dirigen a la reclamación por parte del actor recurrente de su derecho al Fondo de Reserva Voluntario (o remanente, según dice que lo denomina la demandada) correspondiente al ejercicio de 2011. En el primero de los motivos, por entender que el socio puede reclamar lo referido al ejercicio de 2011 con independencia de lo que derive del año 2012. En el segundo, por considerar que debe ser reconocido el derecho del recurrente a los remanentes o reservas voluntarias tras haber quedado cerrado el ejercicio de 2011, aprobado en mayo de 2012. Y en el tercero, por concluir que la cantidad que debe abonarse al actor por la demandada, en referencia al ejercicio de 2011, asciende a 199.976,47 €.

Siendo base de los motivos de impugnación los posibles derechos del actor por relación al ejercicio de 2011, procede el tratamiento conjunto de los tres, ya que, cabe adelantar, las razones para su desestimación no guardan relación con la concreta exposición contenida en cada una de las motivaciones, sino, con carácter general, en no ser reclamable en este procedimiento cantidad alguna correspondiente a tal ejercicio económico del año 2011.

Con carácter previo, y para mayor claridad al tratar todo lo expuesto en el recurso de casación, cabe indicar que los Estatutos Sociales que obran en las actuaciones no prevén la creación, que posibilita el artículo 60 de la Ley de Aragón 9/1998, de 22 de diciembre, de Cooperativas de Aragón, de un Fondo de Reserva Voluntario, por lo que, aun cuando el recurrente emplea tal denominación en ocasiones para referirse a las cantidades que reclama, lo cierto es que aquel Fondo no existe como tal en la sociedad demandada.

**TERCERO.**— Existe una primera razón, de naturaleza procesal, para el rechazo de los tres primeros motivos de recurso de casación, derivada de que la solicitud concretamente referenciada al año 2011 no fue formulada en la demanda presentada, puesto que en ella la petición contenida se refería, en todo caso, a la anualidad y balance del ejercicio en que el actor pidió la baja de la C., esto es, al año 2012. De modo que cuando en el recurso de apelación primero y, luego, en el de casación, el actor esgrime su derecho, pero tan solo respecto del ejercicio de 2011, introduce una cuestión nueva en vía de recurso, en contra de lo previsto en los artículos 216 y 456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto del objeto del proceso y para el recurso de apelación, y del artículo 477 de la misma norma para el recurso de casación.

Al anterior motivo de desestimación se añade un segundo, referido ahora a la causa de pedir de la acción esgrimida y, con ello, a la norma-

tiva aplicable. Debe considerarse que la baja del actor en la s. c., que es el título que ampara su petición, se hace en el año 2012. En consecuencia, y conforme previene el artículo 53 de la Ley de Aragón 9/1998, de 22 de diciembre, de Cooperativas de Aragón, aplicable al caso, el posible reembolso de aportaciones hechas por el cooperativista que causa baja debe valorarse por referencia exclusiva al ejercicio económico en que se da de baja. De modo que el actor tendrá, en su caso, derecho a reintegros conforme a la situación de la sociedad en el año 2012, pero no en el 2011, como ahora pretende.

**CUARTO.**— Aún siendo ya irrelevante a los efectos de desestimación de los tres primeros motivos de recurso, por proceder su rechazo por lo antes expuesto, se considera oportuno, en aras a la mejor atención al derecho a la tutela judicial efectiva, entrar a considerar una tercera razón de desestimación, derivada en este caso de la valoración de ser improcedente el reparto del patrimonio de la sociedad pretendido por el recurrente.

El actor parte de la tesis de que cuando la citada Ley autonómica 9/1998 recoge el derecho del socio que se da de baja al reintegro de sus aportaciones al capital social, tal reintegro comprende una parte del patrimonio social. Esta afirmación confunde lo que es el capital social y el patrimonio de la entidad, cuando de la norma citada resulta con claridad la distinción de uno y otro bloque económico. Al respecto cabe recoger aquí, por su similitud con lo tratado en el caso, la sentencia del Tribunal supremo de número 48/2014, de seis de febrero. Esta resolución, aun referida a la Ley de Castilla la Mancha 20/2002, de 14 de noviembre, recoge principios que rigen el sistema patrimonial previsto para las sociedades cooperativas, tanto en la Ley nacional (Ley 27/1999, de 16 de julio), como en las distintas leyes autonómicas ya que, como la propia sentencia recoge, los principios que inspiran esta materia son comunes a las leyes de cooperativas, que por lo general difieren entre sí tan solo en matices. La equiparación en ese caso es predicable en la cuestión presente respecto de la Ley Aragonesa y la Ley Castellano manchega, por cuanto los artículos de esta última citados en la sentencia de referencia (artículos 68.5, 61.1, 59.2, 61.2 a) de la Ley 20/2002) encuentran su claro equivalente en la Ley de Aragón (artículos 58.2, 53.1 a), 52.2, 53.1 a) de la Ley 9/1998).

La sentencia del Tribunal Supremo, literalmente, en lo que ahora interesa, recoge: "**3.**— *Los principios que informan el régimen económico de las sociedades cooperativas son muy diferentes a los que informan las sociedades de capital.*

*El capital social tiene en la sociedad cooperativa una función muy diferente a la que tiene en la sociedad de capital, de modo que no constituye el criterio básico para atribuir a los socios los derechos políticos y económicos en la sociedad, papel que corresponde a la actividad cooperativizada.*

*Este papel secundario del capital social en la estructura societaria se observa también en el hecho de que el capital social sea variable pues los estatutos han de fijar únicamente un capital social mínimo (...), lo que se conjuga con el principio de "puerta abierta", por el que el socio puede abandonar la cooperativa recuperando sus aportaciones, según el valor acreditado que tengan a partir del balance de cierre del ejercicio social en el que se ha originado el derecho al reembolso (...).* **4.**— *Las leyes de cooperativas, tanto la estatal como las autonómicas, eluden conscientemente utilizar el término "participación" para referirse a la contribución del socio al capital social de la cooperativa, para evitar que pueda entenderse que es titular de una cuota del patrimonio social.*

*Por ello, el socio cooperativista no tiene derecho a un "valor razonable" de su participación en el capital social, consistente en una cuota del patrimonio social de la cooperativa, fijada, a falta de acuerdo, por un experto independiente, como ocurre en el caso de ejercicio del derecho de separación por el socio de una sociedad de capital (art. 353 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital). Tiene derecho al reembolso de las aportaciones obligatorias y voluntarias según el valor acreditado que tengan a partir del balance de cierre del ejercicio social en el que se ha originado el derecho al reembolso (...). Estas podrán haber sido actualizadas respecto de su valor inicial (...). Si existen pérdidas no compensadas, las pérdidas imputadas o imputables al socio, reflejadas en el balance de cierre del ejercicio en el que se produzca la baja, ya correspondan a dicho ejercicio o provengan de otros anteriores, podrán deducirse del valor acreditado de sus aportaciones (...), lo que, junto al plazo de hasta cinco años para hacer efectivo el reembolso, impedirá la despatriarquización de la sociedad cooperativa como consecuencia del reembolso de las aportaciones de los socios que se dan de baja."*

Partiendo, en el caso presente, y como ya se apuntó, de que el actor pretende que la demandada sea condenada a entregarle un 25 por ciento de patrimonio social, debe, conforme a las normas citadas, y siguiendo la interpretación judicial expuesta, rechazarse tal pretensión. Porque el demandante, conforme a lo establecido en el artículo 53 de la Ley de Aragón 9/1998, 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.

**QUINTO.**— El cuarto y último motivo de recurso de casación se refiere al derecho a reembolso que la demanda sí recogía, y que pudiera corresponder al actor por relación al ejercicio del año 2012. Supera así esta concreta petición los dos primeros motivos de desestimación de los que adolecía la petición contenida en los tres pri-

meros motivos de recurso pues, ahora sí, se interesa lo que la demanda pretendió, y se hace por correspondencia al año en que el actor causó baja en la cooperativa.

La sentencia de la Audiencia Provincial, ahora recurrida, confirma la dictada por el Juzgado de Primera Instancia, por estimar que la acción ejercitada por el demandante "resultaba extemporánea, ya que, coincidiendo el ejercicio económico con el año natural, extremo sobre el que no han discrepado las partes, y habiéndose producido la baja del socio en fecha veintiocho de mayo de dos mil doce, la presentación de la demanda de reembolso, en fecha anterior al veintidós de enero de dos mil trece resultaba extemporánea, por cuanto en aquella fecha no podía conocerse el resultado del balance del año dos mil doce, al que, por disposición legal, debe ajustarse la liquidación".

El motivo de recurso contiene, de modo asistemático y entrelazadas entre sí una serie de reiteraciones referidas al año 2011, ya tratadas antes, a pruebas practicadas, y a impresiones subjetivas del recurrente sobre quienes dictaron la sentencia recurrida, que no cabe admitirlas como argumento respecto de la cuestión sustancial que se deduce del motivo de recurso, y que, como concluye el recurrente, es: que "debe procederse a reconocer el derecho a la liquidación conforme al último ejercicio de 2012, que debe poner de manifiesto la Cooperativa tras el cierre del ejercicio el 31 de diciembre de 2012".

El fundamento jurídico del recurso se sustenta en la consideración del recurrente de que la contestación a la demanda se presentó el día 24 de abril de 2013, esto es, cuando la demandada ya conocía las cuentas. De modo que, concluye, la demandada podía haber llevado a cabo la liquidación cuando presenta la contestación a la demanda.

El referente fáctico que debe tomarse en cuenta para atender la reclamación del actor es el existente al momento de presentación por él de su demanda, conforme al artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y a esta fecha, fijada por la sentencia recurrida antes del 22 de enero de 2013, es claro que las cuentas del año 2012 no habían sido cerradas, formuladas ni aprobadas.

Al no contar con el cierre del ejercicio, cuando el actor hace su reclamación del reembolso que le corresponda, su petición es de imposible atención, por cuanto la realización de su derecho al reembolso exigía el previo conocimiento del resultado del ejercicio económico del año 2012, conforme al artículo 53.1 a) de la Ley 9/1998. Y cuando se acciona no se había podido llevar a cabo el cierre de cuentas de 2012, de modo que no cabe sino concluir, como hizo la sentencia recurrida, que la demanda fue extemporánea. Porque, efectivamente, la demanda fue presentada prematuramente, antes de que se dieran las condiciones para su posible ejercicio en la forma que lo prevé el precepto indicado.

En consecuencia procede la desestimación del cuarto motivo del recurso."

**\*\*\* Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Zaragoza de 3 de febrero de 2015. Gastos de comunidad de propietarios. Normativa aplicable. Propiedad horizontal. Ausencia de simulación. Impugnación de acuerdos. Legitimación. Responsabilidad solidaria. Usufructo vi dual**

**"PRIMERO.**— La Comunidad actora ejercita acción de reclamación de los gastos comunes que adeudan los nudo propietarios indivisos de los pisos 3º derecha, 3º izquierda y 4º izquierda correspondientes al período temporal que media entre los meses de octubre de 2011 a mayo de 2014 y cuyas deudas fueron liquidadas en Juntas de 15 de junio de 2013 (que fueron las que se reclamaron en la demanda monitoria y posterior demanda de juicio ordinario), y de 17 de mayo de 2014 (objeto de ampliación de demanda).

Los demandados sin negar la titularidad indivisa por terceras partes iguales de los indicados pisos, como ya hicieran en el antecedente proceso monitorio, se oponen a la demanda.

Uno, S, alegando la nulidad de pleno derecho de los acuerdos adoptados en las señaladas Juntas, así como en las otras tres celebradas en 17 de diciembre de 2011, 17 de diciembre de 2012 y 14 de diciembre de 2013 por ser simulados e inexistentes, aduciendo de forma subsidiaria que nunca fue convocado a ninguna Junta y nunca le fue notificado ningún acuerdo; y subsidiariamente, excluyendo de su deber de pago las mensualidades de octubre, noviembre y diciembre de 2011, pues los ingresos y gastos nunca fueron aprobados.

Los otros,, argumentando que carecen de legitimación pasiva para soportar la acción, que únicamente la tendría su madre, M, usufructuaria universal de todos los bienes que fueron objeto de la herencia de su esposo, y padre de los demandados, J, y cuya peculiar singularidad jurídica, fundada en el Derecho Civil Aragonés, se razona de forma extensa y exhaustiva, combinada con los principios de buena fe y equidad, debe prevalecer sobre la normativa de propiedad horizontal en que se funda la demanda.

**SEGUNDO.**— Una correcta sistemática y para mejor comprensión de este litigio exige, en primer término, relacionar, aunque sucintamente, ciertos hechos que resultan acreditados a través de las alegaciones de las partes, documentos aportados y testificales oídas en el acto del juicio. Tales son:

1. El edificio de la calle C forma parte de un patrimonio unitario que, junto con otras casas sitas en la misma calle, y las calles Fernando El Católico, Baltasar Gracián y Plaza San Francisco de esta capital, pertenecía al matrimonio formado por .

2. Fallecidos los anteriores sus cuatro hijos,, en escritura de aceptación de herencia otorgada

el día 19 de diciembre de 1985 (documento nº 5 de la demanda) acordaron la división de las casas por pisos y locales y constitución del régimen de propiedad horizontal, adjudicándose los diversos departamentos de cada una de las casas de forma tal que en cada uno de tales edificios cada rama familiar adquiriera el 25% aproximado de los coeficientes de participación sobre la comunidad. Permanecieron, sin embargo, indivisos, copropiedad de los cuatro hermanos, diversos locales sitos en los bajos de las casas.

3. Resultante de lo anterior, se adjudicó a J, entre otros, los pisos tercero derecha e izquierda y cuarto izquierda de la casa sita en la calle C.

4. Convinieron entonces todos los hermanos la explotación conjunta de los bienes que integraban el caudal hereditario, con independencia de que los bienes fueron comunes o privativos de cada de una de las ramas, con una única cuenta de explotación cuyo producto se repartiría por cuartas partes iguales.

5. En escritura de elevación a público de documento privado de partición de herencia de los bienes de J fechada en 29 de marzo de 2000, los tres hermanos demandados se adjudicaron por terceras partes indivisas, entre otros departamentos, la nuda propiedad de los pisos tercero derecha e izquierda, y cuarto izquierdo de la casa de la comunidad actora, quedando como usufructuaria de todos los bienes de la herencia la viuda de aquél y madre de los demandados D<sup>o</sup> M en razón de la aplicación del Derecho civil aragonés.

6. El pacto de explotación conjunta se mantuvo vigente hasta el día 27 de septiembre de 2011 en que la viuda-usufructuaria del mencionado J, por tener dudas en la gestión de la explotación señalada, decidió asumir la administración del patrimonio privativo de los B, percibiendo para sí las rentas de los pisos y departamentos.

7. En fecha 17 de diciembre de 2011 se celebra Junta de la comunidad de propietarios de la casa nº en la que, con la asistencia de, se acordó aprobar el presupuesto de ingresos y gastos para tal comunidad para el ejercicio 2012.

8. En fecha 17 de diciembre de 2012 se celebró Junta de comunidad en la que, con la asistencia de S y su abogado, se liquidó el presupuesto de 2011, se privó de voto a los demandados por no estar al corriente de las obligaciones de pago, y se concedió a A un plazo para que procediera al pago. También se aprobó el presupuesto del ejercicio 2012-2013.

9. En Junta de 15 de junio de 2013, con la asistencia de los tres demandados (A representada por su hermano), se liquidó la deuda de tales tres pisos, en cuantía cada uno de 4.416,51 euros, y se acordó proceder judicialmente contra los propietarios.

10. En Junta de 14 de diciembre de 2013, con la asistencia de S, se liquidó el ejercicio económico anterior y se aprobó el presupuesto del ejercicio siguiente.

11. En Junta de 17 de mayo de 2014 se liquidó la deuda correspondiente al período de julio de 2013 a mayo de 2014, en cuantía cada

piso de 2.105,05 euros, acordándose ampliar la reclamación de tales cantidades. A tal junta asistió S.

12. Ninguno de los acuerdos antes referidos han sido impugnados por los demandados.

**TERCERO.**— Establece el artículo 9.1.e) de la Ley de Propiedad horizontal la obligación de cada propietario de contribuir, con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, cargas y responsabilidades.

En el presente caso, en la medida de que existe el régimen previsto en el artículo 396 del Código civil y de propiedad horizontal, pues la casa se dividió por departamentos de propiedad singular y exclusiva, con atribución de coeficientes de participación sobre los elementos comunes, y como quiera que se han aprobado en juntas sucesivas los presupuestos de gastos e ingresos, se han liquidado económicamente los ejercicios y se han liquidado las deudas concretas de los pisos cuyos titulares no hacen frente al pago de tales gastos comunes, se darán todos los presupuestos necesarios para el éxito de la acción entablada.

Es verdad que durante muchos años la comunidad de propietarios no actuó jurídicamente en la forma ordinaria prevista en la Ley de Propiedad horizontal. Pero su concreta operativa, la integración de la casa litigiosa en una explotación conjunta a través de una comunidad de bienes con tintes de sociedad, vino justificada por el acuerdo unánime de todos los propietarios. Como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de septiembre de 2014, una de las características de la propiedad horizontal es la de estar regida por normas de Derecho necesario, pero ello no impide a que contenga otras normas modificables por la voluntad de los particulares y con respecto a las cuales rige el principio de autonomía de la voluntad que se proclama en el artículo 1255 del Código civil (en igual sentido, sentencias de 15 de octubre 2009 y 4 y 7 de marzo de 2013).

Luego, veinticinco años después, ante la ruptura del acuerdo de explotación conjunta por parte de la usufructuaria y administradora de los bienes de la herencia de J, la solución jurídica, única y elemental, era poner en marcha, reavivar o activar el régimen jurídico de propiedad horizontal que en su momento se había pactado.

**CUARTO.**— Alega aquí el demandado S que los acuerdos son pura simulación y no existen, promoviendo la nulidad de pleno derecho de los mismos.

La nulidad de pleno derecho por simulación absoluta puede ser esgrimida vía excepción y no es preciso articular acción reconvenzional como argumentó la parte actora en fase de conclusiones. Es incluso apreciable de oficio por el tribunal (así, por ejemplo, sentencias del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2012 o de 30 de junio de 2009).

Las doctrinas científica y jurisprudencial han expresado que las reglas generales relativas al contrato simulado se encuentran en el artículo

1276 del Código Civil al tratar de la causa falsa. La ciencia jurídica afirma mayoritariamente que la figura de la simulación está basada en la presencia de una causa falsa y que la simulación absoluta se produce cuando se crea la apariencia de un contrato, pero, en verdad, no se desea que nazca y tenga vida jurídica". La sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2012 dice que se trata de la apariencia de negocio jurídico; las partes, de común acuerdo, constituyen lo que no es más que uno aparente, que carece de causa. No existe negocio alguno; cae en la categoría de inexistencia; es un negocio que no existe, aunque parezca que sí lo hay.

En el caso enjuiciado, ni por asomo se da la simulación de que se habla ni existe causa ilícita de ninguna clase. No hay apariencia jurídica alguna, sino pura realidad hasta el punto de que los demandados asistieron a las Juntas antes expresadas, y aunque no votaron los acuerdos, lo fue por su privación del derecho a voto derivada del impago de sus cuotas, y que, incluso, admitieron, según se lee en las Actas de las Juntas.

Existieron Juntas de comunidad, a ellas asistieron siempre uno u otro de los demandados que, recuérdese, son condóminos de cada uno de los pisos, se aprobaron planes de ingresos y gastos de una casa en la que existen servicios tales como portero, alumbrado, ascensores, mantenimiento, etc., se liquidaron los ejercicios, se liquidaron las deudas de los pisos, y nunca fueron cuestionadas tales decisiones por vía de impugnación de acuerdos, por lo que son vinculantes y ejecutivos (sentencias del Tribunal Supremo de 18 de junio y 19 de julio de 2011).

Los acuerdos existieron. Y era normal que existieran porque en la nueva organización de la administración de los bienes se distribuyeron los gastos y los ingresos por cada una de las casas, entre otras, la aquí litigiosa, que, obviamente, los tenía. Si la parte demandada estaba en desacuerdo en el presupuesto de gastos por estimar excesiva la partida de mantenimiento o conservación que tenía atribuida una empresa del grupo familiar, o por cualquier otra razón, debía acudir al mecanismo previsto en la Ley, la impugnación de los acuerdos prevista en el artículo 18 de la Ley de propiedad horizontal lo que nunca hicieron por lo que los acuerdos son, como se dijo más arriba, vinculantes y ejecutivos.

Lo mismo cabe decir de la reiterada queja y protesta de los demandados sobre la "falta" de pago de los restantes copropietarios. En primer lugar, debe decirse que los gastos existen y se pagan, y no precisamente por los demandados. En segundo término, debe concluirse que a los demandados les es completamente ajeno, y por tanto, es "res inter alios" para ellos, cómo pagan los demás copropietarios sus cuotas, si de su propio peculio, o si procedente de los ingresos derivados de la gestión de los bienes de las otras ramas familiares (), e, incluso, de bienes que también fueran copropiedad de los B, porque, entonces, la problemática jurídica se situaría en un ámbito "extramuros" de este proceso, cual

es la correcta administración o no del patrimonio común y posible rendición de cuentas que, por cierto, ya es objeto de litigio en el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Reus, y cuyos escritos de alegaciones están unidos al ramo de prueba de los codemandados .

No es relevante, por tanto, y por ello no se estima necesaria esta prueba que se interesó como diligencia final (como tampoco el interrogatorio de A, a la sazón presidente de la comunidad actora, que poco más luz puede arrojar al litigio, y dentro de los limitados contornos que marca la reclamación actora), la existencia o no de cuentas bancarias en las que se hagan los ingresos, o que se libren o no recibos a los demás copropietarios o se efectúen derramas, hechos que estarían aquí justificados por la peculiar situación jurídica de la propiedad. Lo importante es que los gastos presupuestados y producidos han sido atendidos en la forma prevista en la Ley de propiedad horizontal, existe constancia contable de los mismos (vid ramo de prueba del demandado Santiago Barbany) y, además, los acuerdos que los sustentaron nunca fueron impugnados judicialmente por nadie. Dicho de otro modo, no puede aceptarse, porque lo rebasa de forma patente, que el objeto de este litigio esté constituido por la gestión del patrimonio común procedente de la herencia de Don A y su esposa Dª F.

**QUINTO.**— En lo que concierne a la escueta alegación formulada de forma subsidiaria de que el demandado S nunca fue convocado a Junta o se le ha notificado acuerdo alguno, con independencia de que asistió a la mayor parte de las mismas, y que en los documentos 2 y siguientes del proceso monitorio antecedente figuran las oportunas convocatorias y notificaciones, lo cierto es que tal hecho y su consecuencia jurídica debió hacerse valer a través de la vía de la acción impugnatoria que aquí no se ha dado.

Lo mismo cabe decir respecto de la alegación sub-subsidiaria relativa a la falta de soporte jurídico para reclamar por los meses de octubre a diciembre de 2011 porque en la Junta de 17 de diciembre de 2011 se refería al presupuesto del ejercicio "2012". Y ello porque, no sólo se comprueba en los documentos nº 3 y 4 que se trataba del presupuesto "2011-2012", y que en los posteriores ejercicios se hace referencia a dos años (2012-2013, 2013-2014, etc.), o que el testigo administrador A señaló que los ejercicios económicos eran de septiembre a septiembre, o que, el inicio del mismo en octubre era lógico a la vista de que la ruptura del acuerdo de gestión conjunta se produce el día 27 de septiembre de 2011 (página 30 de la demanda rectora del proceso de rendición de cuentas que se sigue en Reus), sino, lo que es trascendental, los acuerdos de liquidación económica de los ejercicios y de liquidación de la deuda de los demandados en la cuantía y por los períodos que ahora se reclama, nunca fueron impugnados por lo que, lógicamente, han devenido firmes, vinculantes y ejecutables.

**SEXTO.**— Se analiza ahora la excepción de falta de legitimación pasiva que esgrimen los de-

mandados. El fundamento de tal alegato es que, aún desconociendo su cualidad de nudo propietarios indivisos, la legitimación es de la usufructuaria M.

La legitimación no es otra cosa que la atribución de la obligación y del derecho deducidos en el juicio, la titularidad de la relación jurídica u objeto litigioso, conforme establece el artículo 9 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esta legitimación, que constituye una condición de la existencia misma del derecho, viene referida en el marco de la propiedad horizontal, a quienes en un determinado momento tengan la titularidad dominical o propiedad del piso o local. Lo anterior se desprende de la regulación establecida en la repetida Ley de Propiedad Horizontal (artículos 9.1.e —“cada propietario” — y 21 —“...las obligaciones a que se refieren los apartados e y f del artículo 9 deben cumplirse por el propietario de la vivienda o local...”), que tan sólo se refiere en una ocasión al usufructuario de piso o local, para resaltar la consideración del propietario como miembro nato de la Junta de Propietarios, reconociéndole el derecho de asistencia y de voto, relegando al usufructuario a la condición de representante del nudo propietario, siquiera esta representación se entenderá conferida, salvo manifestación en contrario, debiendo ser expresa la delegación cuando se trate de los acuerdos a que se refiere la regla primera del artículo 17 o de obras extraordinarias y de mejora (artículo 14). Es pues indudable que la Ley de propiedad horizontal confiere legitimación pasiva, única y exclusivamente, al propietario.

Se alega aquí que la especialísima regulación del usufructo aragonés, derecho de naturaleza familiar, ha producido una suerte de derogación de la normativa de propiedad horizontal que no es de las de competencia exclusiva del Estado según el artículo 149.1.9 de la Constitución en interpretación “a contrario sensu”.

Pero que no sea competencia exclusiva del Estado la llamada propiedad horizontal (los artículos 553 y siguientes del Código civil de Cataluña contienen una regulación específica sobre esta propiedad especial) no significa que se haya producido esa suerte de derogación ya que ni la Comunidad autónoma aragonesa ha legislado sobre la materia, ni de la legislación aragonesa, artículos 283 y siguientes del Código de Derecho Foral de Aragón, se puede concluir, pese al enorme esfuerzo argumental que desarrolla la dirección jurídica de los demandados Antonio y Angeles Barbany, que frente a la Comunidad de propietarios aparezca con legitimación única y excluyente el/la viudo/a aragonés/a. Hay una regulación específica, cual acaece con el Código civil, sobre el régimen jurídico de gastos ordinarios, reparaciones extraordinarios e inversiones sobre la cosa usufructuada, pero no más. Y que la extensión del usufructo sea universal, o su origen matrimonial y familiar, o cualesquiera otras peculiaridades no altera lo anterior.

No se le escapa a nadie, incluso a la parte actora que en ciertas ocasiones llegó a dar plazo para el pago de la deuda a la usufructuaria (Junta

de 17 de diciembre de 2012, documento nº 2 de la demanda), y ha promovido la notificación de la demanda monitoria y de este juicio ordinario a tal persona para que, si a su derecho convenía (y no le convino) se personara como demandada, que la equidad y la justicia material, avalan la tesis que se sostiene, esto es, que quien percibe los frutos o rentas del arriendo de los pisos pague los gastos ordinarios de los mismos (con posibilidad, incluso, de que se perciba específicamente, vía contrato de arrendamiento, el gasto de comunidad imputado a casa piso). Es algo de puro sentido común y la ley también lo prevé en todos los preceptos que la parte demandada cita de forma pormenorizada y exhaustiva, mas la legitimación es conferida por la ley aplicable al propietario, sin perjuicio, obvio es, de las oportunas repeticiones frente al usufructuario cosa por otro lado lógica si se considera la afección legal del piso (artículo 9.1.e, segundo párrafo), y las dificultades que las comunidades de propietarios podrían encontrar para percibir las cuotas de mantenimiento y conservación de los elementos comunes si hubieran de cobrar a los poseedores de los diversos departamentos tales como arrendatarios, precaristas, usuarios, usufructuarios, comodatarios, etc.

Dice el artículo 3.2 del Código civil que la resolución por el criterio de equidad sólo cabe efectuarlo cuando la ley expresamente lo prevé, lo que, como se ha razonado hasta aquí, no es el caso.

En definitiva, como se lee en la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2014, es evidente que en las relaciones entre la Comunidad de Propietarios y los propietarios individuales, los gastos de comunidad corresponden al propietario, y éste o éstos serán los legitimados pasivamente para soportar las acciones de la comunidad en reclamación de las correspondientes cantidades, sin perjuicio de las acciones de repetición que procedan.

**SEPTIMO.** — Se argumenta, por último, que la responsabilidad de los demandados no sería solidaria, ya que el principio general es de mancomunación de las deudas (artículos 1137 y 1138 del Código civil).

Sin embargo, no se comparte el alegato. En primer lugar, porque existe unidad del fin de la prestación exigida (pago de la cuota) y en la propia unidad no susceptible de división que es el piso o local (artículos 8 y 15 de la Ley), y que constituye el fundamento de la solidaridad.

Y en segundo lugar, porque la jurisprudencia ha venido consolidando, con carácter general, la responsabilidad solidaria que incumbe a los distintos copartícipes de un mismo piso o local. Son numerosas las sentencias que llegan a declarar que el art. 1137 del Código civil ha merecido una interpretación “semicorrectora”, y aun “correctora” (sentencia de 26 de enero de 1994), afirmando el Tribunal Supremo que la solidaridad se admite “cuando la voluntad de las partes, la naturaleza del contrato o el interés jurídico protegido así lo reclame” (sentencia de 17 de diciembre de 1990) y, de modo especial, se lee en la

sentencia de 25 de febrero de 2014, “cuando se trata de facilitar la garantía del perjudicado al existir una interna conexión entre las obligaciones de los distintos deudores”.

Esta doctrina viene siendo aplicada en la jurisprudencia menor para proclamar el carácter solidario que, en relación a los distintos copropietarios de una vivienda o local en régimen de propiedad horizontal, tiene la obligación de contribuir a los gastos comunitarios.

Como dice la Audiencia Provincial de Vizcaya en sentencia de 29 de septiembre de 2004 “... debemos ponderar si el interés jurídico protegido (que es el cumplimiento del crédito que asiste a la comunidad de propietarios) reclama que la responsabilidad de los copartícipes de un mismo piso o local, por deudas comunitarias, sea solidaria o no. Nuestra respuesta debe ser afirmativa, fundada no sólo en razones de comodidad para el acreedor, o de evitación de dificultades engorrosas a la hora de cobrar a los diversos copropietarios de un mismo piso, o de seguridad del crédito, razones que bastarían para justificar el alcance solidario de la deuda; sino que la razón esencial de nuestro juicio es la unidad e indivisibilidad del piso cuya propiedad origina la deuda. Esa unidad impone un tratamiento también unitario de los derechos y obligaciones de los copropietarios, quienes frente a la comunidad no pueden comportarse como sujetos aislados...”

En análogo puede citarse, entre otras muchas, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (9ª) de 10 de noviembre de 2005 cuando, ante un supuesto en que el piso objeto del procedimiento pertenece proindiviso a las demandadas, señala que, por ello, “la obligación de contribuir a los gastos comunes es solidaria, tal y como afirma la Audiencia Provincial de Madrid en sentencia de 21-11-2000: la obligación legal (art. 9,5 LPH) de contribuir, con arreglo a la cuota de participación fijada en el título, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, servicios, tributos, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización, se ha configurado por la jurisprudencia como solidaria, ya que ésta, en términos de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 julio 1990, presupone una identidad de la causa común obligacional, es decir, la unidad de la prestación hace a la misma indivisible, sin posibilidad de fraccionar el crédito o la deuda, de forma que se debe la totalidad o se es acreedor del todo ...”

### **\*\*\* Auto del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 4 de marzo de 2015. Inadmisión parcial de recurso de casación. Valoración de la prueba**

**“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, debe declararse la competencia de este órgano jurisdiccional para conocer

del recurso de casación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 73.1.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el artículo 478, núm. 1, párrafo segundo de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el artículo 1 de la Ley 4/2005 de las Cortes de Aragón, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa. Conforme a dichos preceptos corresponde a esta Sala 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 del Derecho civil aragonés. Y, examinado el recurso vemos que se denuncia infracción del artículo 80.2 del Código de Derecho Foral de Aragón.

**SEGUNDO.**— La sentencia, dictada en segunda instancia por la Audiencia Provincial de Teruel, es recurrible al presentar, tal como expresa la parte, interés casacional por entender aquella que se opone a la doctrina jurisprudencial de este Tribunal y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 2.2 de la Ley 4/2005 de 14 de junio, sobre la Casación Foral Aragonesa.

**TERCERO.**— Por lo que hace al segundo de los motivos de casación, de acuerdo con lo postulado por el Ministerio Fiscal y la contraparte, procede su inadmisión, ya que, tal como se apuntó en la providencia del pasado 4 de febrero no se justifica la existencia de una actividad valorativa arbitraria o irracional en la sentencia objeto de impugnación, sino una mera disconformidad de la parte con la valoración probatoria. Pero, como hemos señalado con reiteración, y de acuerdo con los criterios del TS, dicha valoración solo puede atacarse en esta sede cuando, por ser manifiestamente arbitraria e ilógica, no supera el test de racionalidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial consagrado en el artículo 24 CE. Así, y tal como señalan el Ministerio Fiscal y la recurrida, las cuestiones planteadas en ese segundo motivo (en el que con deficiente técnica casacional se entremezclan, además, otras cuestiones de la misma naturaleza procesal como la incongruencia o la falta de motivación) hubieran debido conformar un motivo de infracción procesal.

**CUARTO.**— No concurre por el contrario, causa de inadmisión en el primero de los motivos de casación, por lo que procede su admisión de acuerdo con lo establecido en el art. 483.4 LEC, y siendo competente esta Sala, procede acordar la admisión del mismo, con los efectos a ello inherentes previstos en el artículo 485 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.”

### **\*\*\* Auto del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 9 de marzo de 2015. Inadmisión de recurso de casación. Falta de indicación de modalidad. Valoración de la prueba**

**“PRIMERO.**— En el trámite de admisión del recurso de casación la Sala debe examinar en primer lugar su competencia, pronunciándose se-

guidamente, 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 mentada 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 76.2, 80.2 y 3, 81 y 82, del Código de Derecho Foral de Aragón.

**SEGUNDO.**— En la providencia de fecha 5 de febrero, la Sala puso de manifiesto la existencia de dos posibles causas de inadmisión del recurso.

En primer lugar, la falta de indicación de la modalidad del recurso de casación que interpone el recurrente, que no hace mención a ninguno de los supuestos del artículo 477.2 LEC, ni a los contemplados en el artículo 2 de la Ley 4/2005 sobre la casación foral aragonesa.

Esta omisión del recurso impide conocer si la sentencia de la Audiencia Provincial se recurre por razón de la cuantía o porque la resolución del recurso presenta interés casacional, sin que la Sala pueda suplir una actuación que corresponde al recurrente, ya que ello exigiría una singular actividad discursiva por parte de este Tribunal que le está vedada.

Así se recoge en el Acuerdo de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario de inadmisión procesal, de 30 de diciembre 2011, que se refiere "a la falta de indicación de la modalidad del recurso de casación por razón de la cual se interpone" (arts. 481.1 y 477.2 LEC).

Por lo expuesto, el recurso de casación debe ser inadmitido, conforme al artículo 483.2.2º, en relación con los artículos 481.1 y 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y artículo 2 de la Ley 4/2005 sobre casación foral aragonesa.

**TERCERO.**— En cuanto a la segunda causa de inadmisión, y tal como se apuntó en la providencia del pasado día cinco de febrero, los tres 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 el recurrente haya articulado motivo de infracción procesal por valoración arbitraria o irracional.

En el breve escrito de alegaciones, el recurrente trata de aclarar que no discute la valoración de la prueba, sino que solamente denuncia la incorrecta aplicación de la normativa aplicable al caso. Sin embargo, estas alegaciones no pueden ser atendidas. En efecto, como pone de relieve el Ministerio Fiscal, pese a que formalmente

se recurre por una pretendida infracción legal, en realidad está impugnando la valoración de la prueba efectuada por la Audiencia Provincial, a la que expresamente tacha de errónea. El recurrente, a lo largo de su escrito, se limita a realizar su propia valoración probatoria, integrando, textualmente, extractos de la prueba practicada en la instancia.

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.*"

Por lo expuesto, procede inadmitir también el recurso por esta segunda causa, al amparo del art. 483.2.2º, en relación con el artículo 477.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**CUARTO.**— En definitiva, el escrito de interposición no cumple los requisitos legalmente establecidos (art. 483.2.2º Ley de Enjuiciamiento Civil), por lo que, conforme dispone el art. 483.4 del mismo texto legal, se declara la inadmisión del recurso de casación y la firmeza de la sentencia recurrida. Contra esta Auto no cabe recurso alguno (art. 483.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)."

**\*\*\* Auto del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 8 de mayo de 2015. Inadmisión de recurso de casación. Falta de claridad en los motivos. Carencia manifiesta de fundamento**

**"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.

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 mentada 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 de-

nuncia la infracción del artículo 79.5 del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA), en relación con otros preceptos del mismo cuerpo legal.

**SEGUNDO.**— El recurso se interpone por interés casacional, afirmando el recurrente que la resolución objeto de recurso de casación presenta dicho interés en virtud de lo dispuesto por el art. 477.3 de la LEC, invocando igualmente lo dispuesto en la Ley 4/2005, de 14 de junio, de las Cortes de Aragón, sobre la casación foral aragonesa.

El recurso de casación introduce en un solo motivo la infracción de un precepto —el art. 79.5 del CDFA— en relación con los artículos: 63, 76.2 y 3, a y b, 79.2 y 80.1 del mismo texto legal, relativos al régimen de visitas, estancias y comunicaciones; los artículos 81.3 y 81.4 del CDFA, relativos al uso de la vivienda familiar; y al artículo 82 del CDFA relativo a la contribución de los progenitores a los gastos de asistencia.

Esta heterogeneidad de preceptos objeto de la denuncia casacional incumple la técnica casacional que exige claridad en los motivos del recurso, a fin de que la Sala pueda pronunciarse sobre la infracción o infracciones del ordenamiento jurídico objeto del recurso, para cumplir la función nomofiláctica que le corresponde. En este sentido la Sala Primera del Tribunal Supremo se ha pronunciado reiteradamente: como se expresa en el Auto (de inadmisión) de 17 de julio de 2007 (recurso 2254/2003), *“Tal exigencia responde, por otra parte, a la más elemental e inveterada técnica casacional, que demanda, de acuerdo con doctrina de rancio abolengo en esta Sala, claridad en la formulación del recurso de casación, acorde con la naturaleza extraordinaria de este recurso. Así, en relación al artículo 1707 de la LEC de 1881, esta Sala Primera ha declarado reiteradamente que constituye inobservancia del mismo la falta de claridad manifiesta en la motivación del recurso, o el confusionismo en su exposición, que puede venir dado por la cita acumulada en un solo motivo de preceptos legales heterogéneos (SSTS 29-6-93, 21-7-93, 11-3-96, 28-5-96, 22-1-97, 26-2-99, 16-3-99, 25-1-2000 y 23-2-2000), por la mezcla indiscriminada de cuestiones de hecho (ahora ajenas al recurso de casación y propias del extraordinario por infracción procesal), u otras procesales, y de derecho en un mismo motivo (SSTS 27-11-91, 27-2-92, 22-10-92, 29-6-93, 12-9-96, 18-4-97, 11-5-2000 y 29-5-2000) o, en fin, por la falta de separación entre los motivos invocados, a cada uno de los cuales deben corresponder unos razonamientos diferentes sobre su pertinencia y fundamentación (SSTS 9-12-94, 17-11-95 y 6-10-2000), doctrina que bajo el nuevo régimen de la casación ha de aplicarse al desarrollo en la interposición de cada una de las infracciones legales expresadas en el escrito de preparación, siendo igualmente doctrina constante y reiterada de esta Sala que la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, ajena a lo que sería una tercera instancia, no permite la cita masiva de preceptos en un mismo motivo, o apartado en que se articule el*

*recurso, como cuando se utiliza la fórmula “... y siguientes”, ni fundar el recurso en la infracción de preceptos heterogéneos (SSTS 2-6-95, 11-3-96, 28-5-96, 22-1-97, 16-3-99, 25-1-2000 y 23-2-2000), no siendo tarea de esta Sala, sino obligación del recurrente, la perfecta identificación de la norma o normas supuestamente vulneradas, sin que en absoluto proceda, so pena de originar un riesgo de indefensión para la parte contraria, subsanar de oficio las manifiestas deficiencias del motivo, y puesto que el recurso de casación no es una tercera instancia el escrito de interposición no puede equipararse a un escrito de alegaciones (SSTS 16-5-95 y 5-3-97, entre otras muchas), traduciéndose la exigencia de claridad en la formulación del recurso de casación en una obligación insoslayable del recurrente (SSTS. 17-3, 25-4 y 24-5-85 y 9-12-85) sin que quepa ignorar el rigor formal que es exigible en vía casacional, dado el carácter extraordinario del recurso de casación, e incluso, a tal respecto, ha de señalarse que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia de 19 de diciembre de 1997 (caso Brualla Gómez de la Torre contra España), se pronunció sobre la supuesta violación del Convenio por un Auto de inadmisión de esta Sala, rechazando que tal violación se produjera, y también declarando admisible un especial formalismo del recurso de casación”.*

Este criterio, sostenido en el tiempo y mantenido tras las reformas legislativas operadas en la regulación del recurso de casación civil, ha quedado plasmado en el Acuerdo no jurisdiccional de la Sala Primera del TS de 30 de diciembre de 2011, que previene 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).*

Por consiguiente el recurso de casación ha de ser inadmitido. Aunque la parte recurrente explica en su escrito de alegaciones que hay que distinguir en tres apartados las infracciones que invoca respecto a los diversos pronunciamientos que hace el fallo de la sentencia de la Audiencia Provincial, el defecto antes expresado subsiste, especialmente en los que ahora se trata como submotivos 1 (referente al régimen de visitas y estancias) y 2 (relativo a la limitación temporal del uso de la vivienda), ya que en ambos se sostiene la vulneración de varios preceptos sustantivos, cada uno de ellos con su propio contenido y efectos.

Y, en todos ellos, subyace la exégesis de los preceptos conforme a la valoración de la prueba, propia de la parte recurrente y distinta de la efectuada por el tribunal de segunda instancia. Lo que no resulta tampoco admisible en casación, que no constituye una tercera instancia revisora de la valoración de la prueba.

**TERCERO.**— En cuanto al motivo por infracción procesal la parte alega la existencia de arbitrariedad en la apreciación de la prueba y falta de motivación de la sentencia de la Audien-

cia Provincial. Pero del examen de la propia sentencia y del desarrollo del motivo se infiere que aquélla está suficientemente motivada, respecto de todos y cada uno de las pretensiones procesales ejercitadas en la apelación, y que la función de valoración de la prueba practicada en autos compete a los tribunales de instancia y solamente es revisable en sede de recursos extraordinarios cuando se invoque, razonadamente, que la sentencia impugnada hace una valoración arbitraria o contraria a la lógica, lo que no concurre en este caso. La errónea valoración de la prueba no puede ser planteada en este recurso, salvo cuando, al amparo del artículo 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, demostración que no concurre en el caso presente. Incurriría este motivo en la causa de inadmisión establecida en el art. 473.2.2º de la LEC, al carecer manifiestamente de fundamento.

En todo caso es de aplicación lo dispuesto en la Disposición Final 16ª de la LEC, punto 1, regla 5ª: *“Si se tramitaren conjuntamente recurso por infracción procesal y recurso de casación, la Sala examinará, en primer lugar, si la resolución recurrida es susceptible de recurso de casación, y si no fuere así, acordará la inadmisión del recurso por infracción procesal”*.

En definitiva, el escrito de interposición no cumple los requisitos legalmente establecidos (artículo 483.2, 2º de la ley procesal civil) por lo que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 483.4º, se declara la inadmisión del recurso y la firmeza de la sentencia recurrida.”

**\*\*\* Auto del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 28 de mayo de 2015. Inadmisión parcial de recurso de casación. Valoración de la prueba. Precepto infringido. Falta de motivación**

**“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.

Presentados recursos de casación y 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 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 competente este órgano jurisdiccional según lo dispuesto en el artículo 468 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 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 por un motivo al amparo del artículo 459, por infracción de los artículos 216 y 218, en relación con otros, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Y, conforme a lo previsto en el artículo 1, y en el artículo 2.1 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, la resolución es susceptible de recurso de casación por exceder la cuantía del asunto de tres mil euros.

**SEGUNDO.—** Tratándose de recurso de casación y de infracción procesal tramitados conjuntamente, debe examinarse si procede la admisión del primero pues, en caso contrario, se inadmitirá el recurso extraordinario por infracción procesal (Disposición final 16ª.1, regla 5ª, párrafo primero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

No se puso objeción al motivo primero del recurso de casación, por infracción del artículo 82 del CDFA sobre la contribución a los gastos de los hijos, que se admite.

En cuanto al motivo segundo en el que se pretendía la impugnación la valoración de la prueba, como se dijo en la providencia de 30 de abril de 2015, no es el recurso de casación el cauce adecuado, pues solo cabe por infracción de norma sustantiva aplicable para la resolución de las cuestiones objeto del proceso (artículo 477.1 LEC), sino, en su caso, el del extraordinario de infracción procesal al amparo del artículo 469.1.4º LEC. En consecuencia, se inadmite.

Respecto al motivo tercero, no se cita como infringida norma sustantiva alguna por lo que incumple igualmente lo dispuesto en el artículo 477.1 LEC. En trámite de alegaciones cita la parte recurrente, sin motivación alguna, el artículo 80.2 CDFA sobre la custodia compartida, que fue acordada en la sentencia del Juzgado y no ha sido cuestionada por la parte recurrente, y cita también los artículos 63 y 69 CDFA, sin motivación alguna. En consecuencia, se inadmite.

**TERCERO.—** En cuanto al motivo único de infracción procesal, lo amparaba el recurrente en el artículo 459 LEC, relativo al recurso de apelación y no al extraordinario de infracción procesal, y en el trámite de alegaciones menciona el artículo 470, relativo al trámite, en relación con el artículo 469.1, sin indicar cuál de los cuatro apartados del mismo considera infringido. En consecuencia, conforme al artículo 473.2.1º, se inadmite por falta de los requisitos del artículo 469, cuyo motivo ni siquiera se concreta.”

**\*\*\* Auto del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 29 de mayo de 2015. Inadmisión de recurso de casación. Infracción procesal. Valoración de la prueba. Cosa juzgada. Precepto infringido. Planteamiento fáctico**

**“PRIMERO.**— En el desarrollo de los motivos primero y segundo de infracción procesal, (por falta de motivación y arbitrariedad, respectivamente) el recurrente, tal como se apuntó en la providencia del pasado 22 de abril, cuestiona en realidad la valoración de la prueba. Pero no justifica, más allá de su disconformidad con la realizada, arbitrariedad o irracionalidad que haya podido concurrir en la sentencia; la circunstancia de basar la decisión en pruebas indiciarias no comporta arbitrariedad. Su escrito de alegaciones a la providencia poco apoya el recurso, pues en él se viene a confundir lo que denuncia como “falta de motivación” con apreciaciones probatorias que lleva a cabo el tribunal a quo (poco fundadas, a juicio del recurrente) y con vulneraciones sustantivas cuya alegación está fuera de lugar en un motivo de infracción procesal. La motivación, evidentemente, existe, y aparece como precisa y suficiente, tal como pone de relieve el Ministerio Fiscal.

Sucedee, además, que en el motivo se combate un pronunciamiento (el que concierne a la obligación de contribuir al pago del alquiler de la vivienda de los hijos) hecho en la sentencia anterior firme de marzo de 2011 que acordó las medidas cuya modificación pretendió en el presente procedimiento, de modo que el recurrente no tiene en cuenta el efecto de cosa juzgada (la sentencia ahora recurrida se limita a reducir el porcentaje de dicha contribución).

**SEGUNDO.**— Lo mismo —mera disconformidad con la valoración probatoria— es de apreciar en el siguiente motivo procesal (error de derecho y de derecho en la apreciación de la prueba practicada). Además, con deficiente técnica procesal, la alegación de carácter procesal se entremezcla con la sustantiva consistente en vulneración del principio de proporcionalidad.

**TERCERO.**— En cuanto al primero de los motivos de casación (uso y destino de la vivienda familiar) no señala qué apartado del artículo 81 que cita considera infringido. Aduce ahora, en el escrito de alegaciones a la providencia por posible causa de inadmisión, que la razón de ello es que no existe ningún apartado que sostenga un pronunciamiento (la obligación de pagar el 50% del alquiler) como el que es objeto de recurso. No obstante, dice después que se consideran infringidos los apartados 1, 2 y 3, por su incorrecta aplicación o más bien —señala— por la inaplicación de los mismos. En todo caso, vuelve sobre el pronunciamiento de la sentencia anterior firme, que acordó la obligación de abono de alquiler a su ex esposa durante 8 años, y respecto del que la sentencia que aquí se impugna se limita a reducir en su cuantía. Y de nuevo, y pese a que afirma en su escrito alegatorio que se basa en los

hechos que la sentencia declara probados, parte de un planteamiento fáctico diferente al tenido en cuenta en la sentencia impugnada, pues aunque ahora reproduce literalmente el apartado de hechos probados de la sentencia de primera instancia, refiere en su escrito —para concluir que el Sr. P. carece de recursos— una serie de hechos que no se recogen en aquella.

**CUARTO.**— En cuanto al segundo de los motivos sustantivos, y tal como señala el Ministerio Fiscal, se constata que el cuerpo del escrito de recurso recoge como fundamento de la pretensión cuestiones relativas a valoración probatoria, lo cual le conduce de nuevo a concluir que el Sr. P. carece de recursos, frente a lo establecido por la sentencia de instancia que no lo consideró así, (aunque reconoció que había tenido lugar alguna variación en las circunstancias en las que se basó la anterior sentencia y resolvió en consecuencia). De modo que el recurso aparece configurado como si se tratara de un recurso de apelación, que permitiera a este Tribunal conocer de todos los datos fácticos, cuando el medio de impugnación presentado, como recurso de casación, veda la posibilidad de efectuar nuevas valoraciones de los medios acreditativos planteados en la instancia.

Por todo lo anterior, el escrito de interposición no cumple los requisitos legalmente establecidos (artículo 483.2, 2º en relación con el artículo 477.1 de la ley procesal civil) por lo que, conforme a lo dispuesto en el artículo 483.4, procede declarar la inadmisión del recurso.”

**\*\*\* Auto del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 29 de mayo de 2015. Inadmisión de recurso de casación. Valoración de la prueba. Preceptos genéricos**

**“PRIMERO.**— Conforme al art. 483.2.2 LEC, procederá la inadmisión del recurso si el escrito de interposición del recurso no cumplierse los requisitos establecidos, para los distintos casos, en la ley, y el art. 481 LEC exige que dicho escrito exprese con la necesaria extensión sus fundamentos.

De acuerdo con tal precepto, el escrito de interposición del recurso de casación debe contener una exposición amplia y clara de la argumentación en que se sostenga la infracción que se afirma cometida. Así lo señala el acuerdo de la Sala Primera del TS de 30 de diciembre de 2011, y la jurisprudencia que los precede y aplica, cual ocurre con los AATS, de 27 de mayo de 2003, Rec. 3308/2000 y 8 de septiembre de 2008, Rec. 2042/2005, o la STS 755/2013 en la que se dice:

*“Los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación, se hallan sometidos a ciertas exigencias formales que se traducen, entre otras exigencias, en la necesidad de indicar con claridad y precisión la norma que se pretende infringida y en la imposibilidad de acumular por acarreo argumentos inconexos determinantes de la falta de la razonable claridad expositiva para*

permitir la individualización del problema jurídico planteado (en este sentido, sentencias núm. 965/2011, de 28 de diciembre, 957/2011, de 11 enero de 2012, 185/2012, de 28 de marzo y 557/2012, de 1 de octubre)."

Asimismo, se ha excluido de la vía casacional la alegada infracción de preceptos genéricos sin la necesaria concreción, ni el acarreo de argumentos heterogéneos en un mismo motivo (12 de noviembre de 2011, 3 Recurso 191/2013; 26 de noviembre de 2013, Recurso 353/201; 10 de septiembre de 2013, Recurso 3126/2012; 10 de septiembre de 2013, Recurso 3126/2012; 10 de septiembre de 2014, Recurso 1443/2012 .....

Todo ello es predicable del presente recurso de casación.

Así, en el primero de los motivos que se inicia o rotula con la mención a la infracción del art. 76.3 CDFA porque la sentencia de primer grado infringe el principio de igualdad de los padres en sus relaciones con sus hijos, introduce en su explicación aspectos tan heterogéneos como el principio del *favor fillii* del art. 76.2, el alegato de indefensión del recurrente, e, incluso, la vulneración al principio de la presunción de inocencia de dicha parte.

En lo que toca al segundo de los motivos de casación, que afirma infracción de los arts. 60 y 79.2.a CDFA que desprende de que con el régimen de visitas establecidos en la sentencia de primer grado, único pronunciamiento objeto de impugnación, se impide al menor relacionarse con su padre y con su familia paterna, y ello lo deriva del mero hecho de la forma en que la sentencia impone el gasto de los viajes que han de ser realizados, pero no alcanza a señalar la razón por la que la distribución de gastos y viajes implica la infracción legal que se denuncia.

No mejor suerte merece el tercero de los motivos de casación, que denuncia infracción del art. 72.2 CC, de claro sentido genérico, pues se halla roturado con la mención "objeto y finalidad" perseguida con la regulación de los efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo, y dice en su texto que "la finalidad de esta sección es promover ....". Además incluye aspectos heterogéneos como la regulación de la custodia compartida, y, finalmente, tampoco se acaba de entender si lo que implica la infracción que denuncia se debe al modo o forma en que el régimen de visitas ha de ser llevado a cabo, o si, por el contrario, es la distribución de tiempos lo que genera la infracción.

Finalmente, el cuarto de los motivos denuncia infracción de los arts. 6, 76.4, 80.2.c y 80.3 CDFA, en todos los cuales se establece un requisito de claro matiz procesal, aun cuando se halla contenida en un texto de derecho sustantivo, en los que se mezclan además aspectos heterogéneos como son la audiencia del menor y la necesaria valoración de la prueba de informes técnicos. En cualquier caso, lo que se denuncia no es tanto la falta del trámite, pues se cumplió en la primera instancia la audiencia del menor como el mismo

recurrente arguye en su recurso, sino valoración e influencia del resultado de dicha prueba en la decisión tomada, lo aleja todavía más al motivo del recurso de casación por basarse en definitiva en una cuestión de valoración probatoria"

### \*\*\* Auto del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 1 de junio de 2015. Inadmisión parcial de recurso de casación. Valoración de la prueba. Preceptos generales

**"PRIMERO.**— Los tres motivos de casación del recurso presentado se basan en la posible infracción de los artículos 80.2 y 3, 75.2, 79.2.a), 76.2 y 3.b) del CDFA. Estando fundados los motivos alegados en la vulneración de normas de derecho civil aragonés, es competencia de esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón el conocimiento de la impugnación que se efectúa, lo que procede declarar así conforme a los artículos 478 y 484 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 1 de la Ley de Aragón 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa.

**SEGUNDO.**— La sentencia recurrida es susceptible de recurso de casación por haber sido dictada por la Audiencia Provincial en segunda instancia, y estar presente el interés casacional alegado por la parte con base en el artículo 477.3, párrafo segundo de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 3.1 de la citada Ley de Aragón 4/2005, al entender aquella que se opone a la doctrina jurisprudencial de este Tribunal y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 2.2 de la Ley 4/2005 de 14 de junio, sobre la Casación Foral Aragonesa.

**TERCERO.**— Por lo que se refiere al segundo de los motivos de casación, la parte recurrente entiende infringido el art. 80.3 CDFA, al no haberse tenido en cuenta los informes obrantes en autos. El motivo debe ser desestimado, puesto que, tal como se indicó en la providencia de 30 de abril, los informes fueron valorados por la Audiencia Provincial, aunque no en el sentido interesado por el recurrente, que pretende una valoración probatoria distinta.

Por lo que se refiere a la falta de ratificación en el acto del juicio de alguno de los informes, se trata de una cuestión procesal ajena al recurso de casación.

Esta Sala ha señalado con reiteración, de acuerdo con los criterios del Tribunal Supremo, que la valoración probatoria solo puede atacarse en esta sede cuando, por ser manifiestamente arbitraria e ilógica, no supera el test de racionalidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial consagrado en el artículo 24 CE y, en tal caso, habrá de plantearse a través del art. 469.1, 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como vulneración del art. 24.1 CE.

En tal sentido se manifiesta el Ministerio Fiscal y la parte recurrida.

**CUARTO.**— Respecto del tercer motivo de casación, fundado en la infracción de los arts. 75.2,

79.2.a), y 76.2 y 3.b) del CDFA, también debe ser inadmitido, por referirse a preceptos generales, tal como se señaló en la providencia de 30 de abril, y se recoge en el Acuerdo de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre criterios de admisión de los recursos de casación, de 30 de diciembre de 2011.

También se manifiesta en el mismo sentido el Ministerio Fiscal.

**QUINTO.**— Por el contrario, no concurre causa de inadmisión en el primero de los motivos de casación, por lo que procede su admisión de acuerdo con lo establecido en el art. 483.4 LEC, y siendo competente esta Sala, procede acordar la admisión del mismo, con los efectos a ello inherentes previstos en el artículo 485 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.”

**\*\*\* Auto del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 3 de junio de 2015. Inadmisión de recurso de casación. Interpretación de pacto de relaciones familiares**

**“PRIMERO.**— En el escrito de alegaciones a la providencia del pasado día 14 de mayo, manifiesta la parte que la infracción alegada lo es respecto del artículo 77.2 apartado d) del CDFA. Este precepto viene a señalar que uno de los extremos que han de figurar en el pacto de relaciones familiares es el relativo a la participación con la que cada progenitor contribuirá a sufragar los gastos de los hijos.

Indica la parte que el pacto de relaciones familiares preveía cómo se sufragarían los gastos ordinarios de los hijos mayores de 18 años. En el escrito de recurso se razonó que, por haber cumplido la hija los dieciocho años, le era de aplicación lo firmado por las partes en cuanto a gastos de asistencia a los hijos mayores de edad. Y expresa que la sentencia infringe lo dispuesto en dicho lugar porque establece otro régimen diferente al previsto por los progenitores en el pacto, que debe prevalecer frente a la regulación legal.

Lo anterior evidencia que lo que se plantea en el recurso no es, en realidad, la supuesta vulneración de norma sustantiva, sino la interpretación del pacto de relaciones familiares efectuada en la sentencia. Y tal cuestión, como ha declarado esta Sala en numerosas ocasiones, es materia reservada a los tribunales de instancia.

Por lo expuesto, el escrito de interposición no cumple los requisitos legalmente establecidos (artículo 483.2, 2º en relación con el artículo 477.1 de la ley procesal civil) por lo que, conforme a lo dispuesto en el artículo 483.4, procede declarar la inadmisión del recurso.”

**\*\*\* Auto del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 22 de junio de 2015. Inadmisión de recurso de casación. Valoración de la prueba**

**“PRIMERO.**— Como se indicó en la providencia dictada por esta Sala el día 18 de mayo

de 2015, los dos motivos del recurso de casación presentado inciden en la valoración probatoria realizada por la Audiencia Provincial, pues a lo largo de su exposición recogen el sentir del recurrente sobre la forma en que debieron extraerse los hechos probados de los medios de acreditación, en contradicción con la forma en que se obtuvieron las conclusiones probatorias en la sentencia dictada. Así, en el primero de los motivos se refiere a cómo debieron incidir en el dictado de la resolución recurrida los factores recogidos en los apartados c) a f) del apartado 2 del artículo 8º del Código de Derecho Foral de Aragón, y el segundo motivo centra su atención en la interpretación que la parte entiende que corresponde dar a la prueba pericial practicada.

En el escrito de alegaciones presentado por la parte ante el traslado de posible inadmisión del recurso de casación, de nuevo se incide en “la incorrecta valoración de la prueba realizada por la sentencia recurrida” o en que la sentencia “yerra en la valoración de la prueba”.

**SEGUNDO.**— El fundamento exclusivo de los motivos del recurso de casación en la que se considera defectuosa valoración de los medios de prueba hecha en la sentencia recurrida es cuestión que excede del ámbito legalmente previsto en el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para el recurso de casación presentado, ya que, como indica respecto del objeto de este recurso y siguiendo la línea jurisprudencial permanente, el auto del Tribunal Supremo de veintisiete de Mayo de dos mil quince: “hay que tener presente que el recurso de casación no es un recurso ordinario que dé paso a una tercera instancia en la que las partes puedan reproducir las alegaciones de hecho y de derecho propias de la primera y segunda instancia, a fin de someter al Tribunal de casación la decisión del conflicto con plenitud de cognición, sino que exige que en cada motivo se concrete de forma inequívoca la norma pretendidamente vulnerada por la sentencia de la Audiencia Provincial, relevante para el fallo, atendida la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida, y con respecto a los hechos declarados probados, expresa o implícitamente, y que sirven de fundamento fáctico para tal decisión.”

**TERCERO.**— La alegación del error material que la parte recurrente indica que existe en la sentencia recurrida, sobre si la madre vive o no con sus padres, no altera la conclusión de inadmisión a la que se hizo referencia. Por un lado no es cuestión de relevancia al efecto del contenido de la sentencia recurrida. Además, es claro que tal error no existe, por cuanto la sentencia cita que es el demandante quien alega que la demandada vive con sus padres, no que lo afirme el Tribunal.

**CUARTO.**— La inadmisión de los motivos del recurso de casación que se desprende de lo expuesto, conlleva la inadmisión de los motivos del recurso por infracción procesal, en virtud de lo previsto en la regla 5ª de la Disposición Final 16ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil.”

**\*\*\* Auto del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 24 de junio de 2015. Inadmisión de recurso de casación. Exigencias formales. Planteamiento de cuestiones jurídicas sustantivas de forma precisa y razonada**

**“PRIMERO.**— Conforme al art. 483.2.2 LEC, procederá la inadmisión del recurso si el escrito de interposición del recurso no cumpliese 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 los precede y aplica, cual ocurre con los AATS, de 27 de mayo de 2003, Rec. 3308/2000 y 8 de septiembre de 2008, Rec. 2042/2005, o la STS 755/2013 en la que se dice:

*“Los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación, se hallan sometidos a ciertas exigencias formales que se traducen, entre otras exigencias, en la necesidad de indicar con claridad y precisión la norma que se pretende infringida y en la imposibilidad de acumular por acarreo argumentos inconexos determinantes de la falta de la razonable claridad expositiva para permitir la individualización del problema jurídico planteado (en este sentido, sentencias núm. 965/2011, de 28 de diciembre, 957/2011, de 11 enero de 2012, 185/2012, de 28 de marzo y 557/2012, de 1 de octubre).”*

**SEGUNDO.**— En el presente caso, el recurrente pretendía la modificación de la medida consistente en la pensión compensatoria sin límite temporal establecida en la sentencia de divorcio de su esposa dictada el día 27 de febrero de 2007, que mantuvo la vigencia del convenio regulador aprobada por la previa sentencia de separación de fecha 26 de diciembre de 2003.

La sentencia de primer grado decide que la única circunstancia que ha variado desde aquella fecha lo consistía la disminución de la capacidad económica del actor para cuando se produjera su jubilación, a partir del mes de marzo de 2017, lo que determinó la reducción de dicha pensión desde el importe vigente de 1.083'38 € mensuales a 700 €, que con efectos a partir de la jubilación. La sentencia de apelación revoca tal decisión, y al efecto señala que el de modificación de medidas no es el cauce procesal para volver a discutir la pertinencia de la pensión compensatoria en la forma acordada en su día por los esposos, y que no era posible dar lugar a la modificación en atención a un cambio futuro de circunstancias sin saber la totalidad de la que pudieran concurrir al tiempo de la jubilación.

En su único motivo de casación el recurrente afirma que la sentencia recurrida ha infringido

el art. 79.5 y 83 CDFA, en relación con el art. 477.2.3 LEC, y en su desarrollo afirma que tal infracción se produce por no haber sido modificada mediante su supresión la pensión compensatoria acordada pese al cambio de circunstancia experimentado, y porque la compensatoria acordada ya había cumplido su función equilibradora dado el tiempo transcurrido.

Pus bien, tal planteamiento incide en el error de hacer supuesto de la cuestión, pues parte de la existencia de una alteración de circunstancias que la sala declara expresamente como no concurrente, lo que es contrario a la doctrina jurisprudencial que indica que la correcta técnica procesal implica plantear ante el Tribunal de Casación cuestiones jurídicas sustantivas de un modo preciso y razonado, sin apartarse de los hechos (ATS 30-11-2010).

Y por lo que se refiere al segundo de los razonamientos, insiste en que la actora mediante la compensatoria acordada se encuentra ya en una situación de potencial igualdad, y en explicación de dicha afirmación se limita a indicar que con ello se habría producido una vulneración de la “legislación aplicable”, sin indicar con precisión a que norma se refiere, y sin que la asistemática cita de sentencias que no aplican el derecho civil propio de esta Comunidad Autónoma sirvan para suplir tal defecto en la formulación del recurso.

En consecuencia procede inadmitir el recurso de casación.

**TECERO.**— La inadmisión del motivo de casación determina la del motivo por infracción procesal de acuerdo con lo prevenido en la DA 16ª LEC.”

**\*\*\* Auto del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 26 de junio de 2015. Inadmisión de recurso de casación. Carácter extraordinario. Valoración de la prueba**

**“PRIMERO.**— Dictada sentencia por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza el día 31 de marzo de 2015, se articula por la parte demandante recurso de casación con invocación de la procedencia de interponerlo por lo establecido en el número 1º del artículo 2 de la Ley de Aragón 4/2005 y del número 3º del apartado segundo del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por existencia de interés casacional, y con fundamento en la infracción de normas del Código de Derecho Foral de Aragón. En consecuencia con tal causa y contenido del recurso, corresponde la competencia para resolver sobre su admisión y, en su caso, resolución, a esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de conformidad con lo establecido en el artículo 478 de la Ley de Enjuiciamiento citada.

**SEGUNDO.**— El motivo primero del recurso de casación se formula por entender infringido el artículo 80.2 del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA), sobre custodia a establecer en casos de crisis de la convivencia de los progenitores, en relación con el artículo 775.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que permite la modificación

de las medidas previamente acordadas siempre que se produzca variación sustancial de las circunstancias que en su momento fueron tenidas en cuenta.

Como ya se indicó en la providencia dictada en el Rollo de Casación el día veintinueve de mayo de dos mil quince, y que ha sido reproducida en los anteriores Antecedentes de Hecho, la argumentación desarrollada en el motivo de recurso pretende la concreción por la Sala de si debe reputarse o no que el desempleo del recurrente puede entenderse como algo coyuntural, como concluye la sentencia recurrida, o si debe considerarse como situación estructural.

Dado traslado por existencia de posible causa de inadmisión del recurso, la parte insiste en su pretensión, pues expresamente indica en su escrito de alegaciones que interesa que "(...) fije doctrina común, para los Juzgados por la que se determine que la situación de desempleo de uno de los progenitores, no debe considerarse en la España actual, en principio (y todavía por unos años) como coyuntural, sino estructural (...)".

Esta petición exige un pronunciamiento directo sobre el resultado probatorio obtenido en la sentencia de instancia, lo que es ajeno al objeto del recurso de casación, previsto en el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tan solo para revisión del derecho sustantivo aplicable, y no para decidir de nuevo sobre las circunstancias fácticas concurrentes en la cuestión litigiosa. En consecuencia, procede la inadmisión de tal motivo del recurso.

**TERCERO.**— La inadmisión del primer motivo del recurso de casación, que pretendía nueva valoración de si existió o no cambio en las circunstancias que debiera dar lugar a la modificación de las medidas previamente adoptadas, conlleva la de los motivos dos y tres, por cuanto en estos se partía de la admisión y estimación de la existencia de razones para variar las medidas sostenidas en el primero de los motivos.

Por tanto, procede la inadmisión del recurso de casación en su integridad."

**\*\*\* Auto del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 2 de julio de 2015. Inadmisión de recurso de casación. Valoración de la prueba. Determinación de la cuantía de pensión alimenticia. Discrecionalidad judicial**

**"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.

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 mentada 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 re-

*soluciones 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 la infracción de los artículos 82 y 81.3 del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA), en relación con otros preceptos del mismo cuerpo legal.*

**SEGUNDO.**— El primer motivo del recurso de casación se funda en la infracción del artículo 82 del CDFA, juntamente con la de los artículos 93 y 146 del Código Civil (CC) y la argumentación en su defensa pretende la disminución de la cuantía de la pensión que el Sr. S. debe satisfacer. Estos argumentos inciden en el resultado de la prueba, en cuanto a la determinación de los ingresos del recurrente y la recurrida.

En la providencia dictada por la Sala en fecha 3 de junio poníamos de relieve que el motivo se refiere a la valoración de la prueba, y al formular alegaciones al respecto el Ministerio Fiscal recuerda que el recurso de casación no constituye una tercera instancia, que constituye causa de inadmisión la falta de respeto a los hechos probados y que el principio de proporcionalidad en la determinación de la cuantía de la pensión es competencia de los juzgadores de instancia, no revisable en casación salvo que se justifique en el recurso que los resultados a que ha llegado la Audiencia son arbitrarios o ilógicos.

En el caso presente la parte recurrente sostiene que los ingresos de su mandante se han reducido, mientras que los de la madre son fijos y considerables, pero en la sentencia de la Audiencia se expresa que el padre mantiene unos ingresos por ayuda familiar, trabajo esporádico y tiene una vivienda alquilada, mientras la madre ha visto reducidos sus ingresos por causas económicas.

De esta forma la argumentación de la parte recurrente en apoyo de su recurso hace supuesto de la cuestión, al partir de unos hechos distintos de los que la Audiencia declara acreditados, lo que conduce a la inadmisión del motivo (Auto del TS de Tribunal Supremo Sala 1º, A 6-11-2012, en recurso 1880/2011, que afirma: "la parte recurrente articula el recurso de casación invocando la infracción de normas sustantivas desde una contemplación de los hechos diferente a la constatada por la Sentencia recurrida, eludiendo aquellas cuestiones de hecho que le perjudican, al partir de una base fáctica diversa a la constatada por la resolución recurrida tras la valoración de la prueba, con lo que el sustrato fáctico allí fijado y que sirve de apoyo a las conclusiones de la resolución recurrida deben mantenerse inalterables en casación, con la consecuencia de que respetada tal base fáctica ninguna infracción de las normas alegadas se ha producido. Consecuencia de lo expuesto el recurso articulado por la parte recurrente no se ajusta a la técnica casacional en tanto que la misma exige razonar sobre la infracción legal, prescindiendo de los hechos y de la valoración probatoria, planteando ante esta Sala

una cuestión de derecho material en relación con los fundamentos de la Sentencia recurrida determinantes de su fallo, exigencia contenida en el art. 477.1, en relación con el art. 481.1 de la LEC”).

En el mismo sentido la STS Sala 1ª, de 28-3-2014, nº 165/2014, en recurso 2840/2012, sostiene que “La jurisprudencia de esta Sala ha declarado repetidamente que el juicio de proporcionalidad del artículo 146 CC “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”.”

**TERCERO.**— El segundo motivo, introducido por infracción del artículo 81.3 del CDFA, discrepa de la decisión de la Audiencia Provincial en cuanto al límite de tiempo de uso de la vivienda familiar. En el desarrollo del motivo la parte recurrente reconoce que el precepto deja a la discrecionalidad del juez la fijación del límite, pero entiende que en el caso de autos las circunstancias concurrentes conducen a establecer un plazo más corto.

Esta cuestión queda sometida al criterio discrecional del juzgador de instancia, lo que de modo general no es revisable en casación (sentencias de esta Sala de 7 de febrero y 11 de julio de 2013, entre otras). En el mismo sentido, STS Sala 1ª, de 11-11-2013, nº 707/2013.”

### **\*\*\* Auto del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 3 de julio de 2015. Inadmisión de recurso de casación. Precepto infringido en procedimiento diferente**

**“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.

Presentados recursos de casación y extraordinario por infracción procesal contra sentencia dictada por órgano judicial con sede en la Comunidad Autónoma de Aragón, con fundamento en el de casación en infracción de normas del Derecho civil aragonés (artículo 81 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 competente este órgano jurisdiccional según lo dispuesto en el artículo 468 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 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 por dos motivos, el primero por infracción de normas sobre jurisdicción y competencia, artículo 46 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 98 LOPJ y arts. 61 y 807 LEC, y el segundo por infracción de las normas y garantías del proceso, sin cita de preceptos infringidos.

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 es susceptible de recurso de casación según lo señalado en el párrafo segundo anterior, por presentar el asunto interés casacional y fundarse en infracción de normas del Derecho civil aragonés que no llevan más de cinco años en vigor.

**SEGUNDO.**— Tratándose de recurso de casación al amparo del artículo 477.2.3º y 477.3 LEC, es decir, por presentar su resolución interés casacional, debe examinarse si procede su admisión pues, en caso contrario, se inadmitirá sin más trámites el recurso extraordinario por infracción procesal (Disposición final 16ª.1, regla 5ª, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Como se expuso en la providencia de 10 de junio de 2015, el artículo 81 del CDFA ni fue citado en la sentencia recurrida ni podía ser el fundamento de la misma dado que la cuestión relativa a la limitación temporal del uso de la vivienda ya había sido objeto de sentencia en el procedimiento de familia, en la que había sido señalado el término de dicho uso. Pero, dado que el fallo no contenía, aunque hubiera podido hacerlo, pronunciamiento sobre la obligación de desalojo en fecha determinada que pudiera ser objeto de ejecución, el actor inició el juicio de desahucio para hacer efectiva la decisión sobre el término del derecho de uso de la demandada, que ya había sido resuelto.

En consecuencia, el artículo 81 del 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 artículo 483.2º en relación con el artículo 477.1, ambos de la LEC.

**TERCERO.**— En cuanto a los motivos de infracción procesal, inadmitido el de casación, se deben inadmitir sin más trámites por aplicación de la Disposición final 16ª.1, regla 5ª, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y porque, como dijimos en la providencia de 10 de junio de 2015, no cabían alegaciones sobre cuestiones de jurisdicción y competencia que ya

habían sido resueltas definitivamente, con efecto de cosa juzgada.”

**\*\*\* Auto del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 2 de septiembre de 2015. Inadmisión parcial de recurso de casación. Revisión de hechos probados**

**“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, debe declararse la competencia de este órgano jurisdiccional para conocer del recurso de casación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 73.1.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el artículo 478, núm. 1, párrafo segundo de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el artículo 1 de la Ley 4/2005 de las Cortes de Aragón, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa. Conforme a dichos preceptos corresponde a esta Sala 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 del Derecho civil aragonés. Y, examinado el recurso vemos que se denuncia infracción del artículo 83 del Código de Derecho Foral de Aragón.

**SEGUNDO.**— La sentencia, dictada en segunda instancia por la Audiencia Provincial de Zaragoza, es recurrible al tratarse de un asunto de cuantía indeterminada y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 2.1 de la Ley 4/2005 de 14 de junio, sobre la Casación Foral Aragonesa.

**TERCERO.**— En la providencia del pasado 25 de junio se indicó la concurrencia de dos posibles causas de inadmisibilidad, siendo la primera de ellas la falta de indicación de la modalidad del recurso de casación que se interpone. La recurrente, al evacuar las alegaciones a dicha resolución, afirma que en el escrito de interposición del recurso se indicó expresamente que el mismo se amparaba “en el artículo 2 párrafo 1º de la Ley 4/2005 de Casación Foral Aragonesa, al ser un asunto de cuantía indeterminada”. Esto no es del todo exacto, pues lo que literalmente se expresaba en el escrito, tras el enunciado del primero de los requisitos del recurso (la alegación como infringida de una norma sustantiva aragonesa, a la letra A), era:

*B) la sentencia cuya casación se pretende ha sido dictada en segunda instancia por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2ª por lo que es de aplicación el art. 2º, apartado 1º de la ley 4/2005.*

Es cierto que, aun cuando la fórmula utilizada por la parte no presente la claridad que debe presentar un recurso extraordinario como es el que nos ocupa, a través de la cita del artículo 2.1 de la Ley de casación aragonesa (que permite recurrir las sentencias recaídas en asunto cuya cuantía exceda de tres mil euros o sea imposible

de calcular ni siquiera de modo relativo) puede entenderse cumplido el requisito en cuestión. En consecuencia, se acoge la alegación de la recurrente.

**CUARTO.**— Se indicó también en la providencia por posibles causas de inadmisión que, en el primer motivo de casación, la parte pretendía, en realidad, una revisión de los hechos probados o una valoración global de la prueba realizada en sentencia, cuestiones éstas que no son aptas para fundamentar un recurso de casación.

En efecto, en el motivo, pese a la formal alegación de haberse infringido el artículo 83, no se razona cómo se ha producido su vulneración, sino que cuestiona hechos como la cuantía de los ingresos del esposo y lo obtenido como consecuencia de su actividad de preparador de oposiciones, haciendo una relación de los indicios de los que considera que se desprende su verdadera capacidad económica, lo que le lleva a considerar insuficiente la pensión acordada en sentencia. Por tanto, y en lo que toca al primero de los motivos de casación, de acuerdo con lo postulado por el Ministerio Fiscal y la contraparte, procede su inadmisión.

**QUINTO.**— No concurre por el contrario, causa de inadmisión en el segundo de los motivos de casación, por lo que procede su admisión de acuerdo con lo establecido en el art. 483.4 LEC.”

**\*\*\* Auto del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 4 de septiembre de 2015. Inadmisión de recurso de casación. No acreditado interés casacional**

**“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 contra sentencia dictada por órgano judicial con sede en la Comunidad Autónoma de Aragón, con fundamento en infracción de normas del Derecho civil aragonés (artículo 568 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.

Conforme a lo previsto en el artículo 1, y en el artículo 2.2 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, la resolución es 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 de los artículos 477.2.3º y 477.3 LEC, es decir, por presentar su

resolución interés casacional, debe comprobarse si se cumple tal requisito.

Justificaba la parte recurrente el interés casacional en la oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial de esta Sala respecto al artículo 568 del CDFA en relación con el artículo 572 del Código civil pero, como se expuso en la providencia de 2 de julio de 2015, por la transcripción de unos párrafos de tres sentencias de la Sala sobre los requisitos generales exigidos para la adquisición de las servidumbres por usucapión, no se concretaba la doctrina supuestamente infringida pues tales párrafos se refieren, con carácter general, al tiempo necesario para la adquisición por usucapión de las aparentes (diez años entre presentes y veinte entre ausentes).

En su escrito de alegaciones a la providencia de 10 de julio de 2015 no rebate el recurrente que haya sido indebidamente computado el transcurso del plazo sino que la sentencia recurrida distingue —indebidamente, a su juicio— entre el potencial apoyo en el muro del actor de la piscina (antes balsa de riego) y de la caseta del demandado, con una antigüedad muy superior a la requerida para la adquisición por usucapión de tal apoyo, lo que justifica su mantenimiento, y que el demandado haya adquirido (por dichas construcciones adosadas) la medianería del muro, que pretendería justificar el anclaje en el zócalo que lo corona de la cubierta de aluminio y metacrilato ejecutados por el demandado hacía solo cinco años.

En definitiva, entiende el recurrente que, del hecho de estar apoyados en el muro del actor la balsa y la caseta desde tiempo muy anterior al necesario para la prescripción adquisitiva de ese apoyo, debe entenderse que el mismo tiempo debe servir para la adquisición de la medianería del muro (lo que es negado por la sentencia recurrida distinguiendo entre servidumbre y medianería), pero de las sentencias citadas en su recurso no se deduce la doctrina de la Sala supuestamente infringida que abone la interpretación que pretende el recurrente pues, como ya se ha dicho, tales sentencias se refieren genéricamente a los requisitos para la usucapión de las servidumbres y en ningún caso a la distinción entre los requisitos relativos a la servidumbre de apoyo y a la adquisición de medianería por transcurso del tiempo que justifique las obras realizadas con una antigüedad no superior a cinco años.

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, permitiendo 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 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 del mismo texto procesal."

### **\*\*\* Auto del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 10 de septiembre de 2015. Inadmisión de recurso de casación. Carácter restrictivo y exigente**

**"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 mentada 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 del artículo 38 del Código de Derecho Foral de Aragón (anterior art. 35 de la Ley Aragonesa del Derecho de la Persona).

**SEGUNDO.**— En cuanto al recurso interpuesto, y tal como se apuntó en la providencia del pasado día veintiuno de julio, el motivo de casación alegado por el recurrente se limita a denunciar la valoración errónea de la prueba realizada por la Audiencia Provincial en su resolución, sin que el recurrente haya articulado motivo de infracción procesal por valoración arbitraria o irracional.

En el breve escrito de alegaciones, el recurrente trata de aclarar que no discute la valoración de la prueba, sino que solamente denuncia la incorrecta aplicación del artículo 83, números 1 y 2 del Código de Derecho Foral de Aragón. Sin embargo, estas alegaciones no pueden ser atendidas, puesto que, pese a que formalmente se recurre por una pretendida infracción legal, en realidad está impugnando la valoración de la prueba efectuada por la Audiencia Provincial, pretendiendo variar los hechos tenidos en consideración en la sentencia recurrida respecto del desequilibrio económico que justifica la concesión de la asignación compensatoria, así como introducir su propia valoración sobre los criterios legales para fijar su cuantía y duración. En definitiva, el recurrente, a lo largo de su escrito, se limita a realizar su propia valoración probatoria, sin que realmente alegue argumentos sobre la pretendida infracción del art. 83 del Código de Derecho Foral de Aragón.

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.”

**\*\*\* Auto del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 7 de septiembre de 2015. Inadmisión parcial de recurso de casación. Preceptos de derecho civil aragonés**

**“PRIMERO.**— En los motivos de casación del recurso presentado se alega la posible infracción de normas de derecho civil aragonés, concretamente de la Ley 15/2006, de 28 de diciembre, de Montes de Aragón. Estando fundado el motivo alegado en la vulneración de norma de derecho civil aragonés, es competencia de esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón el conocimiento de la impugnación que se efectúa, lo que procede declarar así conforme a los artículos 478 y 484 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 1 de la Ley de Aragón 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa. Por aplicación de lo establecido en la disposición adicional decimosexta, apartado 1, regla 1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la competencia antedicha comprende igualmente la de resolución de los motivos de recurso fundados en posible infracción procesal, que han sido formulados al amparo del artículo 469 de la misma Ley de Enjuiciamiento.

**SEGUNDO.**— La sentencia recurrida es susceptible de recurso de casación por haber sido dictada por la Audiencia Provincial en segunda instancia, y estar presente el interés casacional alegado por la parte con base en el artículo 477.3, párrafo segundo de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 3.1 de la Ley sobre la casación foral aragonesa 4/2005, y resultar de aplicación el art. 2.1. de la citada norma por razón de la cuantía.

**TERCERO.**— Por lo que se refiere al primero de los motivos de casación, la parte recurrente entiende infringidos la Exposición de Motivos de la Ley de Montes de Aragón, así como los arts. 14, 15 de la misma norma.

Como ya se señaló en la providencia de dos de septiembre, la Exposición de Motivos de una norma no puede fundar el recurso de casación, al igual que los arts. 14 y 15 de la Ley de Montes de Aragón, preceptos genéricos respecto de los que no se indica en el recurso que infracción se ha cometido.

Se mencionan también los arts. 40, 41 y 46 Ley de Montes de Aragón, todos ellos referentes al procedimiento administrativo de deslinde. Se trata de preceptos de naturaleza administrativa que no han sido aplicados por la sentencia recurrida en casación y que, por tanto, no están direc-

tamente conectados con los preceptos de derecho privado aplicables y no pueden fundar el recurso, al igual que el art. 48 Ley de Montes de Aragón, precepto de naturaleza procesal, que ni siquiera se alega como infringido.

Por ello, el motivo debe ser inadmitido.

**CUARTO.**— En el tercero de los motivos de casación se alegan infringidos los arts. 35 LH, 47 Ley de Montes de Aragón y 206 LH.

La cita del precepto de la Ley de Montes de Aragón tiene un carácter meramente instrumental, sustentándose la argumentación del motivo del recurso en preceptos de derecho común (arts. 35 y 206 LH), que no pueden fundar el recurso de casación foral y que ni siquiera resultan aplicados en la sentencia recurrida.

Por ello, el motivo debe ser inadmitido.

**QUINTO.**— En el cuarto motivo de casación se alegan como infringidos los arts. 1957 y 1959 CC y 35 LH, así como el art. 47 Ley de Montes de Aragón, este último en relación con el anteriormente citado, por lo que cabe reproducir lo señalado respecto del anterior motivo.

También se menciona el art. 15.1 Ley de Montes de Aragón, precepto genérico referido al Catálogo de Montes, respecto del que no se indica que infracción se ha cometido.

Por ello, el motivo debe ser inadmitido.

**SEXTO.**— Por el contrario, procede admitir el segundo de los motivos de casación, en cuanto se entiende infringido el art. 47 de la Ley de Montes de Aragón, en relación con el art. 34 LH.

La sentencia recurrida resuelve el pleito aplicando expresamente dichos preceptos, y la remisión que el art. 47 de la Ley de Montes de Aragón realiza al art. 34 LH es directa, debiendo entender que este último, a pesar de ser norma de derecho común, está directamente conectado con el precepto de derecho civil aragonés.

Por lo expuesto, y de acuerdo con lo establecido en el art. 483.4 LEC, y siendo competente esta Sala, procede acordar la admisión de este motivo, con los efectos a ello inherentes previstos en el artículo 485 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**SÉPTIMO.**— Por lo que se refiere a los motivos de infracción procesal alegados, cabe reiterar lo ya expuesto en la providencia de dos de septiembre de 2015, debiendo ser inadmitidos:

a) El primero se interpone al amparo del art. 469.1, apartados 3º y 4º LEC, alegándose error en la valoración de la demanda y su contestación en la sentencia. Sin embargo, no se expone que infracción o vulneración de normas legales, de las que rigen los actos y garantías del proceso, determinantes de nulidad o indefensión, se ha cometido. Tampoco se indica que vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución se ha producido.

2. El segundo motivo se interpone al amparo del art. 469.1, apartado 2º LEC, por infracción de las normas legales de distribución del onus probandi (art. 217 LEC).

El recurso no especifica que reglas sobre la carga de la prueba (art. 217 LEC) se han vulne-

rado, sin que la sentencia recurrida haya aplicado ninguna de las reglas sobre carga probatoria previstas en el mencionado art. 217 LEC.

3. El tercer motivo del recurso por infracción procesal se interpone al amparo del art. 469.1, apartados 2º, 3º y 4º LEC, en relación con los arts. 465.3, 216 y 218 LEC, con infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24 CE, e infracción del art. 120.3 CE.

Se alega que la resolución recurrida incumple el deber de motivación. 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.

Por lo expuesto, concurre causa de inadmisibilidad del recurso al amparo del artículo 473.2.1º por falta de los requisitos del artículo 469 LEC, y del artículo 473.2.2º LEC por carecer manifiestamente de fundamento.”

**\*\*\* Auto del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 14 de octubre de 2015. Inadmisión recurso de casación. Recurribilidad de las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales en su conformación unipersonal en juicios verbales sobre asuntos de cuantía superior a 3.000 €**

“**PRIMERO.**— El recurso de casación e infracción procesal interpuesto por la representación de la entidad mercantil C. M. S.L. contra la sentencia dictada el día 5 de mayo de 2015 por la Audiencia Provincial de Huesca, en recurso de apelación contra sentencia de 29 de diciembre de 2014 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Boltaña (Huesca), recaída en Juicio Verbal 25/2014 sobre acción confesoria de servidumbre, se formula contra sentencia dictada por dicha Audiencia Provincial constituida por un solo magistrado conforme a lo dispuesto en el artículo 82.2.1º. II de la Ley Orgánica del Poder Judicial en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre.

Como se señaló en la providencia de 10 de septiembre de 2015 dictada en el presente recurso, el Tribunal Supremo 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 conformación unipersonal, en procedimientos de juicio verbal por razón de la cuantía, que las mismas no son susceptibles de recurso de casación por no haber sido dictadas por tribunal colegiado.

Así, entre otros muchos, expone el auto de 18 de febrero de 2015 recaído en recurso 603/2014:

2.— *El recurso de casación, interpuesto por la parte demandante y apelada, incurre en causa de inadmisión, por no ser la sentencia recurrible*

*en casación (artículo 477.2 y 483.1 de la LEC), al no haber sido dictada por la Audiencia Provincial como órgano colegiado. En este sentido se ha pronunciado esta Sala en numerosos autos, entre otros los de fechas 1 de julio de 2014 recurso de casación num. 1494/2013, 26 de febrero de 2013 recurso de queja núm. 247/12, y 21 de mayo de 2013, en recurso de queja num. 362/2012.*

*La nueva configuración del recurso de casación, respecto a la contenida en la Lec 1881 en la redacción inicial de la LEC permite concluir que este recurso se estableció contra las sentencias dictadas por un órgano colegiado. La identificación del término Audiencias Provinciales con órganos colegiados está en consonancia con la introducción en la LEC de la modalidad de recurso de casación consistente en la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, pues solo puede hablarse de jurisprudencia de las Audiencias Provinciales si nos referimos a ellas como órganos colegiados.*

3.— *Tras la última reforma del recurso de casación, por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal, se mantiene en el artículo 477 LEC la referencia expresa a las Audiencias Provinciales y se potencia de manera extraordinaria el recurso de casación por existencia de interés casacional. No hay en esta reforma referencia alguna que permita deducir que se haya querido establecer el acceso a la casación de las sentencias dictadas en apelación por un solo magistrado, en los supuestos que contempla el artículo 82.2.1º. II LOPJ. Esta omisión de referencia expresa a estas sentencias puede razonablemente ser interpretado en el sentido de que su intención es excluir estas sentencias del recurso de casación. A esta conclusión se llega, partiendo de dos razonamientos:*

*i) Si se pretendía que esas sentencias tuvieran acceso a la casación se hacía necesaria una disposición expresa, ya que implica un cambio en la configuración inicial en la LEC del recurso de casación que -como se ha dicho— se contempló contra las sentencias dictadas por órganos colegiados.*

*ii) Y -la razón más significativa— la finalidad perseguida con la reforma de la LOPJ efectuada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, que introdujo la modificación en el artículo 82.2.1º. II LOPJ, y por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal. En las Exposiciones de Motivos de ambas normas está plasmada la intención del legislador de reducir el tiempo de respuesta en los litigios y especialmente clara es la Exposición de Motivos de la primera de estas leyes. En ella se declara expresamente que se ha reformado el artículo 82 LOPJ para la tramitación de los recursos de apelación frente a las resoluciones dictadas por los Jueces de Primera Instancia en procesos seguidos por los trámites del juicio verbal por razón de la cuantía, que serán resueltos por un solo magistrado, designado por turno de reparto. Con ello se logrará reducir el tiempo de respuesta en la segunda ins-*

tancia en conflictos que, por tratarse de asuntos que no revisten especial complejidad, no precisan ser resueltos por un órgano colegiado.

En definitiva, la finalidad perseguida con las citadas reformas -ante el silencio de la ley— es contraria a una interpretación extensiva de la procedencia del recurso, frente al criterio restrictivo seguido en la última reforma en materia de recursos respecto a los litigios seguidos por razón de la cuantía de escasa relevancia, como se pone de manifiesto por la limitación del recurso de apelación establecida en el artículo 455.1 LEC.

4. — La parte recurrente en el trámite de alegaciones ante la posible causa de inadmisión puesta de manifiesto expresa, en síntesis, no compartir el criterio de esta Sala (que recoge en su escrito) y pone de relieve que el recurso se presentó y era admisible conforme al Acuerdo de esta Sala sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal de 31 de diciembre de 2011, en el que no se contemplaría la irrecurribilidad de las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial cuando se constituye con un único Magistrado. Alega la quiebra del principio de seguridad jurídica con el rechazo "a límine" del recurso de casación con base en un motivo no recogido de manera expresa en la norma.

Pese a las alegaciones efectuadas, el recurso debe inadmitirse conforme al criterio de esta Sala expuesto en la presente resolución y recogido en numerosas resoluciones dictadas por esta Sala, conforme se ha expuesto, y que ya ha sido refrendado por el Tribunal Constitucional, pues en el ATC 300/2014, de 15 de diciembre (recurso de amparo 2875/2014), ha dicho que la interpretación de la legislación procesal efectuada por esta Sala para inadmitir en estos casos el recurso extraordinario "está motivada en razones de evolución normativa y de configuración del sistema de revisión jurisdiccional, y entra dentro de las facultades que corresponden al Tribunal Supremo la determinación de los requisitos de acceso a la casación", por lo que "la queja del demandante, por ello, se revela como una mera discrepancia con la interpretación de la legalidad ordinaria efectuada por el órgano judicial, olvidando que dicha disconformidad con la motivación en la interpretación de la legalidad no da lugar al amparo constitucional, si tal interpretación no incide en perjuicio de un derecho fundamental (STC 26/1990, de 19 de febrero, FJ 8º)."

5. — Consecuentemente, pese a las alegaciones de la parte recurrente procede declarar inadmisibles el recurso de casación y firme la Sentencia, de conformidad con lo previsto en el art. 483.4 LEC, dejando sentado el art. 483.5 que contra este Auto no cabe recurso alguno.

**SEGUNDO.**— Dijo esta Sala en auto de 16 de abril de 2010, recurso de casación 2/2010, que declaró la inadmisión de recurso de casación contra sentencia recaída en procedimiento de formación de inventario del artículo 809 LEC para la liquidación del régimen económico matrimonial: "La invocación por la parte recurrente de lo

ordenado en el artículo 2 de la Ley de Aragón, 4/2005, de 14 de junio, sobre la Casación Foral Aragonesa, como razón de admisión del recurso, no modifica lo ya expuesto, puesto que esta norma prevé como sentencias recurribles las dictadas en segunda instancia, al igual que lo hace el artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuya interpretación genera la Jurisprudencia vinculante del Tribunal Supremo ya reproducida. De modo que no cabe considerar que exista al respecto salvedad legal alguna en la regulación propia de Aragón".

El mismo razonamiento cabrá aplicar respecto a la alegación de la parte recurrente al amparo en lo dispuesto en el artículo 2.1 de la Ley 4/2005, sobre la casación foral aragonesa, sobre la recurribilidad de las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales en su conformación unipersonal en juicios verbales sobre asuntos de cuantía superior a 3.000 euros."

**\*\*\* Auto del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 16 de octubre de 2015. Inadmisión recurso de casación. Interés casacional por jurisprudencia contradictoria. Infracción de normal legal**

**"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 motivo de recurso se refiere a la vulneración de derecho civil aragonés, sin perjuicio de lo que más adelante se dirá acerca de su admisibilidad.

**SEGUNDO.**— En la providencia dictada por esta Sala en fecha 23 de septiembre pasado se puso de relieve que el recurso se interponía por interés casacional, si bien la parte recurrente no razonaba acerca de la concurrencia de dicho interés.

Las alegaciones formuladas por la parte recurrente en el plazo conferido hacen entender que la vía escogida es la comprendida en el art. 477, apartado 2.3 y apartado 3 de la LEC, expresando que se trata de interés por existir jurisprudencia contradictoria. No obstante, resulta necesario que en el escrito de interposición del recurso además de expresarse clara e inexcusablemente la infracción legal que se pretenda denunciar, con cita de los concretos y correspondientes preceptos lega-

les de derecho sustantivo que se estimen infringidos por el Tribunal de apelación, se describa también el interés casacional, que ha de estar directamente relacionado con la infracción legal denunciada, de manera suficientemente clara y precisa como para poder ejercer adecuadamente el control de la admisión.

**TERCERO.**— Aunque pueda entenderse esclarecido el interés casacional invocado, el motivo único del recurso de casación no puede sobrepasar el filtro de admisibilidad, a tenor de lo prevenido en el art. 483.2 de la LEC.

El recurso de casación, dada su función nomofiláctica o de defensa y protección del ordenamiento jurídico, ha de fundarse necesariamente en la infracción de norma legal, a tenor del art. 477.1 de la ley procesal.

Como expresa el Acuerdo no jurisdiccional de la Sala Primera del TS de 30 de diciembre de 2011, apartado I, 6, es causa de inadmisión del recurso de casación *“La falta de indicación en el escrito de interposición del recurso de la norma sustantiva, la jurisprudencia de la Sala Primera del TS o el principio general del Derecho infringidos -que ha de hacerse en el encabezamiento o formulación de cada uno de los motivos en los que se funde el recurso o deducirse claramente de su formulación sin necesidad de acudir al estudio de su fundamentación— o la indicación de norma, jurisprudencia o principio general del Derecho que no sea aplicable al fondo del asunto, a tenor de la ratio decidendi de la sentencia recurrida.”*

Tal acuerdo ha sido objeto de aplicación en reiteradas resoluciones del alto tribunal, entre ellas en Auto de 4 de diciembre de 2012.

En el caso de autos no se menciona norma alguna como motivo del recurso de casación. El motivo primero —y único— del recurso de funda en la vulneración de la jurisprudencia de la AP, lo que no puede ser motivo de recurso, ya que el criterio sustentado por las audiencias no constituye jurisprudencia ni es fuente de derecho —art. 1.6 del CC.

**CUARTO.**— El recurso incurre así en la causa de inadmisión prevista en el art. 483.2.º LEC, en relación con los arts. 481.1 y 477.1, es decir, de interposición defectuosa por falta de técnica casacional.

Lo expuesto conduce, de conformidad con lo establecido en el artículo 483.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a la inadmisión a trámite del recurso de casación formulado y consiguiente declaración de firmeza de la sentencia recurrida.”

**\*\*\* Auto del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 16 de octubre de 2015. Inadmisión recurso de casación. Falta de respeto a los hechos probados. Principio de proporcionalidad de cuantía de pensión alimenticia**

**“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.

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 mentada 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 la infracción de los artículos 82 del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA), además de los arts. 90, 93 y 146 del Código civil.

**SEGUNDO.**— En la providencia dictada por esta Sala en fecha 17 de septiembre pasado se puso de relieve que el recurso se interponía por interés casacional, si bien la parte recurrente no razonaba acerca de la concurrencia de dicho interés. Este exigencia no resulta subsanable y su ausencia podría producir indefensión a la contraria, ya que la constancia de la vía de acceso a la casación es necesaria para la admisibilidad del recurso.

Como expresa el TSJ de Cataluña, Auto de 30 de octubre de 2014, *“Hay que tener en cuenta que tanto el recurso de casación como el recurso por infracción procesal son recursos extraordinarios ya que el principio de tutela judicial efectiva se satisface con las dos instancias ordinarias, y que conforme a reiterada doctrina del TS (vid. AA TS 1º 30 sep. 2003 -rec. 1018/03-, 25 may. 2004 -rec. 1456/01-, 27 jul. 2004 -rec. 661/04 -, 22 feb. 2005 -rec. 1062/04 -, 1 mar. 2005 -rec. 3791/01 -, 24 may. 2005 -rec. 1827/01- y 21 jun. 2005 -rec. 79/05) como de esta propia Sala (vid. por todos el A TSJC 30 may. 2007, el A TSJC 21 ene. 2008 -rec. 80/07- o ATSCJ de 3-9-2009), en el escrito de interposición del recurso de casación intentado por la vía del interés casacional, además de expresarse clara e inexcusablemente la infracción legal que se pretenda denunciar, con cita de los concretos y correspondientes preceptos legales de derecho sustantivo que se estimen infringidos por el Tribunal de apelación, debe describirse también el interés casacional -que ha de estar directamente relacionado con la infracción legal denunciada (A TS 1º 30 sep. 2003 -rec. 852/03 -), de manera suficientemente clara y precisa como para poder ejercer adecuadamente el control de la admisión, tanto por la Audiencia Provincial como, fundamentalmente, por el Tribunal de casación, sin que las omisiones o carencias que al respecto se observen en dicho escrito puedan luego subsanarse en el escrito de alegaciones previsto en el art. 483.3 LEC.”*

**TERCERO.**— El motivo único del recurso de casación se funda en la infracción del artículo 82 del CDFA, juntamente con la de los artículos 90,

93 y 146 del Código Civil (CC), e invoca la infracción del principio de proporcionalidad. En la argumentación en su defensa pretende la disminución de la cuantía de la pensión que el Sr. Pertusa debe satisfacer. Estos argumentos inciden en el resultado de la prueba, en cuanto a la determinación de los ingresos del recurrente y la recurrida.

En la providencia dictada por la Sala en fecha 17 de septiembre poníamos de relieve que el motivo se refiere a la valoración de la prueba, y al formular alegaciones al respecto el Ministerio Fiscal entiende que constituye causa de inadmisión la falta de respeto a los hechos probados y que el principio de proporcionalidad en la determinación de la cuantía de la pensión es competencia de los juzgadores de instancia, no revisable en casación salvo que se justifique en el recurso que los resultados a que ha llegado la Audiencia son arbitrarios o ilógicos.

En el caso presente la parte recurrente sostiene que una argumentación sobre la situación económica del Sr. P. y la Sra. I., que pugnan con los hechos probados en las instancias. Particularmente manifiesta estar acreditado que se han reducido drásticamente los ingresos de su mandante, pero en la sentencia de la Audiencia se expresa, con cita de los fundamentos jurídicos del juez de primera instancia, que la situación económica del demandante "dista mucho de ser un simple demandante de empleo", y declara probada la existencia de una comunidad de bienes familiar, el elevado nivel de vida y otros elementos, y que la situación económica de la demandada es idéntica, de modo que concluye considerando que la situación de los hijos no ha cambiado sustancialmente y que dado el escaso tiempo transcurrido era necesario desestimar el recurso.

De esta forma la argumentación de la parte recurrente en apoyo de su recurso hace supuesto de la cuestión, al partir de unos hechos distintos de los que la Audiencia declara acreditados, lo que conduce a la inadmisión del motivo (Auto del TS de Tribunal Supremo Sala 1ª, A 6-11-2012, en recurso 1880/2011, que afirma: *"la parte recurrente articula el recurso de casación invocando la infracción de normas sustantivas desde una contemplación de los hechos diferente a la constatada por la Sentencia recurrida, eludiendo aquellas cuestiones de hecho que le perjudican, al partir de una base fáctica diversa a la constatada por la resolución recurrida tras la valoración de la prueba, con lo que el sustrato fáctico allí fijado y que sirve de apoyo a las conclusiones de la resolución recurrida deben mantenerse inalterables en casación, con la consecuencia de que respetada tal base fáctica ninguna infracción de las normas alegadas se ha producido. Consecuencia de lo expuesto el recurso articulado por la parte recurrente no se ajusta a la técnica casacional en tanto que la misma exige razonar sobre la infracción legal, prescindiendo de los hechos y de la valoración probatoria, planteando ante esta Sala una cuestión de derecho material en relación con los fundamentos de la Sentencia recurrida determinantes de su fallo, exigencia contenida en el art. 477.1, en relación con el art. 481.1 de la LEC"*).

En el mismo sentido la STS Sala 1ª, de 28-3-2014, nº 165/2014, en recurso 2840/2012, sostiene que *"La jurisprudencia de esta Sala ha declarado repetidamente que el juicio de proporcionalidad del artículo 146 CC "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".*

**CUARTO.**— El recurso incurre en la causa de inadmisión prevista en el art. 483.2.º LEC, en relación con los arts. 481.1 y 477.1, es decir, de interposición defectuosa por falta de técnica casacional. Esta, 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, a pesar del cumplimiento formal inicial de las exigencias previstas para formulación del recurso de casación, la lectura del desarrollo del motivo evidencia que no se pretende tanto la adecuada aplicación de norma sustantiva como, en realidad, la modificación de los hechos de los que ha partido como probados la sentencia recurrida."

**\*\*\* Auto del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 3 de diciembre de 2015. Inadmisión recurso de casación. Oposición a doctrina jurisprudencial. Normas de derecho común. Supuestos fácticos**

**"PRIMERO.**— En el caso presente, la parte afirma la recurribilidad de la sentencia por presentar interés casacional. Conforme a lo dispuesto en el art. 483.2.2 LEC, procederá la inadmisión del recurso si el escrito de interposición del recurso no cumple los requisitos establecidos, para los distintos casos, en la ley. Tratándose de un recurso de casación foral, han de observarse los específicamente previstos en la Ley 4/2005 de 14 de junio sobre la casación foral aragonesa, cuyo artículo 3.1 precisa cuándo un recurso presenta interés casacional: *"Cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia de Aragón o del Tribunal Supremo, dictada en aplicación de normas del Derecho civil aragonés, o no exista dicha doctrina en relación con las normas aplicables"*.

En sus alegaciones a la providencia del pasado 10 de noviembre señala el recurrente que entiende que la sentencia recurrida sí se opone a la doctrina jurisprudencial establecida en la sentencia de 26 de mayo de 2014 por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Mas no es esa la cuestión, sino que lo que ahora obsta a la admisibilidad, dado el tenor de la norma que acaba de citarse, es que la doctrina jurisprudencial invocada lo es en relación con normas de derecho común

(contenidas en el Código civil) y no en normas del derecho civil aragonés (contenidas en el Código de derecho foral de Aragón).

**SEGUNDO.**— Lo anterior determinaría, por sí solo, la inadmisibilidad del recurso. Pero es que además, como se apuntó en la providencia, y señalan ahora el Ministerio Fiscal y la contraparte, sin que el recurrente haya desvirtuado esta apreciación, sucede que en los tres motivos de casación articulados se razona la pretendida vulneración sustantiva sobre la base de unos supuestos fácticos distintos a aquellos de los que partió la sentencia impugnada. En el primero de ellos (vulneración del art. 80.1) señala la parte que alude a la supuesta amistad de la perito con la hermana de la ahora recurrida y a la constante presión que dice que ésta ejerce sobre el niño— que se ha restringido el régimen de visitas sin ninguna razón objetiva, cuando la sentencia lo justifica por las crisis del menor y su rechazo a las visitas. En el motivo segundo (vulneración del 82.1) argumenta la alegada desproporción a partir de la existencia de una cifra mensual de gastos (2.600) que dice debe soportar y que superaría su salario, pero que no encuentra base en la sentencia, y de hecho se remite ahora a los documentos aportados en la instancia. En el motivo tercero afirma que no concurren las circunstancias previstas en el artículo 83.1 para la fijación de una asignación compensatoria, contra lo sentido en la sentencia recurrida que expresa que el desequilibrio es más que evidente.

Por lo expuesto, procede acordar la inadmisión de los motivos de casación.

**TERCERO.**— Inadmitidos los motivos de casación se impone asimismo la del motivo de infracción procesal, y ello por imperativo de lo dispuesto en la Disposición Final 16ª de la LEC, punto 1, regla 5ª: *Si se tramitaren conjuntamente recurso por infracción procesal y recurso de casación, la Sala examinará, en primer lugar, si la resolución recurrida es susceptible de recurso de casación, y si no fuere así, acordará la inadmisión del recurso por infracción procesal.*

En consecuencia, procede la inadmisión del recurso."

## 2.2. INTERPRETACIÓN DOCTRINAL

En este apartado damos noticia de los libros y artículos de los que hemos tenido conocimiento a lo largo del año 2015:

### A) Obras generales, manuales, panorámicas y revistas

#### 1. Comentarios y otras obras colectivas

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús (Director), BAYOD LÓPEZ, María del Carmen y SERRANO GARCÍA, José Antonio (Coordinadores): *Código del Derecho Foral de Aragón. Concordancias, Doctrina y Jurisprudencia*, Gobierno de Aragón, Departamento de Presidencia y Justicia, Zaragoza, 2015, 882 págs.

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús (Director), BAYOD LÓPEZ, María del Carmen y SERRANO GARCÍA, José

Antonio (Coordinadores): *Comentarios al Código del Derecho Foral de Aragón. Doctrina y Jurisprudencia*, Ed. Dykinson, Madrid, 2015, 833 págs.

#### 3. Manuales y obras generales de Derecho aragonés

SERRANO GARCÍA, José Antonio y BAYOD LÓPEZ, Mª del Carmen: *Lecciones de Derecho civil: Persona y Bienes*, Kronos Editorial, Zaragoza, 2015, 494 págs.

#### 4. Manuales y obras generales de Derecho foral

BUSTO LAGO, José Manuel (director): *Curso de Derecho civil de Galicia*, Atelier-Libros Jurídicos, Barcelona, 2015, 481 págs.

URRUTIA BADIOLA, Andrés M.: *La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*. Academia Vasca de Derecho y Dykinson, S.L., Bilbao, 2016, 552 págs.

#### 6. Revistas

VV.AA.: *Actas del los XXIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Teruel, 2013), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2014, 288 págs.

VV.AA.: *Actas del los XXIV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Huesca, 2014), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2015, 383 págs.

#### B) Monografías y artículos

#### 1. Temas comunes a todos los Derechos forales

##### 1.4. Los Derechos forales en la Constitución y los Estatutos de Autonomía

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: "La sentencia del TC sobre el "Estatut", la situación del Derecho civil español y la huida hacia el Derecho mercantil", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 55, 2015, págs. 35-68.

##### 1.6. Problemas de Derecho interregional

MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, Ana: "Ley aplicable a la sucesión y Ley reguladora de los efectos del matrimonio. Comentario de la STS, sala primera, de 28 abril 2014 (REC. 2105/2011)", en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 35, 2014, págs. 415-438.

#### 2. Estudios de fuentes e historia del Derecho e instituciones del Reino de Aragón

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: "El Vidal Mayor y los Fueros de Aragón", introducción al libro de Guillermo Fatás Cabeza, *Fueros de Aragón miniados. Las imágenes del Vidal Mayor*. Núm. 30 de la Colección "Mariano de Pano y Ruata",

Fundación Caja Inmaculada, Zaragoza, 2014, págs. 11 a 14.

FATÁS CABEZA, Guillermo: *Fueros de Aragón miniados. Las imágenes del Vidal Mayor*. Núm. 30 de la Colección "Mariano de Pano y Ruata", Fundación Caja Inmaculada, Zaragoza, 2014. Con una introducción de Jesús Delgado Echeverría y la coordinación de Ricardo Centellas.

## 5. Parte general del Derecho

### 5.1. Fuentes del Derecho. Costumbre. *Standum est chartae*

FERNÁNDEZ DOMINGO, Jesús Ignacio: "Significado de la observancia *equus in bello vulneratus*" en *Estudios en Homenaje al Profesor Manuel García Amigo* (Dir. M. Cuadrado y M<sup>o</sup> de los D. Núñez; La Ley, Madrid, 2015), T. II, págs. 1867 a 1897.

## 6. Persona y familia

### 6.4. Relaciones entre ascendientes y descendientes

BARINGO GINER, Fernando: "Reflexiones prácticas sobre la convivencia y los gastos de los hijos mayores a cargo", en *ACTAS DEL LOS XXIII ENCUENTROS DEL FORO DE DERECHO ARAGONÉS* (Zaragoza-Teruel, 2013), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2014, págs. 271 a 276.

BAYOD LÓPEZ, María del Carmen: "Padres e hijos mayores de edad: gastos y convivencia", en *Actas del los XXIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Teruel, 2013), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2014, págs. 181 a 269.

BAYOD LÓPEZ, María del Carmen: "Niños mayores de edad. Reflexiones sobre la mayoría de edad en el siglo XXI. Crianza y educación de los hijos mayores de edad a través del modelo aragonés", en *Estudios en Homenaje al Profesor Manuel García Amigo* (Dir. M. Cuadrado y M<sup>o</sup> de los D. Núñez; La Ley, Madrid, 2015), T. I, págs. 77 a 111.

DÍAZ ALABART, Silvia: "Obligaciones de los hijos mayores para con sus padres. Respeto y contribución al levantamiento de las cargas familiares", en *Revista de derecho privado*, 2015, septiembre/octubre, págs. 35-68.

RODRÍGUEZ ESCUDERO, María de las Victorias: "La responsabilidad parental y el cambio de domicilio del menor por el progenitor custodio", en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, núm. 746, 2014, págs. 2893-2926.

SERRANO GARCÍA, José Antonio: "Doctrina del TSJ de Aragón sobre los efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo", en *Estudios en Homenaje al Profesor Manuel García Amigo* (Dir. M. Cuadrado y M<sup>o</sup> de los D. Núñez; La Ley, Madrid, 2015), T. II, págs. 1867 a 1897.

TENA PIAZUELO, Isaac, *La prestación de alimentos a los hijos tras la ruptura de pareja. Pensiones, gastos, vivienda*, (ISBN: 9788490981375), Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 260.

UREÑA CARAZO, Belén: "Hacia una corresponsabilidad parental. La superación de la distinción entre patria potestad y guarda y custodia", en *Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, núm. 69, 2015, págs. 49-69.

### 6.5. Relaciones tutelares y parentales. Adopción, guarda, acogimiento. Protección de menores

LÓPEZ AZCONA, Aurora: "Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia", en *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXX, núm. 2185, enero 2016, págs. 3 a 89.

### 6.6. Régimen económico conyugal

AZAUSTRE GARRIDO, María Dolores: "Problemática del pago de hipoteca y de otras deudas del matrimonio tanto en la fase declarativa como de ejecución", en *Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, núm. 69, 2015, págs. 27-48.

### 6.9. Parejas estables no casadas

GÁLVEZ CRIADO, Antonio: "El principio general del libre desarrollo de la personalidad y los pactos entre convivientes tras la STC 93/2013, de 23 de abril", en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, N<sup>o</sup> 750, 2015, págs. 1807-1858.

NANCLARES VALLE, Javier: "Las parejas estables tras la inconstitucionalidad parcial de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio. El retorno de la unión de hecho". En *Revista crítica de derecho inmobiliario*, N<sup>o</sup> 750, 2015, págs. 1859-1914

## 7. Sucesiones por causa de muerte

### 7.1.4. Aceptación y repudiación de la herencia

BAYOD LÓPEZ, María del Carmen: "Incidencia del derecho de transmisión en las instituciones sucesorias aragonesas: efectos prácticos", en *Actas del los XXIV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Huesca, 2014), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2015, págs. 51 a 106.

BELLIDO DIEGO-MADRAZO, Daniel: "Algunas notas históricas sobre el derecho de transmisión sucesorio de Aragón", en *Actas del los XXIV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Huesca, 2014), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2015, págs. 107-115.

ENCISO SÁNCHEZ, José Manuel: "Incidencia del derecho de transmisión en las instituciones sucesorias aragonesas: efectos prácticos", en *Actas del los XXIV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Huesca, 2014), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2015, págs. 117-131.

### 7.1.5. Responsabilidad del heredero

OBARRIO MORENO, Juan Alfredo: "La regulación del beneficio de inventario en el Código Civil y el Derecho foral español", en *Revista jurídica del notariado*, N° 94, 2015, págs. 149-234.

## 7.2. Sucesión testamentaria

### 7.2.2. Testamento mancomunado

PEMÁN MELERO, Mariano Jesús: "Revocación e ineficacia [del testamento mancomunado]", en *Actas del los XXIV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Huesca, 2014), *El Justicia de Aragón*, Zaragoza, 2015, págs. 199 a 209.

### 7.2.3. Invalidez e ineficacia de los testamentos

GARCÍA BERNUÉS, Ángel: "Algunas cuestiones acerca de la ineficacia de los testamentos", en *Actas del los XXIV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Huesca, 2014), *El Justicia de Aragón*, Zaragoza, 2015, págs. 211 a 222.

PARRA LUCÁN, M<sup>o</sup> Angeles: "Nulidad y revocación del testamento unipersonal. (Especial atención a los límites de la voluntad de disponer y su control)", en *Actas del los XXIV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Huesca, 2014), *El Justicia de Aragón*, Zaragoza, 2015, págs. 135 a 197.

## 8.2. Relaciones de vecindad

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María: "El árbol medianero en el Derecho foral aragonés", en *Estudios en Homenaje al Profesor Manuel García Amigo* (Dir. M. Cuadrado y M<sup>o</sup> de los D. Núñez; La Ley, Madrid, 2015), T. II, págs. 1361 a 1386.

## 8.3. Luces y vistas

BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena: "Régimen de luces y vistas en el Código de Derecho Foral Aragonés", en *Estudios en Homenaje al Profesor Manuel García Amigo* (Dir. M. Cuadrado y M<sup>o</sup> de los D. Núñez; La Ley, Madrid, 2015), T. II, págs. 1151 a 1176.

## 9.1. Derecho de obligaciones en general

GARCÍA CANTERO, Gabriel: "Antecedentes y marco internacional del arrendamiento de vivienda. La problemática del derecho a la vivienda", en *Actas del los XXIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Teruel, 2013), *El Justicia de Aragón*, Zaragoza, 2014, págs. 95 a 109.

PALAZÓN VALENTÍN, Javier: "El Código de Derecho Foral de Aragón y los arrendamientos urbanos de vivienda", en *Actas del los XXIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Teruel, 2013), *El Justicia de Aragón*, Zaragoza, 2014, págs. 111-131.

VIGIL DE QUIÑONES OTERO, Diego: "El arrendamiento urbano a arrendatario casado en consorcio: perspectiva registral", en *Actas del los XXIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Teruel, 2013), *El Justicia de Aragón*, Zaragoza, 2014, págs. 133 a 144.

## APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DEL DERECHO PÚBLICO ARAGONÉS

El examen del estado de aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico-público aragonés se realiza en este Informe especial a través del examen de la situación de los problemas de constitucionalidad que afectan a normas aragonesas o a normas estatales por relación con las competencias asumidas en el Estatuto de Autonomía (punto 1 del Informe) y del análisis de las resoluciones del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en las que se aborda la adecuación al ordenamiento jurídico de normas de derecho público aragonés, objeto propio de estudio en este apartado.

Finalmente, en un epígrafe específico se da noticia de los libros y artículos sobre Derecho Público aragonés de que hemos tenido conocimiento durante 2015.

### 1. Sentencias dictadas durante 2015 en las que se declara la nulidad total o parcial de normas de derecho público aragonés

Se realiza una reseña de diferentes resoluciones judiciales del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en las que se ha suscitado por vía directa o indirecta el estudio de adecuación a derecho de normas aragonesas y en las que se ha concluido con su anulación.

#### 1. Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1<sup>o</sup>). Sentencia núm. 737/2015 de 9 diciembre

Educación: Decreto 73/2011, de 22 de marzo, de la Consejera de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de Aragón, por el que se establece la Carta de derechos y deberes de los miembros de la comunidad educativa y las bases de las normas de convivencia en los centros educativos no universitarios de la Comunidad Autónoma de Aragón. Estimación parcial: anulación del apartado 6 del artículo 77 por resultar contrarios al artículo 27.6 de la Constitución y los artículos 54.2.f), 57.d) y 61.7 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación.

#### "FUNDAMENTOS DE DERECHO"

PRIMERO.— Se impugna en el presente proceso por la actora, los artículos 77.1 y 77.6 del Decreto 73/2011, de 22 de marzo, de la Consejera de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de Aragón, por el que se establece la

Carta de derechos y deberes de los miembros de la comunidad educativa y las bases de las normas de convivencia en los centros educativos no universitarios de la Comunidad Autónoma de Aragón.

SEGUNDO. — La cuestión suscitada se circunscribe a determinar si el Decreto impugnado en los artículos invocados vulneran los artículos 27.6 de la Constitución y los artículos 54.2.f), 57.d) y 61.7 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación (LODE).

La parte actora, tras transcribir los referidos artículos 54.2.f), 57.d) y 61.7 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación (LODE), referentes, respectivamente, a las facultades del Director de resolver los asuntos de carácter grave planteados en el centro en materia de disciplina de alumnos y los que corresponden al Consejo Escolar del Centro en esta materia en relación a los Centros concertados, y la imposibilidad de que la Administración educativa adopte medidas que supongan subrogación en las facultades respectivas del Titular o del Consejo Escolar del Centro, referirse al artículo 66 y 75.1 del Decreto 73/2011, de 22 de marzo (LARG 2011, 126) que cumpliendo lo previsto en la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de Julio reguladora del Derecho a la Educación reserva al Director la facultad de corregir las conductas gravemente perjudiciales para la convivencia del Centro, previa instrucción del oportuno expediente, siendo competente el Consejo Escolar para la revisión de la Resolución dictada por el Director, que actuará a instancia de parte, según el artículo 75.3 del Decreto, señala que el Decreto en su artículo 65.6 vulnera los preceptos anteriormente citados y al referirse a la aplicación de la medida correctora consistente en «cambio de centro» del alumno infractor, establece un procedimiento dispuesto en el artículo 77, que condiciona la aplicación de la medida correctora a la concurrencia de dos requisitos: que previamente se hayan tenido que adoptar otras medidas con independencia de la gravedad de la infracción, y la previa autorización administrativa, arrojándose la Administración una función que no se contempla en la LODE, limitando de manera evidente el Derecho a la Libertad de creación de Centros Docentes, previsto en el artículo 27.6 de la Constitución, en la acepción del Derecho a la Dirección de Centros, con cita de Sentencia del Tribunal Constitucional 77/1985, de 27 de junio (RTC 1985, 77), suponiendo los referidos condicionamientos previstos en el artículo 77.1 y 6 del Decreto impugnado una evidente limitación del Derecho de Dirección de Centro, que resulta novedoso por cuanto el Real Decreto 732/1995, de 5 de mayo (RCL 1995, 1647), por el que se establecen los derechos y deberes de los alumnos y normas de convivencia de los centros y que fue de aplicación en los centros docentes no universitarios, hasta la entrada en vigor del Decreto impugnado, no establecía limitación a la capacidad otorgada por la LODE a los Directores para resolver conflictos de carácter grave, extralimitándose la Administración en su

competencia y subrogándose en facultades que son propias de la Titularidad y del Consejo Escolar, circunstancia que expresamente prohíbe el artículo 61.7 de la LODE.

TERCERO. — Debe comenzarse señalando que la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio (RCL 1985, 1604 y 2505), reguladora del Derecho a la Educación, establece, dentro del Título IV relativo a los centros concertados, en artículo 54.2 las facultades del director que serán, entre otras: "f) Resolver los asuntos de carácter grave planteados en el centro en materia de disciplina de alumnos y alumnas", y en el artículo 57 las que corresponden al Consejo Escolar señalando en el apartado d) "Conocer la resolución de conflictos disciplinarios y velar por que se atengan a la normativa vigente. Cuando las medidas disciplinarias adoptadas por el director correspondan a conductas del alumnado que perjudiquen gravemente la convivencia del centro, el Consejo Escolar, a instancia de padres, madres o tutores legales, podrá revisar la decisión adoptada y proponer, en su caso, las medidas oportunas". Y en el artículo 62.7 "La Administración educativa no podrá adoptar en ningún caso medidas que supongan su subrogación en las facultades respectivas del titular o del Consejo del centro".

Asimismo, el Decreto impugnado, después de reservar al Director del centro en los artículos 66 y 75.1 la facultad de corregir las conductas gravemente perjudiciales para la convivencia del Centro, previa instrucción del oportuno expediente, en el artículo 65 establece las medias para corregir las conductas gravemente perjudiciales para la convivencia del centro enumeradas en el artículo precedente señalando entre otras: "...6. Como medida de corrección excepcional, el cambio de centro. La adopción de esta medida correctora únicamente podrá hacerse si se dan las condiciones establecidas en el art. 77 de este decreto", que dispone: "1. La medida correctora de cambio de centro tiene un carácter excepcional y sólo podrá proponerse después de que las anteriores conductas del alumno gravemente perjudiciales para la convivencia del centro hayan sido corregidas sin éxito mediante las demás medidas correctoras previstas en este decreto", y el punto 6. "La Dirección del Servicio Provincial, tras analizar el caso y teniendo en cuenta el informe de la Inspección educativa, autorizará o no la aplicación de la medida correctora de cambio de centro. En caso de no ser autorizada la propuesta, la dirección del centro deberá modificarla y aplicar otras medidas correctoras".

Partiendo de dicho marco normativo, la Administración se arroga, en el artículo 77.6 una función no contemplada en la Ley, y si bien, conforme al contenido esencial del derecho a la dirección puede precisarse, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional (S 11/1981 de 8 abril) a la que hace referencia la actora, tanto desde el punto de vista positivo como desde una delimitación negativa que desde la primera perspectiva, implica el derecho a garantizar el respeto al carácter propio y de asumir en última instancia

la responsabilidad de la gestión, especialmente mediante el ejercicio de facultades decisorias en relación con la propuesta de Estatutos y nombramiento y cese de los órganos de dirección administrativa y pedagógica y del profesorado. Y desde el punto de vista negativo, ese contenido exige la ausencia de limitaciones absolutas o insalvables, o que lo despojen de la necesaria protección. De ello se desprende que el titular no puede verse afectado por limitación alguna que, aun respetando aparentemente un suficiente contenido discrecional a sus facultades decisorias con respecto a las materias organizativas esenciales, conduzca en definitiva a una situación de imposibilidad o grave dificultad objetiva para actuar en sentido positivo ese contenido discrecional; en las limitaciones a tal derecho de dirección, habría que dejar a salvo el contenido esencial del mismo a que nos acabamos de referir, nunca podrían ir referidas a limitar a posteriori facultades que le vienen normativamente atribuidas en materia disciplinaria a la Dirección y al Consejo Escolar, amparándose, como pretende el Letrado de la Administración demandada, en el contenido del artículo 73 del Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobado por Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril (RCL 2007, 822 y 2223), en cuanto señala que "Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia compartida en enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades, que, en todo caso, incluye la ordenación del sector de la enseñanza y de la actividad docente y educativa, su programación, inspección y evaluación; el establecimiento de criterios de admisión a los centros sostenidos con fondos públicos para asegurar una red educativa equilibrada y de carácter compensatorio; la promoción y apoyo al estudio; la formación y el perfeccionamiento del personal docente; la garantía de la calidad del sistema educativo, y la ordenación, coordinación y descentralización del sistema universitario de Aragón con respeto al principio de autonomía universitaria", porque tal competencia compartida en enseñanza no se discute y será la que determine la ejecución de la medida correctora de cambio de centro.

De todo lo anterior se desprende que con la regulación del Decreto impugnado se invaden facultad del Director o del Consejo Escolar de los centros concertados, pues limita las que se contienen en los artículos 54 y 57 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, siendo así que la intervención de la Administración supone la eliminación de la medida de cambio de centro impuesta por el órgano competente una vez concluido el procedimiento correspondiente, por razones al margen del mismo, limitando la competencia de la Dirección del centro, con independencia de la actuación de la Administración educativa aragonesa una vez comunicada la corrección acordada.

En definitiva, entre las legítimas limitaciones y condicionamientos que se pueden establecer respecto a los centros concertados no pueden ser incluidas las que ahora se combaten, referidas a la facultad disciplinaria que corresponde a los Direc-

tores y Consejo Escolar y no a la Administración educativa.

Por tanto, desde el momento en que no encuentra amparo normativo la intervención de la Administración en la regulación disciplinaria hay que admitir la contrariedad a Derecho de la regulación del Decreto contenida en el punto 6 del art. 77. Por todo lo cual procede la estimación del recurso en este extremo.

CUARTO.— Conforme a lo establecido en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional, no procede hacer expresa imposición de costas.

En atención a lo expuesto, este Tribunal ha resuelto pronunciar el siguiente:

## FALLO

PRIMERO.— Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo número 392 de 2011 interpuesto por la....., contra el Decreto 73/2011, de 22 de marzo (LARG 2011, 126), de la Consejera de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de Aragón, anteriormente referido, y anular el apartado 6 del artículo 77 del mismo.

SEGUNDO.— No hacer expresa imposición de costas.

## **2. Tribunal Superior de Justicia de Aragón, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª). Sentencia núm. 564/2015 de 21 octubre**

Haciendas locales. Presupuesto: impugnación: asignación económica a entidad local menor: cuantía: determinación: examen.

## "FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.— Se impugna en el presente proceso por la Entidad actora el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Zuera de 18 de julio de 2012, por el que se aprobó con carácter definitivo el Presupuesto de dicho Ayuntamiento para el ejercicio 2012, en el particular relativo a la partida de transferencias a la Entidad Local Menor Ontinar del Salz, por considerar que debe ser, al menos, de 348.124,01 euros -en conclusiones eleva a la cifra de 354.054,01 euros— y por no contemplar una partida para el pago de los atrasos adeudados a la Entidad por importe de 259.288,15 euros; y ello frente a la única partida prevista de transferencias a dicha Entidad Local Menor por la cantidad total de 350.000 euros.

Basando, en esencia, su pretensión -con invocación, entre otras disposiciones, del artículo 170.2.b) del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (RCL 2004, 602 y 670), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales y de diversas sentencias de otros Tribunales- en la aplicabilidad del Convenio firmado entre el Ayuntamiento de Zuera y la Entidad Local Menor el 1 de enero de 1996, que considera vigente y cuyo cumplimiento ya fue sugerido por el Justicia de Aragón el 7 de septiembre de 2004. Siendo el primero de los im-

portes referidos el resultado -según la recurrente- de la participación en los ingresos de Zuera especificados en el Convenio, y el segundo la suma de la cantidad de 155.229,23 euros abonada en el año 2012, correspondiente a adelantos de 2011 que no se habían pagado por falta de crédito suficiente, y de la cantidad de 104.060 euros que prevé -partiendo de la del ejercicio 2009- para las liquidaciones del Convenio de los ejercicios 2010 y 2011 a abonar por el Ayuntamiento a la Entidad Local Menor.

Del referido convenio se han de reproducir las siguientes cláusulas, en las que la actora viene a apoyar sus pretensiones:

Primera. - El Ayuntamiento de Zuera se compromete a transferir a la pedanía de Ontinar de Salz los ingresos derivados de la recaudación por los conceptos siguientes: impuesto sobre bienes inmuebles de naturaleza rústica; impuesto sobre bienes inmuebles de naturaleza urbana; impuesto sobre actividades económicas; impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana; tasas sobre rieles, postes y palomillas, y las transferencias de los fondos de cooperación nacional y regional, así como cualquier otro ingreso de nueva creación, correspondientes todos ellos al término municipal de Ontinar de Salz.

Segunda. - La entidad local menor seguirá recaudando directamente los impuestos y tasas cedidos hasta la fecha por el Ayuntamiento de Zuera, y que son: impuesto sobre vehículos de tracción mecánica; impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras; tasa por el otorgamiento de licencias urbanísticas, exigidos por el artículo 242 de la Ley del Suelo (RCL 2008, 1260), así como las tasas, precios públicos y contribuciones especiales por aquellos servicios que la entidad local menor preste directamente, incluida la tasa por la prestación del servicio de recogida domiciliar de basuras.

Tercera. - El total del montante a transferir constará en los presupuestos del Ayuntamiento de Zuera como transferencias corrientes a la entidad local menor, mientras que en los presupuestos de ésta constarán por el mismo concepto los reintegros en favor del Ayuntamiento de Zuera como contribución económica por prestación de servicios y participación en gastos comunes.

Cuarta. - La entidad local menor de Ontinar de Salz se obliga a contribuir en los gastos del Ayuntamiento de Zuera, siempre que estos conceptos sean prestados directamente a aquella de forma constante y continuada en el siguiente porcentaje:

- Secretaría General, 12,75%
- Servicios técnicos de arquitectura. 12,75%.
- Servicio de aparejador municipal. 12,75%.
- Servicio Social de Base. 1,10%.
- Brigada de basuras. 6,80%.
- Gastos camión de basuras. 6,80%.
- Aportación Mancomunidad Bajo Gállego. 12,75%

Esta aportación, siempre que se preste el servicio, se calculará en función del coste estimado en el presupuesto municipal del Ayunta-

miento de la villa de Zuera para el ejercicio en curso.

Quinta. - Las cantidades que serán objeto de transferencia por parte del Ayuntamiento de Zuera a la entidad local menor de Ontinar de Salz serán las que correspondan a los siguientes ingresos:

-IBI rústica: Los que correspondan a la deuda tributaria resultante de la aplicación del correspondiente tipo impositivo aprobado sobre los valores catastrales que figuren en el padrón de fincas rústicas situadas en Ontinar de Salz.

-IBI urbana: Los que correspondan a la deuda tributaria resultante de la aplicación del correspondiente tipo impositivo aprobado sobre los valores catastrales que figuren en el padrón de fincas urbanas situadas en Ontinar de Salz.

-IAE: Los que correspondan a los contribuyentes que figuren en el correspondiente padrón recaudatorio y que ejerzan su actividad en la entidad de Ontinar de Salz.

-Rieles, postes y palomillas: El 12.75% del total percibido por el Ayuntamiento de Zuera. (Únicamente en el caso de que tal liquidación no se efectúe directamente por ERZ a la entidad focal menor).

-Participación en los ingresos de Telefónica de España, S.A.: 12.75% del total percibido por el Ayuntamiento de Zuera.

-Fondo de cooperación nacional: El 12.75% del total percibido por el Ayuntamiento de Zuera.

-Fondo autonómico local: El 12.75% del total percibido por el Ayuntamiento de Zuera.

Las transferencias se efectuarán mensualmente, en el momento en que dichos ingresos hayan sido real y efectivamente percibidos por el Ayuntamiento de Zuera y que, con arreglo a lo previsto, hayan de ser objeto de transferencia a favor de la entidad local menor de Ontinar de Salz.

Gastos: La aportación de Ontinar de Salz para los gastos previstos se hará mensualmente. Para ello se deducirán de la cantidad mensual que le corresponda por su participación en el fondo nacional el resultado de dividir por doce la totalidad de los gastos previstos inicialmente para cada año, y sin perjuicio de la posterior liquidación definitiva que corresponda.

La liquidación definitiva se realizará cuando el Ayuntamiento de Zuera disponga de los importes resultantes de la liquidación definitiva de ingresos y gastos.

Novena. - El presente convenio entrará en vigor el 1 de enero de 1996, y la modificación, ampliación o derogación de cualquier cláusula establecida en este acuerdo deberá ser acordada, por mayoría absoluta, en los respectivos plenos municipales".

SEGUNDO.— Estableciendo el invocado artículo 170.2.b) del RDL 2/2004 (RCL 2004, 1420) que "únicamente podrán entablarse reclamaciones contra el presupuesto: ... b) Por omitir el crédito necesario para el cumplimiento de obligaciones exigibles a la entidad local, en virtud de precepto legal o de cualquier otro título legítimo, la cuestión objeto de debate se centra en determi-

nar si la cantidad consignada en el Presupuesto impugnado para atender las obligaciones exigibles para con la Entidad Local Menor recurrente, por importe de 350.000, resulta o no suficiente.

Frente a lo que sostiene la recurrente en los términos antes referidos, el Ayuntamiento demandado opone que el referido Convenio fue denunciado por su parte en virtud de Acuerdo adoptado en sesión del Pleno de 6 de mayo de 2004, que no está vigente en los términos y condiciones en los que fue firmado en el año 1996 y que, en definitiva, no existe título legítimo que habilite a la Entidad Local Menor a exigir la inclusión de determinados créditos. Añadiendo que tampoco nos encontramos ante una obligación exigible, no correspondiéndose el crédito alegado por aquella con una obligación vencida, líquida y exigible al no haberse practicado la liquidación definitiva.

Y, en efecto, ha quedado acreditado que el Convenio en cuestión fue denunciado por Acuerdo del Pleno municipal de 6 de mayo de 2004 -posterior a la queja formulada al Justicia-, con base en que habían transcurrido ya ocho años desde la firma del Convenio y una parte de las cláusulas que contenía habían quedado obsoletas o entraban en colisión con normas vinculantes posteriores, por lo que se consideraba oportuno llevar a cabo una nueva redacción que estuviera más acorde con el marco normativo, acordándose que durante el ejercicio 2004, en caso de no producirse la aprobación de un nuevo convenio, se aplicarían, con carácter provisional, las cláusulas del Convenio de 1996, y encomendándose al Alcalde el inicio de los procedimientos necesarios para la redacción de un nuevo Convenio. Tal acuerdo devino firme, pues no obstante su rechazo por la Junta Vecinal el 8 de julio de 2004, no consta que fuera recurrido y, por otra parte, el recurso contencioso administrativo que interpuso en el año 2006 contra la inactividad del Ayuntamiento por incumplimiento del Convenio -recurso 426/2006 del Juzgado de lo contencioso administrativo núm. 4- se declaró terminado por auto de 10 de septiembre de 2007, por desistimiento de la recurrente -si bien, según alega, al haberse aprobado por el Ayuntamiento el pago de una aportación de 60.000 euros a cuenta de la regularización de las liquidaciones pendientes de practicar y haberse comunicado la intención de reanudar las relaciones de colaboración entre ambas entidades-.

Lo cierto es que, no obstante dicha denuncia -a la que, pese lo sostenido por la recurrente, no podía obstar lo establecido en el cláusula novena, referida a la modificación, ampliación o derogación de cualquier cláusula, y máxime cuando el Convenio no se establecía plazo de vigencia-, se han venido aplicando, cuando menos en parte y con determinadas adaptaciones, los criterios establecidos en el convenio, practicándose anualmente desde finales de 2007 -en que se regularizaron las de los años 2003, 2004 y 2005- las liquidaciones anuales que fueron firmadas por los dos Alcaldes hasta la de 2009 y aprobadas por resoluciones de la Alcaldía de Zuera -las que co-

menzaban con la siguiente expresión: "atendida la relación de colaboración existente entre la Entidad Local de la Villa de Zuera y Ente Local Menor de Ontinar del Salz que conlleva aportaciones económicas"- . Y también es cierto que con fecha 7 de marzo de 2013 -según documento aportado por la actora antes de declararse concluso el período probatorio- se acordó por el Pleno del Ayuntamiento de Zuera: "el cumplimiento del convenio en los términos que se firmó entre el Ayuntamiento de Zuera y la Junta Vecinal de Ontinar del Salz"; "el pago puntual de las mensualidades y los retrasos adeudados desde julio a diciembre de 2012 y enero de 2013"; y "dar traslado de este acuerdo plenario a Secretaría General, Intervención y Tesorería para que se inicien los pagos de los mencionados retrasos y se confeccionen las liquidaciones de 2010 y 2011 aplicando el convenio en vigor". Mas sin aclarar ni solventar en este último acuerdo todas las diferencias mantenidas con la Entidad Local Menor en orden a la inclusión en las liquidaciones anuales de los conceptos en los que han venido manteniendo su discrepancia en los ejercicios 2010 y siguientes. Debiendo significarse que, como resulta de la documental aportada por la actora, contra la liquidación del ejercicio 2010, aprobada por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 21 de noviembre de 2012 -precedido, no se desconoce, de informe desfavorable de la Intervención-, por un importe en favor del Ayuntamiento de Zuera de 88.071,88 euros -así como contra las liquidaciones de anticipos mensuales de los meses de julio a octubre de 2012, por un importe total acumulado de 106.036,74 euros, y con la solicitud, acumuladamente, según escrito de interposición, de cumplimiento del convenio- se interpuso recurso contencioso administrativo seguido en el Juzgado de lo Contencioso Administrativo 4 con el número 362/2012, cuya resolución no consta en las actuaciones; como tampoco consta que en ejecución del referido acuerdo de 7 de marzo de 2013 se haya aprobado una nueva liquidación del ejercicio 2010 -ni del 2011-, con las conformidad de ambas partes que hubiera podido solventar las diferencias mantenidas e, incluso, dejar el presente recurso carente de objeto.

El caso es que, centrándonos en lo que aquí ha de ser objeto de debate, para el cumplimiento de las obligaciones que ha venido asumiendo el Ayuntamiento de Zuera y exigibles en el ejercicio presupuestario cuestión, la partida aquí impugnada, de 350.000 euros, resultaría suficiente, según el informe de la intervención obrante en el expediente, en respuesta a la impugnación de la Entidad recurrente contra la aprobación inicial, caso de liquidarse los dos ejercicios de 2010 y 2011, partiendo de que el total de adelantos mensuales del ejercicio 2012 a realizar a la Entidad -por el 12,75 % de los anticipos ingresados por el Ayuntamiento de Zuera en concepto de participación de tributos del Estado e ingresos del Servicio de Recaudación de la DPZ por los tributos cuya gestión recaudatoria se ha habido cedido- ascendería a 294.453,44 euros y de que se había rea-

lizado un reconocimiento extrajudicial de créditos para atender a las transferencias de Ontinar del Salz, devengadas en el ejercicio 2011, que por falta de crédito en el presupuesto de ese ejercicio no habían podido reconocerse por importe de 121.095,07 euros; a lo que habría de añadirse en la partida en cuestión las liquidaciones del Convenio, liquidaciones que se decía se habían venido efectuando en el ejercicio posterior al siguiente año a liquidar, es decir, en el ejercicio 2011 se liquidó el ejercicio 2009. Según se informaba "el convenio firmado entre dichas entidades locales señala que la liquidación definitiva se realizara cuando el Ayuntamiento de Zuera disponga de los importes resultantes de la liquidación definitiva de Ingresos y Gastos. A día de hoy no se tienen todos los datos definitivos para realizar la liquidación definitiva, si bien si se tiene la mayoría de ellos para, al menos realizar una estimación o liquidación provisional del convenio del ejercicio 2010". Añadiendo que "en tal sentido, los cálculos de la liquidación provisional se han realizado, teniendo en cuenta los mismos criterios que se utilizaron en la última liquidación practicada en el ejercicio 2009, atendiendo a que el convenio entre ambas entidades ha quedado obsoleto y exige una reinterpretación constante al no reflejar la realidad de ingresos y gastos de ambas administraciones". Pormenorizándose seguidamente en el informe los diferentes conceptos y sus importes correspondientes a los tres ejercicios de 2009, 2010 y 2011, con determinadas aclaraciones de las cantidades recogidas, y de cuyos cálculos resulta que, frente a la liquidación de 2009, con un saldo favorable a Ontinar del Salz de 52.029,46 euros, las de 2010 y 2011 resultaban con un saldo en su contra de 56.946,05 y 81.045,18 euros respectivamente. Informándose, así mismo, que la aplicación de los nuevos criterios en las liquidaciones que según el equipo de gobierno era necesario realizar en los ejercicios 2010 y 2011, por los conceptos de gastos de policía y gastos de vertedero de Zaragoza imputados a la Mancomunidad, que esta repercute en el Ayuntamiento, haría que la partida de 350.000 sería suficiente incluso de liquidarse sólo el ejercicio 2010. Y, en este sentido, en el acuerdo del Pleno que aprobó el presupuesto, se desestimaron las alegaciones de la recurrente por la que se pretendía que se incrementara tal partida en 380.000 euros y se adicionara otra por los atrasos de 259.288,15 euros, al estimarse una liquidación negativa del convenio para el ejercicio de 2010 de 89.900 euros, con lo que el gasto imputable a esa partida, atendiendo a los anticipos a realizar durante 2012 -de 294.453,44 euros- y el reconocimiento de las transferencias de 2011 -por importe de 121.095,07 euros-, no superaría los 325.000 euros. Siendo finalmente la liquidación definitiva aprobada para el ejercicio 2010 la ya referida de 88.071,88 euros, objeto, como se ha dicho, del recurso número 362/2012.

Así las cosas, y sin perjuicio de lo que pudiera resultar de este último recurso y/o de la liquidación que se haya podido practicar o practique en

ejecución del acuerdo de 7 de marzo de 2013, no cabe concluir que la partida aquí impugnada sea insuficiente. Sin que las alegaciones de la recurrente permitan llegar a otra conclusión teniendo en cuenta que:

- Pretende incluir como ingresos computables con base en el convenio -por el apartado "cualquier otro ingreso de nueva creación"-, conceptos como "INAEM", "DPZ EMPLEO", "DPZ IGUALDAD", compensación telefónica y aprovechamiento de caza, que no figuran incluidos en anteriores liquidaciones, pese a que, como es el caso del último referido -según informó la Interventora municipal en respuesta a las preguntas formuladas por la actora en período probatorio-, se viene percibiendo desde hace años -ignorándose si ocurre lo mismo sobre el concepto de compensación telefónica, sobre el que ninguna pregunta se hizo, si bien sí figura incluido en la liquidación definitiva aprobada-, o no hay base suficiente en las actuaciones para considerar que tengan encaje en el convenio; así según la respuesta a las preguntas formuladas por la actora la Interventora informó que "no es cierto que el Plan extraordinario de apoyo al empleo 2010 de la Diputación Provincial de Zaragoza, constituya un ingreso de nueva creación "correspondiente al término municipal de Ontinar de Salz", puesto que no se circunscribe al territorio sino que la subvención fue asignada por la Diputación en función del no de desempleados, que se correspondía con el paro registrado según fuentes del Instituto Aragonés de Empleo (INAEM), a fecha 30 de abril de 2010. No constituye ingreso permanente para los municipios de la Provincia, sino que se crea con carácter coyuntural y finalista: destinado a financiar al 70 por 100 la contratación por los Ayuntamientos de personas desempleadas para la ejecución de servicios públicos de competencia municipal, con una duración máxima de 12 meses".

- La cantidad de 121.095,07 euros reconocida extrajudicialmente -computada por el Ayuntamiento- pretende incrementarla con otros 34.134,16 euros abonados el 4 de enero de 2012, en concepto de anticipo del mes de julio de 2011 -lo que suma la cantidad por ella estimada de 155.229,23 euros-, cuando este anticipo fue cargado al presupuesto del ejercicio 2011.

- No obstante los estrictos términos del convenio en cuanto a gastos, la actora ha admitido, cuando menos implícitamente, la necesidad de su adaptación o reinterpretación, como en el caso de los conceptos previstos en el convenio de "brigada de basuras" y de "gastos de camión de basuras", al no prestarse tal servicio por el Ayuntamiento sino por la Mancomunidad, y reconociendo en la liquidación de 2009 su inclusión en el apartado de aportación a la Mancomunidad del 12,75 %.

- Pretende ahora la actora la exclusión de los servicios de Secretaría, alegando que existe Secretario en la Entidad, cuando lo que acredita es tener contratado un auxiliar administrativo desde el año 1985 y sin que ello haya sido óbice para

incluir aquellos gastos en ninguno de los ejercicios anteriores.

- Para efectuar la liquidación de 2009 se tuvieron en cuenta, como ha informado la Intervención municipal, criterios nuevos respecto de las liquidaciones anteriores, como fueron los de arquitecto, aparejador, policía local, trabajador DPZ, gastos SER (Radio Zaragoza) y Crónica Bajo Gállego, los cuales se han mantenido en la del 2010 -con una variación en la forma de liquidar el correspondiente a policía local y sin figurar ya el de trabajador DPZ-. Es cierto que estos criterios no aparecen en la liquidación firmada por los dos Alcaldes en marzo de 2011; sin embargo, como también se advierte por dicha Intervención, por decisión de aquellos se incluyeron en esta liquidación los costos de tales conceptos nuevos en el de "gastos promoción y desarrollo nuevo polígono industrial" por un importe total de 23.580,13 euros -coincidente con la suma de los que se habían considerado individualmente para dichos conceptos nuevos-. Advirtiéndose ya entonces por el Interventor que, dicho concepto no estaba incluido en el Convenio firmado entre Zuera y Ontinar, que los gastos no se correspondían con el concepto con el cual se giraba y que no se tenía constancia desde Intervención que el Ayuntamiento estuviera llevando la gestión de la Unidad de Ejecución OUA 1, a excepción de la tramitación administrativa de los instrumentos de planeamiento (gastos de publicaciones).

- Se incluye por la actora, en la pretendida partida de atrasos, la cantidad de 104.060 euros, correspondientes a las liquidaciones a abonar por los ejercicios de 2010 y 2011, cuando las calculadas por el Ayuntamiento, como ha quedado expuesto, resultaban con saldo a favor de este último, y de hecho -se insiste- la aprobada definitivamente en 2010, de acuerdo con los criterios referidos, y objeto de impugnación en el recurso 362/2012, se vino a corresponder básicamente con la estimada al aprobar el presupuesto -la diferencia, a los efectos aquí examinados, resulta irrelevante-.

- Y a lo anterior se une que, como también se puso de manifiesto por la Intervención -en el aludido informe desfavorable que precedió a la liquidación de 2010, entre los motivos que determinaron que se formulara reparo suspensivo-, la entidad recurrente ha estado ingresando por parte de ENDESA importes correspondientes a tasa por ocupación de dominio público de los años 2007 y siguientes que no fueron declaradas a la hora de efectuar las correspondientes liquidaciones, por lo que -a su juicio- deberían iniciarse las oportunas actuaciones para determinar la cifra ingresada indebidamente y reclamar el reintegro de la deuda no prescrita.

Por todo lo cual, como se ha dicho, no puede concluirse que la cantidad consignada en los presupuestos del Ayuntamiento de Zuera, para atender las obligaciones para con la Entidad recurrente fuera insuficiente. Y, en cualquier caso, el superior crédito pretendido por esta, sobre el presupuestado, no respondería a una obligación

vendida, líquida y exigible, dada la controversia surgida y que ha dado origen al recurso jurisdiccional ya referido del Juzgado número 4.

TERCERO. — De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional (RCL 1998, 1741), procede imponer las costas del presente recurso a la entidad recurrente. Si bien al amparo de la facultad prevista en el apartado tercero de dicho artículo, se determina que el importe de las mismas no podrá rebasar la cantidad de 1.500 euros.

## FALLO

PRIMERO. — Estimamos el recurso contencioso-administrativo número 181 del año 2012, interpuesto por la ENTIDAD LOCAL MENOR ONTINAR DEL SALZ (ZARAGOZA), contra la resolución referida en el encabezamiento de la presente sentencia.

SEGUNDO. — Imponemos las costas a la recurrente, con el límite establecido en el último fundamento de esta resolución. "

**3. Tribunal Superior de Justicia de Aragón, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª). Sentencia núm. 487/2015 de 18 septiembre**

SUELO Y ORDENACION URBANA-URBANISMO: Ejecución de los planes de ordenación: sistemas de actuación: sistema de cooperación: reparcelaciones urbanísticas: proyecto de reparcelación: aprobación definitiva: aplica un Estudio de Detalle que no es conforme a derecho: nulidad procedente.

## "FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .— El recurso contencioso-administrativo se interpuso por la mercantil ....., contra el acuerdo del Gobierno de Zaragoza de fecha 29 de septiembre de 2009, desestimatorio del recurso de reposición interpuesto contra su anterior acuerdo de 29 de mayo de 2009, por el que se aprobó con carácter definitivo el proyecto de reparcelación de la Unidad de Ejecución número 1 del Área de Intervención F-51-3 del PGOU de Zaragoza.

La sentencia recurrida, tras una amplia exposición de los elementos fácticos obrantes en el expediente y fijar la posición de las partes, rechaza las dos primeras pretensiones de la mercantil actora, por las que instaba la retroacción de actuaciones, y entrando en el fondo de la reparcelación impugnada, partiendo de los artículos 124 y 125 de la Ley Urbanística de Aragón, y en particular de los criterios de proporcionalidad de los derechos adjudicados en relación con la superficie de las parcelas aportadas, preferencia de adjudicación de fincas en lugar próximo a las aportadas y el de restricción de adjudicación de pro indivisos, recogidos en las Bases de Actuación y Estatutos de la Junta de Compensación, concluye, con base en la prueba pericial del arquitecto D. Claudio

-que considera determinante-, que la propuesta por éste defendida presenta mayor racionalidad que la del proyecto de reparcelación y respeta el criterio de proximidad, evitando perjuicios económicos a la recurrente y resultando más coherente con los principios de la reparcelación, por lo que, con estimación del recurso, anula el acuerdo impugnado a fin de que se incorporen las modificaciones contenidas en la propuesta formulada por el citado arquitecto.

La sentencia es recurrida por el Ayuntamiento de Zaragoza y por la mercantil ....., S.A. -aquietándose la actora a los extremos de la misma por los que no se atienden sus primeras pretensiones-, pudiendo resumirse los motivos en los que se basan las apelaciones en la errónea valoración de la prueba por parte del Juzgador y en la vulneración del planeamiento en que incurre la propuesta del perito Sr. Claudio que asume aquel.

SEGUNDO.— Para la resolución del presente recurso de apelación se ha partir de que el proyecto de reparcelación aprobado por las resoluciones administrativas impugnadas es desarrollo o ejecución del Plan Especial del Área de Intervención F-51-3 del PGOU de Zaragoza y del Estudio de Detalle de las manzanas de tal Área, tramitado, este último, conjuntamente con el proyecto de reparcelación de la Unidad de Ejecución número 1 de dicha Área, para dar cumplimiento al artículo 16 de las Normas Urbanísticas del Plan Especial -en el que tras disponer en su párrafo primero que “la edificación en el ámbito de este Plan Especial no requerirá la aprobación previa de Estudios de Detalle, siempre que abarque uno o varios de los edificios completos definidos en la ordenación pormenorizada expresada en el plano O-3”, establece en su párrafo segundo que “en el supuesto de construcción parcial de alguno de los edificios previstos por el Plan Especial, se exigirá la aprobación previa del Estudio de Detalle con el objetivo de garantizar su unidad constructiva según los criterios expresados en el artículo siguiente”- y al amparo del artículo 93.4 del Reglamento de Gestión Urbanística (RCL 1979, 319) -a cuyo tenor “cuando, tratándose de edificación abierta, el plan no contenga reglas de ubicación de los volúmenes, se tramitará y aprobará conjuntamente con el proyecto de reparcelación un estudio de detalle en el que se determine la ubicación de los volúmenes en concordancia con los criterios de adjudicación”.

El Estudio de detalle fue aprobado con carácter definitivo por Acuerdo del Pleno Municipal de 27 de marzo de 2009, y entre las determinaciones que en él se recogen se encuentran las referentes a delimitación, superficie, altura, número de viviendas y edificabilidad de cada una de las parcelas resultantes del Proyecto de Reparcelación entonces en tramitación y conforme a la última modificación que durante esta se había producido. Como se pone de manifiesto en la memoria del Estudio de Detalle, parecía conveniente también que se concretara en éste “el aprovechamiento en número de viviendas y edificabilidad de cada propietario, de cada edificio y de cada

bloque, en coincidencia con el Proyecto de Reparcelación, y así se ha expresado”.

Dicho Estudio de Detalle fue también impugnado por la aquí actora, siguiéndose ante esta misma Sección el procedimiento ordinario 347/2009, el cual tras la contestación a la demanda por el Ayuntamiento de Zaragoza, a instancia de la representación y con la conformidad de la actora, fue suspendido hasta la resolución del recurso contencioso-administrativo interpuesto esta mercantil contra la aprobación definitiva del Proyecto de Reparcelación -el que es aquí objeto de enjuiciamiento-, y cuya suspensión se ha mantenido hasta la fecha de acuerdo con lo interesado por ambas partes en diversos escritos; y ello pese a ser el Proyecto de Reparcelación desarrollo o ejecución del Estudio de Detalle -aún tramitado conjuntamente-. De ahí que gran parte de las objeciones opuestas en los dos procedimientos y coincidentes, debían ser resueltas al aprobar el Estudio de Detalle, como así se vino a poner de manifiesto en el informe del Servicio Técnico de Planeamiento y Rehabilitación del Ayuntamiento de Zaragoza de 18 de septiembre de 2009, al señalar que el Proyecto de Reparcelación debe respetar el contenido del Estudio de Detalle y que la propuesta de modificación que en trámite de alegaciones se había efectuado por la actora “no debe realizarse en el expediente de tramitación del proyecto de reparcelación sino en el expediente donde se tramita el Estudio de Detalle”; añadiendo más adelante, a modo de resumen, que “el estudio de detalle recoge la composición volumétrica de las parcelas resultantes, comprobando que el aprovechamiento que se adjudica a cada una de ellas, se puede materializar; además de otros aspectos que tienen que ver con la estética, todo ello ajustado al contenido del plan especial que en este caso le precede. Cualquier cambio sobre las parcelas resultantes aprobadas, deberá venir precedida por la modificación del Estudio de Detalle”.

La sentencia recurrida, como se ha dicho, anula el acuerdo aprobatorio del proyecto de reparcelación aquí impugnado a fin de que se incorporen las modificaciones contenidas en la propuesta formulada por el arquitecto Sr. Claudio . Lo que ha llevado ahora a la Administración demandada y a la mercantil codemandada a alegar en sus respectivas apelaciones que tal propuesta no respeta los instrumentos de planeamiento que le dan cobertura; en concreto el área de movimiento del edificio R-2, tal y como se contempla en el Plan Especial y en el Estudio de Detalle. Y, en efecto, ha de concluirse que vulnera este último desde el momento en que traslada la parcela C-1 de la manzana M-1.1 que en él se prevé (entre la A-2 y la B) al extremo sureste de esta manzana. No se vulnera, por el contrario, el Plan Especial -como también se sostiene- porque no llegue la edificación que se prevé en esta parcela C-1 hasta el vértice sureste de la manzana, dado que, en tal extremo del edificio R-2, el Plan Especial no exige -tampoco el Estudio de Detalle- la alineación obligatoria hasta dicho vértice; no pudiendo des-

conocerse que, como dispone el párrafo segundo del artículo 12 de sus Normas Urbanísticas "las líneas que definen el área de movimiento constituyen límites máximos para la posición de las envolventes de los edificios, salvo que se indique expresamente su condición de alineaciones obligatorias"; estableciendo el párrafo segundo de su artículo 25 que "las líneas que delimitan las áreas de movimiento tendrán la consideración de límites máximos para la posición de las envolventes de los edificios, excepto en el caso de aquellas marcadas como obligatorias, en las que la edificación deberá ajustarse a dicha línea".

En consecuencia, la sentencia recurrida en cuanto acuerda que se incorporen al proyecto de reparcelación recurrido las modificaciones contenidas en la propuesta del perito Sr. Claudio, que por el indicado motivo no respeta el Estudio de Detalle, ha de ser revocada. Ello, sin embargo, no determina la estimación íntegra de los recursos y confirmación del proyecto de reparcelación aprobado toda vez que la sentencia, previamente a acoger tal propuesta, y con base en el informe de dicho perito, viene a sostener que aquel infringe los principios que han de regir la reparcelación. Ocurre que, como hemos venido exponiendo, ésta se encuentra condicionada al Estudio de Detalle previamente aprobado, al que ha de dar cumplimiento, y cuyas determinaciones son las que, en definitiva, según el perito Sr. Claudio y asume el Juzgado, serían las que impedirían materializar los aprovechamientos a los parcelas resultantes en la reparcelación y respetar los principios por los que se ha de regir.

Ello llevó a esta Sala, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley Jurisdiccional, a someter a la consideración de las partes la eventual revocación de la sentencia recurrida y declaración de nulidad de la actuación administrativa impugnada, con base en la nulidad del Estudio de Detalle en el que tiene su amparo, en los específicos términos expuestos en la providencia anteriormente transcrita.

Evacuando tal trámite, el representante municipal se limitó a recordar la postura que mantuvo en su día respecto del criterio emitido por el perito Sr. Claudio, y frente a la posibilidad de que esta Sala asentara su opinión en el mismo criterio, aporta un nuevo informe del Servicio Técnico de Planeamiento y Rehabilitación, que -dice- explica con mayor detalle el seguido por la Administración. Tal informe técnico, así como el de los Servicios Jurídicos que también se aporta -junto con otra documentación que no es sino reproducción de la que ya obra en las actuaciones-, resulta aquí inadmisibles y no puede ser tenida en consideración, máxime cuando el Juzgado en su argumentación aludía a la inexistencia de informes en el expediente que, de modo eficaz -se decía-, puedan contradecir las conclusiones a las que se llegaba, y a que no se había practicado prueba que pudiera avalar el criterio de la Administración. Y es que la deficiencia probatoria que reprocha el Juzgador no puede ser subsanada en este trámite; cuestión distinta es si existe tal deficiencia, lo que

se ha negado en las apelaciones en las que se hace expresa remisión a los informes obrantes en el expediente.

La mercantil apelante, reitera, así mismo, la argumentación dada en su recurso de apelación, insistiendo en que la solución planteada por la actora -y acogida en la sentencia- vulnera el Plan Especial y el Estudio de Detalle por no ajustarse o reducir el área de movimiento -a lo que ya se ha dado respuesta- y por no poder acogerse la vulneración de los principios de proximidad y proporcionalidad que alega la actora, suponiendo la solución que plantea una merma mayor de sus derechos reparcelatorios, ya perjudicados por el proyecto aprobado.

Por su parte, la mercantil actora y aquí apelada, tras recordar que interpuso recurso contra el Estudio de Detalle por las mismas razones que las expuestas en el presente, razona ampliamente -reiterando los argumentos que ha venido manteniendo- que ni uno ni otro respetan los principios de proporcionalidad, equidad y proximidad, solicitando que se declare la nulidad de la actuación administrativa aquí impugnada con base en la nulidad del Estudio de Detalle y, subsidiariamente, que se confirme la sentencia.

TERCERO.— Esta Sala ha de concluir que, en efecto, el Estudio de Detalle, al proceder a la ordenación de volúmenes y asignación de las edificabilidades y número de viviendas a los bloques que conforman el edificio R-2 de la Manzana M-1.1, incurre en los motivos de nulidad que se han venido sosteniendo por la recurrente y se concretaron en la providencia de 6 de marzo de 2014, aun cuando, ya se adelanta, no puedan asumirse algunas de las consideraciones y la propuesta que efectúa el perito Sr. Claudio.

El Estudio de Detalle divide la manzana M-1.1 en cuatro parcelas. Sobre la A-1 no se plantea ninguna cuestión; en ella se incluye la totalidad del edificio previsto en el Plan Especial denominado edificio R-1, asignándole una edificabilidad de 9.468,21 m<sup>2</sup> y 81 viviendas, conforme lo establecido en aquel. La cuestión surge respecto de las parcelas A-2, B y C-1 en las que se ubica el edificio R-2 del Plan Especial -con una edificabilidad asignada de 8.418,00 m<sup>2</sup> y 72 viviendas- que estará conformado por los bloques que en ellas se puede construir de acuerdo con las determinaciones que se concretan en el Estudio de Detalle. Para el bloque de la parcela A-2 se delimita un área de movimiento -entendiendo por tal, conforme al citado artículo 12 de las Normas Urbanísticas, el perímetro cerrado dentro del cual el edificio proyectado debe inscribirse por completo- de 106,92 m<sup>2</sup> y se asignan 10 viviendas para un edificio de diez plantas (B+9), con una edificabilidad de 1.142,82 m<sup>2</sup>. Tal número de viviendas, según sostiene el perito Sr. Claudio, no se puede materializar al no admitirse en el Plan Especial el uso de vivienda en la planta baja; y así resulta de lo establecido en el artículo 35.2 de sus Normas relativo a "usos permitidos" al disponer: "Uso principal: vivienda colectiva, excepto en planta baja". Pero es que, aunque se

admitiera, como sostienen los técnicos de la Administración, que sí que está permitido tal uso en la planta baja -en el referido informe de 18 de septiembre de 2009 se dice al respecto, sin más explicaciones, que "así se comprobó en el trámite de aprobación del Estudio de Detalle, y así se recoge en el proyecto de reparcelación"-; lo cierto es que, como puso de manifiesto la apelante..., S.A. -que también tiene impugnado el Proyecto de Reparcelación-, el área de movimiento delimitada impide materializar el aprovechamiento asignado en términos de rentabilidad, siendo muy inferior al promedio del área de movimiento del resto de las parcelas del ámbito. Extremo, este último, que se constata fácilmente con el examen de los planos en los que aparecen las áreas de movimiento de todas las parcelas de las distintas manzanas, y así vino a reconocerlo la propia Junta de Compensación en el informe emitido en respuesta a lo acordado por el Juzgado como diligencia final, al señalar que la parcela en cuestión se encuentra "en el límite de la viabilidad arquitectónica por su escaso aprovechamiento". Lo que permite concluir que las determinaciones de esta parcela imposibilitan una adecuada equidistribución. La propia mercantil apelante..., S.A., en su recurso, alega que la reducida área de movimiento de la parcela en cuestión únicamente posibilita edificar una vivienda por planta e impide materializar su aprovechamiento en términos de rentabilidad, recogiendo las conclusiones a las que se llegó en el informe pericial aportado en el recurso por ella interpuesto al respecto, que son del todo punto convincentes.

Frente a la imposibilidad de materializar el aprovechamiento que se asigna a la parcela A-2, la parcela C-1 tiene, en cambio, un área de movimiento sobredimensionada -210,91 m<sup>2</sup>-, toda vez que tiene asignada una edificabilidad de 1.133 m<sup>2</sup> -ligeramente inferior a la de la A-2, con una área de movimiento de casi la mitad-, la cual, como informa el arquitecto Sr. Claudio, se agotaría, de ocuparse los 210,91 m<sup>2</sup> por planta, con la construcción de un bloque de seis alturas -baja más cinco, ocupando la baja 78,45 m<sup>2</sup>-, cuando el edificio, conforme al Plan Especial, debe ser de baja más nueve, al exigirse la continuidad de alturas, tanto del techo de planta baja, como de los de plantas alzadas; o bien obligaría, de alcanzarse la altura exigida, a retranquearse -lo que es posible en atención a las únicas alineaciones obligatorias que se fijan para este bloque en el plano 03-, pero ello provocaría una discontinuidad de fachadas tan significativa -el fondo máximo previsto del edificio R-2 de 14 metros, en el bloque a construir en esta parcela, con un frente de fachada de 15,04 metros, habría de quedar reducido a casi la mitad, respecto de sus límites a derecha e izquierda- que mal se compadece con el objetivo del Estudio de Detalle exigido por el citado artículo 16 del Plan Especial, cual es el de garantizar su unidad constructiva, según los criterios que se expresan en su artículo 17, que -ha de reconocerse- hacen referencia a unidad de materiales de construcción y coincidencia de altu-

ras, tanto del techo en planta baja como de las plantas alzadas para todo el edificio, sin exigir, por tanto, continuidad de fachadas.

Por contra, la parcela B tiene un área de movimiento de 579,20 m<sup>2</sup>, y de ocuparse en su totalidad esta superficie en las diez plantas se consumiría una edificabilidad de 5.792 m<sup>2</sup>, cuando la asignada es de 6.142,18 m<sup>2</sup>, sin que la diferencia, pese a lo que se sostiene por los técnicos de la Administración, pueda materializarse en el resto de la planta baja de la parcela, fuera del área de movimiento, como resulta claramente del artículo 24 de las Normas del Plan Especial que dispone que "En planta baja y plantas alzadas, la ocupación máxima será la delimitada por las áreas de movimiento determinadas para cada edificio, grafiadas en el plano O-6, mas los vuelos y elementos puntuales salientes permitidos sobre la parcela propia que se indican en el art. 26 de las presentes Normas"; añadiendo que "En plantas inferiores a la baja se permite una ocupación máxima del suelo del 10 %". Y en el plano O-6 no se grafía un área de movimiento distinta para planta baja y alzadas para el edificio en cuestión. Debiendo significarse que la nota incorporada en el citado plano 03 del Estudio de Detalle -y en otros- de que "se cumplirán las condiciones de ocupación en planta baja del plano O-5 del Plan Especial", no posibilita llegar a otra conclusión, como parecen entender los técnicos de la Administración, ya que contravendría el Plan Especial, pues no cabe desconocer que dicho plano O-5 tiene por objeto, de conformidad con el artículo 30 de las Normas, la disposición en la planta baja de los "porches, espacios abiertos porticados y plantas bajas diáfanos".

A todo lo anterior se une que el Estudio de Detalle, como se expuso en la providencia de 6 de marzo de 2014, incorpora las previsiones del Proyecto de Reparcelación que aquí se cuestionan, desplazando una pequeña parte -en concreto 236,47 m<sup>2</sup>- de la edificabilidad correspondiente a las parcelas aportadas por la actora, ubicadas todas en la manzana M-1.1 -y viales y zonas verdes que la circunvalan-, a la finca N y en proindiviso con otros propietarios, cuando podría haberse asignado en su totalidad dentro de la manzana M-1.1; y, en cambio, incorpora parte de las edificabilidades correspondientes a otras parcelas fuera de su ámbito -propiedad de Espuelas Inmobiliaria, S.A.-. La superficie aportada en este extremo norte del proyecto de reparcelación por esta última mercantil y por la actora es la misma, sin embargo a la primera se le asigna en la Manzana una superficie de 2.824,56 m<sup>2</sup> -parcelas A y A-1-, con una edificabilidad de 10.611,03 m<sup>2</sup>; mientras que a la actora se le asigna una superficie de 1.631,08 m<sup>2</sup> -parcela B- con una edificabilidad de 6.142,18 m<sup>2</sup>, y el resto que le corresponde, de 236,47 m<sup>2</sup> -junto con otros 12,81 m<sup>2</sup> de exceso que ha de adquirir- se le adjudican en la parcela N en proindiviso.

Por otro lado, es cierto que, como se alega por la Administración, frente al criterio de proximidad al que, entre otros, se ha de ajustar la reparcela-

ción, recogido en el artículo 125.f) y en el artículo 95.1 del Reglamento de Gestión Urbanística (RCL 1979, 319) -"se procurará, siempre que lo consientan las exigencias de la parcelación, que las fincas adjudicadas estén situadas en el lugar más próximo posible al de las antiguas propiedades de los mismos titulares"-; el apartado segundo de este último artículo dispone que "esta regla no será necesariamente aplicable en el caso de que las antiguas propiedades estén situadas, en más del 50 por 100 de su superficie, en terrenos destinados por el plan a viales, zonas verdes u otros usos incompatibles con la propiedad privada". Ahora bien, el que no sea necesariamente aplicable en tales casos, no determina que no pueda y deba aplicarse en atención a las circunstancias concurrentes. Como ocurre en el supuesto enjuiciado, en el que si bien gran parte de la superficie aportada por la actora se destina a viales y zonas verdes -según los técnicos municipales el 65 %-, en el plano R-6 del Proyecto de Reparcelación -superpuesto de fincas aportadas y resultantes- se aprecia claramente que la manzana M-1-1 esta conformada por terrenos aportados casi en su integridad por las dos mercantiles y sólo en una muy pequeña superficie -que no llegará a 60 m<sup>2</sup>-, en el vértice sureste, por terrenos del Ayuntamiento. Además no puede ignorarse el desacuerdo en cuanto a las superficies aportadas en esta Manzana por parte de las dos mercantiles -la actora ha venido sosteniendo que la finca número 2 por ella aportada tiene una extensión superior a la reconocida y por contra la número 1 de la apelante inferior, lo que se solventó, ante la imposibilidad de determinar en el terreno el límite entre las dos fincas, conforme a lo establecido en el apartado segundo de la Base de Actuación Tercera-

En definitiva, se ha de concluir que no puede considerarse racional, ni acorde a los principios de la reparcelación, que no se le adjudique a la actora todo el aprovechamiento que le corresponde en la Manzana en cuestión.

CUARTO.— No corresponde a esta Sala decidir, frente a la solución aprobada por la Administración, y que aquí debe anularse, cual de las diversas alternativas posibles, dentro de la racionalidad y con respeto a los principios que ha de regir la reparcelación, en orden a conseguir una adecuada y justa equidistribución de beneficios y cargas, ha de adoptarse; aunque sí ha de advertir, ante la solución pretendida por la actora, con base en el informe del Sr. Claudio, que la misma incurre también en falta de racionalidad y coherencia con los referidos principios. Y es que, en efecto, reduce la edificabilidad y número de viviendas de las parcelas A-2 y C-1, que trasvasa a la B para incluir en esta todo el aprovechamiento que le corresponde a la actora, y traslada la C-1 al vértice sureste de la manzana en donde se encontraba la finca del Ayuntamiento, a fin de cumplir el criterio de proximidad; mas ello a costa de contener esta parcela y la A-2 unas áreas de movimiento -de 101,48 m<sup>2</sup> y 106,92 m<sup>2</sup>, respectivamente-, que si bien permitirían la construcción de las nueve viviendas que se asignan a cada

una, no posibilitarían materializar su aprovechamiento en términos de rentabilidad, como en la solución que se anula; agravado, además, porque - como se dice en el informe de 18 de septiembre de 2009- la forma irregular de la C-1, considerando un fondo de parcela de aproximadamente 8 metros, hace difícil la construcción de garajes en planta sótano, con lo que se disminuye, aún más, su rentabilidad, e imposibilitando un eventual acuerdo con la adjudicataria de la A-2 que permitiese rentabilizar ambas parcelas.

QUINTO.— Por todo lo expuesto procede, con estimación parcial de los recursos de apelación, revocar la sentencia recurrida y, en su lugar, anular el proyecto de reparcelación aprobado por las resoluciones recurridas, en cuanto aplica un Estudio de Detalle que no es conforme a Derecho, y cuya nulidad debe aquí declararse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27.2 de la Ley Jurisdiccional. Como recuerda el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 8080), "cuando el Juez o Tribunal competente en relación con el recurso indirecto, no lo sea en relación con el recurso directo, "deberá" plantear la cuestión de ilegalidad, una vez que la sentencia que dicte sea firme, limitando el pronunciamiento a la declaración sobre el acto administrativo, sin que, en relación con la disposición general, sus poderes puedan ir más allá de la no aplicación de la misma, de acuerdo con lo señalado en el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder judicial. En cambio, en el caso de identidad competencial, el órgano jurisdiccional "declarará la validez o nulidad de la disposición general". Conviene precisar -añade el Alto Tribunal-, en todo caso, que el apartado 2 del artículo 27 resulta igualmente aplicable en los casos en que el conocimiento del recurso indirecto llega a los Tribunales Superiores de Justicia por medio del recurso de apelación, pues si bien es cierto que existen posiciones, cada vez más reducidas, que entienden lo contrario, se trata de posturas que, amén de contar en su contra inicialmente con el principio de economía procesal, no tienen en cuenta que el designio del legislador era justamente el que aquí se mantiene"; concluyendo que "en el recurso de apelación interpuesto contra sentencias dictadas en recursos indirectos, el Tribunal "ad quem", en el caso de tener competencia objetiva para anular la disposición general impugnada, deberá hacerlo así, sin que sea preciso el previo planteamiento de cuestión de ilegalidad".

SEXTO.— De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 no procede expresa imposición de costas en ninguna de las dos instancias.

## FALLO

PRIMERO.— Estimamos en parte los recursos de apelación interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA y por la mercantil..., S.A., contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 5 de Zaragoza de fecha 6 de junio de 2011, dictada en el recurso con-

tencioso-administrativo seguido en dicho Juzgado con el número 548 de 2009, la cual revocamos.

SEGUNDO.— Declaramos la nulidad del Estudio de Detalle del Área de Intervención F-51-3 del PGOU de Zaragoza aprobado con carácter definitivo por Acuerdo del Pleno Municipal de 27 de marzo de 2009.

TERCERO.— Declaramos la nulidad del Proyecto de Reparcelación de la Unidad de Ejecución número 1 del Área de Intervención F-51-3 del PGOU de Zaragoza aprobado con carácter definitivo por Acuerdo del Gobierno de Zaragoza de fecha 29 de mayo de 2009.

CUARTO.— No hacemos expresa imposición de costas en ninguna de las dos instancias.

#### **4. Tribunal Superior de Justicia de Aragón, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª). Sentencia núm. 469/2015 de 10 julio**

Función pública. Administración local: Reglamento de la Especialidad de Salvamento Acuático del Cuerpo de Bomberos de Zaragoza: negociación colectiva: omisión: nulidad procedente.

##### **“FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.— Es objeto del presente recurso contencioso administrativo el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Zaragoza de 21 de febrero de 2011 que aprobó de forma definitiva el Reglamento de la Especialidad de Salvamento Acuático del Cuerpo de Bomberos de Zaragoza.

La demanda se funda en que, sin conocimiento de las Organizaciones Sindicales de dicho Ayuntamiento se anunció la aprobación inicial del citado Reglamento, y transcurrido el plazo de información pública sin alegaciones la resolución del Pleno antes enunciada lo aprobó definitivamente.

La parte demandante denuncia que esa forma de actuación vulnera lo prevenido en el art. 37, apartados c) y m) del Estatuto Básico del Empleado Público (RCL 2007, 768) (EBEP), pues no se ha dado participación de los representantes sindicales en el procedimiento de aprobación del Reglamento. El contenido de éste afecta a las condiciones laborales de los empleados públicos del Ayuntamiento de Zaragoza, y en consecuencia solicita se declare la nulidad del Reglamento referido.

La administración demandada se opone a la pretensión de la parte actora aduciendo que nos encontramos ante una manifestación de la potestad de autoorganización de la administración y que el Ayuntamiento ha cumplido convocando de modo permanente a las organizaciones sindicales con derecho a negociar los aspectos contenidos en el Reglamento, siendo indiferente que la negociación se haya efectuado con posterioridad a la aprobación del Reglamento, no habiendo existido indefensión real. Además, afirma que la parte recurrente no cuestiona que ninguno de los preceptos sea lesivo o perjudicial para los empleados públicos.

SEGUNDO.— El Reglamento citado regula las condiciones laborales de los Bomberos en cuanto integrantes de la Especialidad de Salvamento Acuático del Cuerpo de Bomberos de Zaragoza.

Este hecho no es negado por la administración y resulta claramente del contenido de sus disposiciones, ya que tras las disposiciones generales que delimitan la especialidad regula el régimen de incorporación y cese a la especialidad -arts. 6 a 9-, los derechos y deberes de los bomberos especialistas -arts. 10 a 12-, la actividad, organización y funciones -arts. 13 a 20-, la formación en sus diversos niveles, con programas obligatorios y de libre asistencia -arts. 21 y 22-, así como otras funciones de quienes integran la especialidad.

La Ley 7/2007, de 12 de abril (RCL 2007, 768), del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) en su capítulo IV -artículos 31 y siguientes - regula los derechos de negociación colectiva, representación y participación institucional. En el art. 37 se determinan las materias que habrán de ser objeto de negociación, expresando que:

1. Serán objeto de negociación, en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración Pública y con el alcance que legalmente proceda en cada caso, las materias siguientes :

c) Las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso, carrera, provisión, sistemas de clasificación de puestos de trabajo, y planes e instrumentos de planificación de recursos humanos.

m) Las referidas a calendario laboral, horarios, jornadas, vacaciones, permisos, movilidad funcional y geográfica, así como los criterios generales sobre la planificación estratégica de los recursos humanos, en aquellos aspectos que afecten a condiciones de trabajo de los empleados públicos .

Del contenido del Reglamento impugnado se desprende que debió ser objeto de negociación colectiva con los representantes de los empleados públicos, de manera previa a su aprobación por el Pleno del Ayuntamiento. El art. 31 del EBEP previene que “ 1. Los empleados públicos tienen derecho a la negociación colectiva, representación y participación institucional para la determinación de sus condiciones de trabajo “, y que

“ 2. Por negociación colectiva, a los efectos de esta Ley, se entiende el derecho a negociar la determinación de condiciones de trabajo de los empleados de la Administración Pública “.

Esa negociación ha de permitir que los empleados públicos realicen propuestas sobre las condiciones de trabajo y discutan los borradores o planteamientos de la Administración, antes de que se apruebe el Reglamento que habrá de regular, de forma obligatoria, sus derechos y deberes. Como mantenía esta Sala en Sentencia de 10 de marzo de 2015, número 141/2015, “ la STS de 27 de octubre de 2014 (RJ 2014, 5413), dictada en Rec. nº 3452/2013, que recoge doctrina constante de dicho tribunal, ha dicho que: “que para que exista una válida negociación resulta inexcusable que haya tenido lugar una efectiva confrontación de las proposiciones contrapues-

tas, sobre la materia que haya de ser objeto de negociación, que cada uno de los interlocutores quiera libremente hacer valer en defensa de sus intereses; y esto, a su vez, exige que dichos interlocutores hayan recibido, en las condiciones debidas, los elementos de información que les resultan indispensables para formular sus proposiciones." Y esta Sala, en aplicación de estas normas y doctrina jurisprudencial, ha concluido en S 572/2014, dictada en recurso nº 497/2011 (JUR 2014, 298396) que: "la ausencia total de negociación conlleva un defecto esencial en la formación del Acuerdo tomado y ahora impugnado, por lo que, en aplicación del artículo 62.1.e), de la Ley de Régimen Jurídico 30/1992, de 26 de noviembre debe ser estimado el recurso y declarar nulo el Acuerdo en cuestión."

TERCERO.—Frente a argumentos tan claros extraídos de la interpretación de la Ley y de la jurisprudencia no pueden prevalecer los alegatos de la Administración demandada, pues el ámbito de autoorganización de las administraciones públicas en materia de personal tiene unos límites legales que no puede unilateralmente traspasar, y el hecho de que el Ayuntamiento de Zaragoza haya mantenido y mantenga contactos y negociaciones con las organizaciones sindicales no obsta a que, llegado el caso de establecer un Reglamento de condiciones laborales de los empleados públicos, sea necesario abrir la negociación en los términos legalmente exigidos, sin que resulte equivalente una negociación a posteriori de las condiciones de su aplicación (reunión de 13 de julio de 2011).

Procede, en consecuencia, la estimación del recurso contencioso administrativo deducido por la Confederación recurrente. El contenido del fallo se limitará a declarar la nulidad del Reglamento, sin que resulte necesario incluir los pedimentos complementarios referidos en el suplico de la demanda, por resultar consecuencia de la nulidad, debiendo a partir del momento actuar el Ayuntamiento demandado con arreglo a derecho.

CUARTO- De conformidad con lo establecido en el artículo 139 de la Ley 29/1998 de 13 de julio (RCL 1998, 1741), Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, vigente al tiempo de interposición del recurso, no se hace expresa imposición de las costas causadas en el procedimiento.

VISTAS las normas citadas y demás de general y pertinente aplicación,

#### FALLAMOS

1.— Que estimando el presente recurso número 481/11 B interpuesto por la representación procesal de la Confederación de Seguridad Local (CSL), debemos declarar y declaramos la nulidad del Reglamento de la Especialidad de Salvamento Acuático del Cuerpo de Bomberos de Zaragoza, aprobado por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Zaragoza de 21 de febrero de 2011.

2.— No se hace expresa imposición de las costas causadas.

3.— Se procederá a publicar esta Sentencia en los términos y a los efectos establecidos en el art. 72. 2 de la LJCA (RCL 1998, 1741) .

### 5. Tribunal Superior de Justicia de Aragón, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª). Sentencia núm. 143/2015 de 10 marzo

Función pública: acuerdo por el que se aprueban las medidas de ordenación y gestión de vacantes en el ámbito de la Administración General de la Comunidad Autónoma: impugnación: vulneración del principio de jerarquía normativa: existencia: nulidad procedente.

#### "FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .— Es objeto del presente procedimiento la impugnación de la Orden de 16 de septiembre de 2011 por la que se da publicidad al Acuerdo de 13 de septiembre de 2011 del Gobierno de Aragón por el que se aprueban medidas de ordenación y gestión de vacantes en el ámbito de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Aragón.

SEGUNDO .— Debe señalarse, en primer lugar, que acerca de la validez del referido Acuerdo se ha pronunciado ya esta misma Sala y sección en su sentencia de 25 de septiembre de 2014 (JUR 2014, 298396) dictada en el procedimiento nº 497/11-B, en el sentido de declarar la nulidad del mismo por falta de la preceptiva negociación previa.

Nos hallamos, pues, ante un Acuerdo que está anulado por sentencia anterior de esta Sala. Pero dicha sentencia no ha ganado firmeza al haber sido recurrida en casación por la Administración demandada. Por tanto, y en la medida en que aquel Acuerdo no puede considerarse definitivamente anulado, debemos examinar la razón que, para fundamentar su pretensión, aduce el aquí recurrente.

TERCERO .— Ante todo, diremos que, pese a que en el escrito de demanda se alude también a la Orden de 22 de septiembre de 2011, la actuación administrativa recurrida, como es de ver por el escrito de recurso, no es otra que la referenciada en el Fundamento Primero de esta sentencia. Por tanto, nuestro examen se limitará a la alegada ilegalidad del primero, so pena de admitir una desviación procesal.

Se afirma por la actora que el Acuerdo impugnado vulnera el principio de jerarquía normativa, en cuanto se opone a lo dispuesto en el Decreto 80/1997 de 10 de junio (LARG 1997, 104) del Gobierno de Aragón por el que se aprueba el Reglamento de provisión de puestos de trabajo y asimismo el vigente Convenio Colectivo del Personal laboral de la Administración de la CA de Aragón, y el Acuerdo de las Condiciones de Trabajo del Personal Funcionario. Y razona que la actuación administrativa recurrida ha conllevado el que una serie de puestos de trabajo vacantes y dotados presupuestariamente, sean excluidos de

los procesos legalmente establecidos para su cobertura y que por tanto, no sean ofertados a los trabajadores que pudieran estar interesados en el desempeño de los mismos.

En el Acuerdo citado se dispone:

(...)

1. Las RPT de carácter especial incorporarán los puestos incluidos en las RPT de los diferentes Departamentos y Organismos Públicos de la Administración de la Comunidad Autónoma que hayan permanecido vacantes con dotación presupuestaria durante un período de tres meses, a salvo de lo previsto en el apartado II.2.

(...).

Serán incluidos de oficio por la Dirección General de la Función Pública y Calidad de los Servicios, en la correspondiente RPT de carácter especial, los puestos de trabajo que queden vacantes en lo sucesivo y no sean provistos en el plazo de tres meses desde la fecha en que quedaron vacantes.

IV. Provisión de las vacantes dotadas incluidas en las RPT de carácter especial

En todo caso, la cobertura de los puestos incorporados a las RPT de carácter especial exigirá, una vez realizado el estudio de viabilidad al que se refiere el apartado siguiente, su previa exclusión de ésta y su consiguiente inclusión en la RPT correspondiente al Departamento u Organismo Autónomo de procedencia, con sujeción al procedimiento de modificación de RPT establecido en la normativa vigente.

V. Estudio de viabilidad

1. El Departamento de Hacienda y Administración Pública estudiará la viabilidad de las vacantes dotadas incorporadas en las RPT de carácter especial, con el objetivo de analizar la necesidad de su permanencia y su compatibilidad con el diseño organizativo de la Administración de la Comunidad Autónoma.

2. El mencionado análisis podrá determinar la rehabilitación de las vacantes dotadas y su consiguiente inclusión en la RPT correspondiente al Departamento u Organismo Autónomo de procedencia o, en caso contrario, su amortización. (...).

El art. 9 del citado Decreto prevé, como señala la recurrente, que deberá publicarse una convocatoria de concurso para la provisión de puestos al menos una vez al año.

Por tanto, en la medida en que el repetido Acuerdo impide el cumplimiento de esa disposición de rango superior (ya que los puestos que se incluyan en las RRPPTT no se ofertarán a no ser que se rehabiliten) incurre, en efecto, en el vicio que denuncia la parte.

CUARTO.— La Letrada de la Administración aduce que en cualquier caso la vulneración de dicho principio habría quedado subsanada por la previsión contenida en el nuevo apartado 7 del artículo 17 de la LOFPA.

En efecto, por Ley 3/2012 de 8 de marzo (LARG 2012, 94, 170 y 208) se añadió un nuevo apartado 7 en el artículo 17 de la LOFPA con la siguiente redacción:

«7. Con la finalidad de mejorar la ordenación de efectivos y distribución de los recursos, los Departamentos competentes en materia de hacienda y organización administrativa podrán aprobar relaciones de puestos de trabajo de carácter especial que contendrán los puestos de trabajo vacantes, dotados presupuestariamente, de personal funcionario y laboral de Departamentos y Organismos Autónomos de la Comunidad Autónoma de Aragón, en los términos que se prevean por Acuerdo del Gobierno de Aragón. La cobertura de los puestos incorporados a las mencionadas relaciones de puestos de trabajo de carácter especial exigirá su previa exclusión de estas y su consiguiente inclusión en la correspondiente relación de puestos de trabajo del Departamento u Organismo Autónomo de procedencia.»

Pero, con independencia de lo que, con posterioridad a la entrada en vigor de esa norma, pueda a su amparo establecerse, no hay por qué reconocerle eficacia retroactiva.

Procede, por todo lo expuesto, la estimación del recurso.

QUINTO.— De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional (RCL 1998, 1741) deben imponerse las costas a la Administración demandada.

VISTAS las normas citadas y demás de general y pertinente aplicación, este Tribunal ha resuelto dictar el siguiente

## FALLO

Estimamos el recurso contencioso-administrativo número 515/11 B interpuesto por la representación procesal de ..... contra el Acuerdo citado en el encabezamiento de esta sentencia. Imponemos las costas a la Administración demandada. "

## 2. INTERPRETACIÓN DOCTRINAL DEL DERECHO PÚBLICO ARAGONÉS

Damos noticia de los libros y artículos de los que hemos tenido conocimiento durante 2015:

— La legislación aragonesa reguladora de sus lenguas: una emersión frustrada. Garcés Sanagustín, Ángel. Revista Catalana de Dret Públic. 2015.

— A Lai 3/2013, de 9 de mayo, u a infra-protección churidica de as luengas minoritarias d'Aragón. López Susín, José Ignacio. Revista de Llengua y Dret. 2015.

— La nueva Ley de Coordinación de Policías Locales de Aragón y la posibilidad de asociación de municipios para ejercer funciones de policía local. Alcántara Reifs, J. J. Revista Aragonesa de Administración Pública núm. 45-46 (2015).

— Organización y funcionamiento de la Cámara de Cuentas de Aragón. Gurrea Bayona, F. Revista Aragonesa de Administración Pública núm. 45-46 (2015).

— La Ley de Presupuestos de Aragón para 2015: de nuevo sobre la senda de la contención

del gasto público. Álvarez Martínez, J. Revista Aragonesa de Administración Pública núm. 45-46 (2015).

#### ACTUACIONES CONDUCENTES A LA DIFUSIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARAGONÉS

Las actividades realizadas por la Institución a lo largo de 2015 en este apartado han sido las siguientes:

#### 1.º Programa de ayudas

Continuación del programa de ayudas a la matriculación en el Curso monográfico de Derecho Aragonés, impartido por la Universidad de Zaragoza, Cátedra de Derecho Aragonés José Luis Lacruz Berdejo, a través de la Escuela de Práctica Jurídica.

#### 2.º Becas para el estudio del ordenamiento jurídico aragonés

En 2014, se ha dotado una nueva beca para la realización de estudios de Derecho aragonés, de un año de duración. Concluido el proceso de selección (previa convocatoria pública anunciada en el Boletín Oficial de Aragón), se ha adjudicado la misma a:

— D.ª Eva Pérez López

La becaria ha comenzado su actividad centrandose su estudio en la sucesión troncal en Aragón.

#### 3.º Publicaciones sobre Derecho Aragonés

\* Actas de los Vigésimocuartos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, en el que se recoge las ponencias de las sesiones celebradas durante los martes del mes de noviembre del año 2014, sobre los temas siguientes:

— *Contratos del sector público: Ley 3/2011*, D. José María Gimeno Feliu, D.ª Ana Isabel Beltrán Gómez y D. Luis Murillo Jaso.

— *Incidencia del derecho de transmisión en las instituciones sucesorias aragonesas: efectos prácticos*, por D.ª María del Carmen Bayod López, D. José Manuel Enciso Sánchez y D. Daniel Bellido Diego-Madrado.

— *Revocación e ineficacia del testamento*, por D.ª María Ángeles Parra Lucán, D. Mariano Jesús Pemán Melero y D. Ángel García Bernués.

— *Limitaciones al derecho de propiedad en suelo rústico: construcciones, parcelaciones y transmisiones*, por D. Manuel Matas Bendito, D. Alvaro Enrech Val y D. Miguel Viela Castranado.

\* *“La reforma de la Constitución vista por un senador constituyente”*, cuyo autor es D. Lorenzo Martín-Retortillo Baquer.

\* *“Formularios de escrituras notariales en castellano y aragonés según el Código del Derecho Foral de Aragón”*, cuyos autores son D. Javier Mazana Puyol, D. José Ignacio López Susín y D. Miguel Martínez Tomey.

\* N.º 55 de la colección del Justicia, *“La organización eclesiástica del Reino de Aragón (1035-1164). A propósito del Concilio de Jaca de 1063”*, cuya autora es D.ª Rosa María Bandrés y Sánchez-Cruzat.

\* *“Historia de la familia Lanuza y antiguos documentos del Valle de Tena”*, cuyo autor es D. Mariano Fanlo Basail.

#### 4.º Foro de Derecho Aragonés

El día 29 de septiembre de 2015 se firmó por la Institución El Justicia de Aragón, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, el Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, el Ilustre Colegio de Abogados de Huesca, el Ilustre Colegio de Abogados de Teruel, el Ilustre Colegio Notarial de Zaragoza, los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de Aragón y el Ilustre Colegio de Procuradores de Zaragoza, el convenio de colaboración para la celebración de los «Vigésimoquintos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés», que tuvieron lugar en cinco sesiones durante los meses de noviembre y diciembre, con el siguiente programa de ponencias:

— Día 3 de noviembre de 2015 en Zaragoza: Homenaje a los hispanistas suecos de los Fueros: Gunnar Tilander y Max Gorosch, por D. José Antonio Escudero y D. Antonio Pérez Martín.

— Día 10 de noviembre de 2015 en Zaragoza: 25 años del Foro de Derecho Aragonés: presente y futuro del Derecho Aragonés, por D. Jesús Delgado Echeverría y D. Lorenzo Martín-Retortillo Baquer.

— Día 17 de noviembre de 2015 en Zaragoza: Espacios naturales protegidos: ¿oportunidad o limitación de derechos?, por D.ª María Martínez Martínez, D. Joaquín de Guerrero Peyrona y D. Pablo Munilla López.

— Día 24 de noviembre de 2015 en Zaragoza: Reglamento sucesorio europeo y derecho interregional, por el Ilmo. Sr. D. Francisco de Paula Puig Blanes, D. Juan María Díaz Fraile y D. Javier Pérez Milla.

— Día 1 de diciembre de 2015 en Teruel: *Seguros de vida, fondos de pensiones e instrumentos de previsión en el régimen económico matrimonial y la sucesión por causa de muerte*, por D. Luis Alberto Marco Arcalá, D. Fernando Félix Alonso Andrió y D. José Antonio Montón del Hoyo.

Actualmente se está preparando la edición de las Actas con el contenido de las Ponencias.

#### 5.º Revista Aragonesa de Derecho Civil

Esta revista, de periodicidad semestral, está editada por la Institución Fernando el Católico dentro de la Cátedra “Miguel del Molino”, y comenzó su andadura en 1995. La revista está dirigida por D. Jesús Delgado Echeverría, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza y Director de la cátedra “Miguel del Molino”. Su Consejo Asesor está integrado por una nutrida

representación de todas las profesiones jurídicas aragonesas. La Institución del Justicia de Aragón está también presente en el citado Consejo.

### **6.º Revista Aragonesa de Administración Pública**

Esta revista, de periodicidad semestral, está editada por el Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales y dirigida por el Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza, D. Fernando López Ramón. El Justicia de Aragón colabora con la misma formando parte de su Consejo de Redacción.

### **7.º Otras actuaciones**

Dentro de este apartado incluimos noticias de otras actuaciones relevantes para la promoción

y desarrollo del ordenamiento jurídico aragonés, producidas a lo largo de 20145 y en las que esta Institución ha participado:

*XIII Jornadas de la Constitución: el Tribunal Constitucional.* (Organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza y el Justicia de Aragón).

La jornada tuvo lugar el día 3 de diciembre de 2015.

Las Ponencias fueron las siguientes:

— «El Tribunal Constitucional, su compromiso con la Constitución de 1978 y los derechos de los ciudadanos». Excmo. Sr. D. Antonio Narváez Rodríguez, Magistrado del Tribunal Constitucional.

— «Tribunal Constitucional y Estado autonómico». Dr. D. Juan José Solozábal Echavarría, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid.



CORTES DE ARAGÓN - Palacio de la Aljafería - 50071 Zaragoza  
[www.cortesaragon.es](http://www.cortesaragon.es)  
Edición electrónica: Cortes de Aragón - Servicio de Publicaciones  
Depósito Legal: Z-334-1989 - ISSN: 1137-9219

