



BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES DE ARAGÓN

Número 247 (2 fascículos)

Fascículo 2.º

Año XXXVI

Legislatura IX

11 de mayo de 2018

*** Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 16 de mayo de 2017. Visitas y comunicaciones con abuelos. Edad y opinión del menor

“PRIMERO.— Los pronunciamientos objeto del recurso de los abuelos maternos son los relativos a estancias de C, la nieta, en fines de semana, vacaciones de Navidad y Verano, y comunicaciones telefónicas.

SEGUNDO.— El art.160.2 C.C. dispone que no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el hijo y otros parientes y allegados, precepto del que deriva el derecho de los abuelos, en este caso maternos, a mantener un régimen de comunicación con su nieta, función o derecho-deber que debe ser ejercitado con atención fundamental al interés superior de los menores y persigue como finalidad primordial proteger y fomentar la relación afectiva entre los mismos y sus más cercanos parientes o allegados, procurándoles la formación y el desarrollo integral que necesita su personalidad. Así lo ha señalado la jurisprudencia, que sin parificarlo al derecho de los

padres, del que se dice no es sustitutivo, afirma el carácter favorable que para dicha formación y desarrollo supone la inserción del menor en su entorno familiar completo a través de la relación personal con los abuelos.

TERCERO.— Dice la sentencia que a partir de abril de 2017 las estancias en fines de semana —uno al mes, el segundo, salvo que otra cosa se convenga— serán desde el viernes a las 20 h hasta el domingo a las 19 h, con pernocta. Y en el auto de aclaración y complemento de 9-11-16 se concreta que las recogidas y entregas de la menor tendrán lugar a partir de la primera visita en el domicilio de los actores, que estos precisaban era, o en Barbastro, sino en Zaragoza, .

El padre recurrente pide que las visitas en fin de semana tengan lugar el sábado, desde las 11 horas hasta las 20 horas, con recogida y entrega de la menor en su domicilio.

C tiene 11 años —cumplirá 12 el próximo septiembre— y dijo en su exploración que tenía buena relación con sus abuelos antes de que falleciera su madre —21-11-2015—, que guarda buenos recuerdos de ellos, que los echa de menos y les gustaría verlos “algún día”, pero que a dormir no le gustaría quedarse.

La opinión de los menores —dice la STSJA 30-4-13 con cita de las de 24-7-12 y 25-3-13, en un caso en que los hijos tenían 11 y 9 años de edad— “especialmente en esta franja de edad, no es la voluntad que decide el litigio, ya que se trata de personas en formación, que conforme al art. 5 del CDFA no tienen plena capacidad de obrar, si bien es un factor de relieve a la hora de adoptar la decisión”; pero en el caso, no parece que el deseo u opinión de la menor deba contar como factor excluyente de las pernoctas, elemento de refuerzo importante en el establecimiento y consolidación de vínculos que las visitas persiguen.

Se mantiene, pues, el régimen de visitas de fin de semana, al menos, salvo que otra cosa se convenga, hasta que la menor cumpla los 14 años, en que aquellas se desarrollaran en los términos en que C acuerde con sus abuelos.

Y en lo que respecta al lugar de recogida y entrega de la menor, lo que los abuelos solicitaron en su demanda fue que ambas cosas tuviesen lugar en el domicilio paterno —Zaragoza—. Como así ha de establecerse, con estimación del recurso en este punto, de acuerdo con la petición que los recurrentes formularon y lo que es sistema que la jurisprudencia tiene como normal o habitual, en el que para ejercer el derecho de visita el padre/madre no custodio recoge al menor del domicilio del progenitor custodio y el custodio lo retorna al mismo.

CUARTO.— Para las vacaciones de Navidad la sentencia dice que a partir de las de 2017/2018 los tres días que se señalan para que la nieta los pase con sus abuelos serán los días 24, 25 y 26 de diciembre o 30, 31 diciembre y 1 de enero, con pernocta, desde las 11 h del primer día hasta las 20 h del último Y para las vacaciones de verano diez días, en el horario antedicho, bien en julio, bien en agosto, eligiendo la semana el padre los años pares y los abuelos los impares.

El recurrente quiere que esos días se reduzcan, en Navidades, a los días 25 y 26 de diciembre o 31 diciembre y 1 de enero, de 11 a 20 horas, eligiendo

el padre los años impares y los abuelos los pares, con recogida y entrega de Claudia en el domicilio paterno; y en Verano a 5 días en julio o agosto, de 11 a 20 horas, “teniendo siempre en cuenta las actividades extraescolares grupales de la menor”, eligiendo el padre los años impares y los abuelos los pares, con recogida y entrega de la menor en el mismo domicilio.

En las circunstancias del caso, ponderada la postura mostrada por C en su exploración, los días de Navidades se reducen al 25 y 26 diciembre o al 31 diciembre y 1 de enero, con pernocta, desde las 11 h del primer día hasta las 20 h del último, y los de verano a una semana, bien en julio, bien en agosto, según el anterior horario. Con supresión del inciso “teniendo siempre en cuenta las actividades extraescolares grupales de la menor”, por lo que puede tener de elemento perturbador en las difíciles relaciones entre las partes, sin perjuicio obviamente de la incidencia que esas actividades puedan tener en la negociación de los días. Y con la misma prevención que para cuando la menor cumpla los 14 años se ha hecho respecto de los fines de semana.

QUINTO.— En tema de comunicaciones telefónicas o de otro tipo la sentencia dispone dos semanales, solicitando el recurrente que las mismas —el Sr. S solo contempla las telefónicas— se reducirán a un día a la semana, proponiendo lunes o jueves de 21,30 y 22,00 h.

No es cierto que los actores pidiesen en su demanda una comunicación telefónica semanal, sino una vez al menos por semana.

Las dos telefónicas semanales señaladas se consideran suficientes y se confirman, sin formulas rígidas, sentando su posibilidad en cualquier momento, aunque siempre en horario compatible con la jornada escolar de la menor y que no distorsione su normal régimen de vida, condicionantes estos a los que, junto al número, quedarán sometidas las que sin concreción ninguna se enuncian como “de otro tipo”. “

*** Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 25 de mayo de 2017. Custodia compartida. Informe pericial. Disponibilidad de los progenitores. Opinión de los menores

“PRIMERO.— En la demanda de la que trae causa el presente recurso de casación, el actor solicitó la custodia compartida de sus dos hijos: A, nacido el 2002, e Y, nacida el 27 de junio de 2004. La esposa se opuso y solicitó —en lo que ahora interesa— la custodia individual para ella.

La sentencia de primera instancia, valorando las circunstancias concurrentes y especialmente, la aptitud y disponibilidad de los progenitores y la voluntad y deseos de los hijos, acordó un régimen de custodia compartida.

La sentencia dictada por la Audiencia Provincial — que ahora se recurre— estimó el recurso de apelación interpuesto por la demandada otorgándole la custodia individual de sus hijos, para lo que razonó así:

“Reitera la demandada la falta de capacidad del padre para asumir responsablemente el cuidado diario de los menores, por su amplio horario laboral, porque desconoce sus requerimientos habituales de todo orden, al no haberse hecho cargo nunca del mismo y haber delegado en ella su crianza desde su nacimiento,

en especial las obligaciones académicas, y mantener determinados hábitos que podrían incidir negativamente en los menores (consumo de sustancias tóxicas).

El actor ha reconocido dicha delegación en la madre, hasta la ruptura conyugal.

El informe psicológico practicado en el proceso constata la escasa disponibilidad del padre por sus horarios laborales, lo que le obligaría a delegar habitualmente sus cometidos de cuidador en terceros, llevando a modificar con ello las rutinas habituales de los menores (f. 142 de las actuaciones). Por otro lado, pese a que la Sentencia rechaza de plano las alegaciones sobre comportamiento inadecuados del padre, lo mismo que la perito, solo reseñar que consta aportada en la Pieza de Medidas una resolución administrativa sancionadora por alteración del orden, de 26-3-2014 y, en esta alzada, otra sanción por conducción con una tasa de alcohol entre 0,26 y 0.50 mg y el 28-3-15 y por circular a velocidad superior a la permitida el 31-5-2014.

(...).

Los menores alegaron en la exploración practicada en esta alzada, haber sido traídos a la misma por su padre, desear que cese la conflictividad entre sus padres, señalando, especialmente A, que quiere que estos sepan que ellos están bien con lo que se acuerde con el juzgado y que no deben preocuparse, especialmente su madre, por su estado, porque si ellos dos están bien, él también estará bien, con lo que se haga finalmente.

Han alegado que su padre no ha dejado de trabajar, ni ha variado su horario laboral, pese a lo que paradójicamente manifiestan que él hace todas las tareas de la casa, llevándose bien con ambos.

(...).

La Sra. Psicóloga aconseja que los hijos permanezcan con la madre con un amplio régimen de visitas (f.143) con el padre. Esta sala, pese a los buenos deseos de conciliación de los hijos, que solo pretenden evitar conflictos entre sus progenitores, intentando contentar a uno y a otro, expresando lo que cada uno quiere oír, valorando los deseos del padre de pasar mayor tiempo con los menores, cuya mayor presencia echan estos en falta, en interés de los mismos, y para procurar su correcto desarrollo y estabilidad, considera más conveniente la custodia individual materna, por gozar de mayor disponibilidad la madre para asumir su cuidado cotidiano y afrontar todos los requerimientos que el mismo exige, situación en la que estaban perfectamente adaptados, social, familiar y académicamente (art. 80 CDFa)."

(El resalte es nuestro).

SEGUNDO.— El motivo de infracción procesal se formula con amparo en el artículo 469.1 4.º LEC, por vulneración del artículo 24 de la CE. Considera la parte que la Sala ha incurrido en una valoración irracional y manifiestamente errónea de la prueba practicada. Indica, después de transcribir algunos párrafos del informe pericial, que éste ha sido valorado arbitrariamente. En cuanto a la exploración de los menores, señala que ninguna de las afirmaciones que se recogen en la sentencia como realizadas por aquéllos, coincide con lo que realmente expresaron, de acuerdo con lo reflejado en las actas correspondientes.

El resultado de la prueba de exploración de los menores aparece recogido en las actas obrantes a los folios 35 y 36 de los autos. Ahí consta que Y dijo:

"Que las casas de sus padres están muy cerca, este mes están con su padre, que a su madre la ven siempre que quieren, que cuando vuelven del colegio su padre ya tiene la comida preparada y les ayuda con los deberes, que está a gusto con este sistema, un mes con cada uno de sus padres, que a los abuelos también los ven, que no necesita ningún cambio, que está bien así, que están contentos y quieren seguir así".

Y Asier dijo:

"Que este mes están con su padre en A., que van al Instituto en autobús y cuando vuelven a las 3 del Instituto su padre tiene la comida preparada, que está a gusto con este sistema de estar un mes con cada uno de sus padres, que se lleva bien con su madre pero mejor con su padre, con su hermana se lleva bien, que está bien así y no quiere ninguna modificación".

Resulta evidente que lo esencial, y en lo que coinciden ambos menores, es que quieren continuar en el régimen de custodia compartida vigente desde la sentencia de primera instancia. Y por ello, resulta ilógico que en el razonamiento de la sentencia se ignore ese deseo, claramente manifestado, y se sustituya por una referencia a la voluntad de los menores de evitar conflictos entre sus padres que, ni parece que sea lo único que pretenden, ni se recoge en el acta de la exploración. Esta consideración, por sí sola, permite la estimación del motivo de infracción procesal. Pues, en efecto, queda comprometido el derecho de la parte a la tutela judicial efectiva.

Y a parecida conclusión se llega tras la comparación entre lo que del informe pericial extracta la sentencia, que hemos de tomar cum grano salis, y la lectura completa del mismo que obra a los folios 139 y ss. de los autos. La experta dedica la primera parte del informe a recoger las manifestaciones de cada uno de los cuatro miembros de la familia. De esta parte hemos de destacar, por lo que luego diremos, lo que se indica a propósito del Sr. V.:

"Reside en A. (Zaragoza) en una vivienda propiedad de sus padres. Trabaja como autónomo para una empresa aseguradora, de lunes a viernes. Refiere que no tiene horario establecido, trabaja en función de los siniestros y él organiza su horario teniendo en cuenta el de sus hijos. Cuenta con el apoyo de su madre y de sus hermanos en el cuidado de los menores".

Y por lo que concierne a la Sra. L., se dice:

"Vive en el domicilio familiar de A. (Zaragoza) con sus hijos. Ha empezado a trabajar para el Ayuntamiento de A., durante 4 meses, en turnos de tres días, de 9 a 13 horas el primero, de 16 a 21 horas el día siguiente y descanso el siguiente. Cuenta con el apoyo de su familia que reside en A.".

A continuación se expresa en dicho informe pericial:

"De la valoración de la situación familiar se extrae que los menores muestran una adecuada vinculación afectiva con cada uno de los progenitores y no aprecian diferencias en el trato recibido de ellos.

Para los menores es positivo y necesario poder crecer contando con la presencia continuada de su madre y su padre, participando ambos de las tareas de crianza y del seguimiento de todas sus rutinas.

Ambos progenitores poseen recursos personales para afrontar el cuidado de los menores, lo que hace que puedan cubrir las necesidades afectivas y de desarrollo de los mismos. Igualmente no se aprecian en ellos problemas psicológicos que puedan limitar el mantenimiento de una relación extensa con sus hijos.

Igualmente, ambos necesitan apoyos para compaginar su vida familiar y laboral, disponiendo ambos de apoyos familiares.

Por todo ello, considero que los progenitores podrían hacer un uso compartido de la custodia de sus hijos.

Aunque el progenitor ha adaptado sus horarios laborales a las necesidades de los menores en los períodos que comparten, de la valoración de su relato y rutinas, se extrae que su disponibilidad real sea a partir de las 17 horas. Por ello establecer períodos alternos de custodia supondría que el uso de apoyos familiares sería necesario de manera continuada en los períodos anteriores a esa hora, llegando a convertirse en cuidadores principales, además de introducir modificaciones en sus rutinas cuando la progenitora tiene disponibilidad en ese período.

Por ello, considero que A e Y podrían beneficiarse de un sistema de custodia en el que uno de los progenitores fuese el apoyo del otro en el cuidado de los menores haciendo uso de los apoyos en momentos puntuales.

Teniendo en cuenta además que el entorno en el que viven facilita el contacto de los menores con el progenitor no custodio en todo momento".

Pues bien, en absoluto cabe deducir del informe pericial —que atiende a lo expuesto por los propios progenitores— y pese a que así se afirme en aquél, la mayor disponibilidad de la madre para el cuidado de los hijos, que es lo que, a la postre, sustenta la decisión de la sentencia. Más lógica sería una deducción en sentido contrario. La madre, según se desprende de sus propias manifestaciones, no estará disponible para sus hijos hasta las 21 horas el día que le toque turno de tarde, en tanto que el padre (no cuestionándose que trabaje como autónomo) puede organizarse para acomodar su horario al de sus hijos; así lo dijo y es verosímil, y además coincide con lo que los hijos afirmaron en la exploración.

En consecuencia con lo expuesto, se estima el motivo de infracción procesal.

TERCERO.— La estimación del recurso extraordinario por infracción procesal determina que la Sala deba entrar a conocer del fondo de la cuestión planteada, y dicte nueva sentencia teniendo en cuenta, en su caso, lo que se hubiese alegado como fundamento del recurso de casación. Así lo establece la regla 7.º de la Disposición Final decimosexta, apartado 1, de la LEC, que regula el régimen transitorio en materia de recursos extraordinarios.

En el motivo de casación la parte aduce infracción de lo dispuesto en el artículo 80.2 y la doctrina de esta Sala que lo interpreta.

El tribunal, retomando la instancia, ha de acoger la pretensión del recurrente. El examen detenido de las actuaciones revela que no existe óbice alguno para que se acuerde el régimen legal preferente.

Como ha quedado ya expuesto, los menores han manifestado su satisfacción con el régimen de custodia

compartida recién instaurado y su deseo de continuar así. El informe pericial no pone de relieve circunstancia (real) alguna que conduzca a considerar que conviene más a los menores la custodia individual. La edad de los hijos (13 y 15 años) no lo es. Los domicilios de los padres, al vivir en una pequeña localidad, son próximos. No hay dificultades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres que obstaculicen la custodia compartida, pese a que en alguna ocasión uno y otro puedan precisar algún apoyo de terceros. Frente a lo que se afirma en la sentencia recurrida, no se constata en el informe pericial "la escasa disponibilidad del padre por sus horarios laborales"; meramente se dice (sin mucho fundamento) que su disponibilidad real sería a partir de las 17 horas. Aunque fuera así, y dada la edad de los hijos y que salen del colegio a las 15 horas, eso tampoco representaría un inconveniente para acordar el régimen de custodia compartida."

*** Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 2 de junio de 2017. Atribución del uso del domicilio conyugal por existencia de hijos menores. Limitación temporal. Extinción del derecho de uso. Desalojo. Venta

"PRIMERO.— El matrimonio de los litigantes, doña María Teresa y don Vicente fue disuelto por sentencia de divorcio de mutuo acuerdo dictada el día 9 de diciembre de 2008 por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Zaragoza, cuando las dos hijas del matrimonio eran menores de edad, pues Paula había nacido el día 3 de enero de 1995 y Lucía el 15 de marzo de 1998.

La sentencia de divorcio aprobó el convenio regulador presentado por los progenitores en el que, en lo referente a la cuestión hoy debatida, acordaron la liquidación de la sociedad conyugal con establecimiento de condominio por partes iguales de ambos cónyuges sobre el que fue domicilio familiar. Su uso se adjudicaba a la esposa, a quien también se atribuía la guarda y custodia de las hijas.

La demanda rectora del presente procedimiento fue presentada el día 26 de octubre de 2015 por don Vicente, en solicitud de modificación de las medidas acordadas en 2008 exclusivamente en el acuerdo relativo al uso de la vivienda familiar. En concreto solicitó respecto de tal bien que se acordara "limitar temporalmente el derecho de uso del domicilio familiar que tiene la demandada, fijándolo hasta el día 15 de marzo del año 2016, en cuya fecha deberá desalojarlo y dejarlo libre, poniéndolo en ese momento a la venta por el precio que acuerden o, en defecto de acuerdo, por el precio que fije quien en ese momento sea Presidente del Colegio de API de Zaragoza".

El Juzgado de Primera Instancia número 6 dictó sentencia sobre las antedichas peticiones el día 6 de abril de 2016, en la que estimó que habían cambiado las circunstancias tenidas en cuenta cuando fue dictada la sentencia de 9 de diciembre de 2008 y estimó íntegramente las peticiones del demandante acordando, en consecuencia: limitar hasta el 30 de septiembre de 2017 la atribución de uso de la vivienda familiar a la demandada doña M.ª Teresa; ordenar el desalojo de la vivienda a tal fecha, dejándola libre, vacua y expedita; y establecer que la vivienda se venderá por el precio que determinen las partes de común acuerdo

o el que fije un Agente de la Propiedad Inmobiliaria elegido por ellas, o en su defecto por el precio medio de los determinados por un Agente de la Propiedad Inmobiliaria designado libremente por cada una de las partes.

SEGUNDO.— La anterior sentencia fue recurrida en apelación por doña María Teresa, sin que en la impugnación pusiera en cuestión que se habían producido modificaciones de las circunstancias concurrentes para fijar las medidas reguladoras de la situación de divorcio.

La Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 2.ª) dictó el día 2 de diciembre de 2016 la sentencia ahora recurrida, en la que estimó en parte el recurso de apelación y revocó la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 6 en “el único extremo relativo a la venta forzosa de la vivienda y condiciones de la misma que quedan sin efecto, matizando lo que debe entenderse por desalojo de la vivienda familiar, en los términos expuestos por la presente resolución”. La falta de literosuficiencia del fallo expuesto obliga a reproducir que los “términos expuestos” a que se refiere son los contenidos en el Fundamento de Derecho cuarto de la propia sentencia, en el que se recoge que “el desalojo del que habla la sentencia de instancia que se aduce debe de entenderse en términos de extinción del derecho de uso, y en consecuencia, retorno del régimen normal de comunidad”.

Es decir, la sentencia excluye la obligación señalada en la resolución del Juzgado de desalojar la vivienda una vez llegue el día 30 de septiembre de 2017.

TERCERO.— La sentencia dictada en segunda instancia ha sido recurrida en casación ante esta Sala por don Vicente. El recurso se sustenta en un único motivo, la infracción del artículo 81.3 del Código de Derecho Foral Aragonés (CDFA en adelante), y tiene como objeto principal que se deje sin efecto la exclusión de la obligación de desalojo acordada en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, ya que considera la parte recurrente que con tal acuerdo de dejar sin efecto la obligación de desalojo del inmueble no ha sido establecido con precisión un momento cierto en que termine el derecho de uso de la vivienda. A ello añade el recurso la petición de mantenimiento del acuerdo de venta de la vivienda contenido en la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia.

La parte recurrida en casación, tras formular con carácter previo la concurrencia de motivo procesal de inadmisión del recurso de casación, se opone a la pretensión del recurrente con apoyo en lo acordado en sentencias previas de la Audiencia Provincial de Zaragoza (especialmente la de 29 de abril de 2015) y por considerar que obligar a que la aplicación del artículo 81.3 del CDFA conlleve siempre un apereamiento de desalojo excede de las facultades del juez, pues infringiría los derechos dominicales de cualquiera de los copropietarios.

CUARTO.— Con carácter previo a resolver la cuestión sustancial objeto del recurso es metodológicamente obligado hacer mención a la causa de inadmisibilidad que la parte recurrida formuló en su escrito de oposición al recurso de casación. Abstracción hecha de las consideraciones que contiene sobre la cuestión sustantiva de la cuestión, la causa procesal de inad-

misión se funda en que el escrito de impugnación no cita en qué infringe la sentencia recurrida el Derecho Foral o la doctrina de esta Sala de Casación, y en que el recurso se limita a citar una sentencia que versa sobre supuesto distinto al que ahora es objeto de la impugnación. La comprobación del contenido del escrito presentado por la parte recurrente permite observar, en cambio, que el artículo que se cita como infringido es el 81.3 del CDFA. Y que la cita de la sentencia que transcribe parcialmente se hace como comprensiva de la interpretación establecida por el Tribunal Superior de Justicia también en sentencia anterior, y tuvo por objeto determinar si era correcta la fijación del plazo para uso del domicilio conyugal, lo que sí tiene relación con la cuestión planteada ahora y que ha sido expuesta en el Fundamento de Derecho anterior.

Por tanto carece de justificación la alegada causa de no ser admisible a trámite el recurso de casación.

QUINTO.— Las consideraciones expuestas en la sentencia recurrida que llevan a excluir que deba procederse al desalojo de la vivienda familiar una vez llegue el día 30 de septiembre de 2017 señalado como fin de atribución del uso del inmueble a la madre y las hijas, hoy mayores de edad, vienen recogidas en el Fundamento de Derecho cuarto de la resolución en los siguientes términos literales:

“Se recurre igualmente el desalojo acordado. Esta Sala también de modo reiterado, y en el recurso se citan varias de las resoluciones acordadas en ese sentido, ha expuesto que los Juzgados de familia al tratar este tema, sólo se pronuncian sobre la duración del derecho de uso de la vivienda familiar (art. 81.3 CDFA). Al término del mismo, que es lo que debe de entenderse se acuerda en la sentencia, en los supuestos de condominio o de co-propiedad, como el presente, lo que concurre a continuación es un derecho de cada comunero o copropietario a usar de la cosa común conforme a su destino de modo que no impida el uso del otro copropietario, tal y como al efecto prevé el genérico art. 394 CC (Cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida a los copartícipes utilizarlas según su derecho).

Por consiguiente tratándose de un comunero o copartícipe la recurrente y de otro comunero o copartícipe el recurrido, no hay propiamente un derecho de lanzamiento o desalojo del bien común, pues ello conduciría al sinsentido de que ninguno de los comuneros puede utilizar la cosa común conforme al destino que le es propio. Lo que no cabrá es por el antiguo usuario impedir el derecho del otro copartícipe a usar la cosa conforme a su destino si así lo solicitare.

Por consiguiente el desalojo del que habla la sentencia de instancia que se aduce debe de entenderse en términos de extinción del derecho de uso, y en consecuencia, retorno del régimen normal de comunidad.”

Como se desprende de lo antes transcrito, la argumentación del Tribunal de Apelación parte de entender que cuando los litigantes acordaron en el año 2008 la atribución del que había sido domicilio conyugal lo hicieron como titulares de una comunidad proindiviso ordinaria, de modo que una vez finado el plazo en que los con-dueños acuerdan el uso exclusivo de la madre e hijas, se retorna al régimen de copropiedad.

Esta posición de partida que tiene en cuenta tan solo la existencia de una comunidad de bienes proindiviso como causa inicial de atribución del uso de la vivienda conyugal no tiene en cuenta primero, que el entorno jurídico en que se tomó el acuerdo de atribución de posesión entre los condóminos era el propio de la ruptura de la relación de convivencia conyugal. Y, segundo, que dentro de tal situación de fin de la relación convivencial, estaba además presente un factor añadido de relevancia esencial al tiempo de fijar el derecho de uso de la vivienda, muy superior a la mera atribución de titularidad del bien, como lo era la obligada atención a las dos hijas menores del matrimonio cuyo domicilio había sido el inmueble de propiedad indivisa de los progenitores, y que quedaban bajo la guarda y custodia de la madre.

La incidencia de tales entornos jurídico y fáctico en el momento de decidir sobre la atribución de uso del domicilio familiar excluye, por las razones que a continuación se expondrán, la apreciación hecha en la sentencia recurrida de que fue la comunidad ordinaria de bienes la determinante del uso del domicilio conyugal, y la consecuencia en ella obtenida de que, terminado el tiempo de uso establecido, se volverá al régimen ordinario de comunidad.

SEXTO.— Dentro del régimen propio del conjunto de bienes que en su momento integraron el consorcio conyugal y que luego, con la liquidación de éste, pasan a ser adjudicados a cada uno de los cónyuges recibe un especial tratamiento legal todo lo referente a normas de uso, administración y disposición de la vivienda familiar cuando, como ocurre en el presente caso, existían descendientes menores necesitados de protección. En tal supuesto las normas a observar no serán las generales propias del consorcio disuelto y pendiente de liquidación, y ni siquiera las propias reguladoras del resultado de la liquidación y correlativa adjudicación de bienes o derechos a cada uno de los cónyuges. Porque en tal caso de presencia de menores la regulación especial viene dada por el artículo 81 del CDFa. Este precepto atribuye en exclusiva al Juez que conoce del procedimiento de familia la decisión de atribución del uso, según se esté ante la custodia compartida o la individual, y en atención a cuestiones tales como mayor dificultad de acceso a la vivienda o mejor interés para las relaciones familiares.

La resolución de la autoridad judicial se hará en algunos supuestos a la vista de la propuesta de convenio regulador que puedan presentar los interesados, y en otros sin la previa propuesta de las partes. Pero, en todo caso, la decisión final, en aras al aseguramiento del interés de los menores como más necesitado de protección, corresponde sólo al Juez, con audiencia preceptiva del Ministerio Fiscal.

Consecuencia de lo anterior es que el título por el que uno de los progenitores tiene derecho de uso del bien es la decisión judicial. Y no es el de ser o no ser copropietario de él. Incluso puede no tener el designado como usuario ninguna titularidad sobre el inmueble o tenerla por parte inferior a la mitad. Es más, cabe que el inmueble sea propiedad de un tercero y que en la relación interna entre los progenitores se atribuya el uso a uno de ellos.

Es así sólo la decisión judicial la que se configura como razón atributiva de la posesión del bien y de su

derecho de uso. El derecho demanial queda por tanto así excluido como título justificativo de la posesión. Y siendo el único título legalmente previsto la decisión judicial, es este mismo título el que determinará las condiciones en que el uso deba hacerse, en que los gastos derivados de la utilización deban abonarse y, en fin, el que fijará el plazo por el que la posesión del bien se otorga a uno u otro progenitor. O, dicho en otras palabras, y como indica el criterio fijado por el Tribunal Supremo, plenamente asumible también ante la regulación del artículo 81 del CDFa (sentencia de 18 de enero de 2010 (rec 1994/2005): “ (...) Cuando un cónyuge es propietario único de la vivienda familiar o lo son ambos, ya sea porque exista una copropiedad ordinaria entre ellos, ya sea porque se trate de una vivienda que tenga naturaleza ganancial, no se produce el problema del precario, porque el título que legitima la transformación de la coposesión en posesión única es la sentencia de divorcio/separación. (...)”

SÉPTIMO.— Las anteriores conclusiones son, por otra parte, las que permitirán hacer realidad la previsión imperativa recogida en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 81 del CDFa, cuando ordenan que el Juez debe establecer la atribución del uso de la vivienda familiar teniendo en cuenta, bien el acuerdo de los interesados, bien las circunstancias concretas de cada familia, y con limitación temporal. Si, como acuerda la sentencia recurrida, el fin del plazo judicialmente fijado como término del derecho de uso de la madre no supone el desalojo de la vivienda, tal pronunciamiento pierde la precisión y eficacia que la norma impone. Porque, en lugar de quedar libre la vivienda y a disposición de ambos copropietarios en régimen de igualdad a partir del día indicado, se mantiene una situación de supremacía de la ocupante, aun ya carente del título judicial que en su momento la habilitó como usuaria, frente al otro coposeedor, que si quiere disponer de los efectos de la copropiedad tendrá, primero, que accionar para desalojar al copropietario carente de título.

En definitiva, el cumplimiento de lo acordado en la sentencia recurrida conllevaría aparentemente sostener el título judicial habilitante de uso a la madre sólo hasta el día 30 de septiembre de 2017 pero luego, sin embargo, y contradictoriamente, mantenerla de facto poseyendo, y a expensas, no ya de la ejecución del auto que en el procedimiento de familia habilitó para poseer, sino de la interposición de nueva demanda por el actor ante Juzgado distinto del que dio en su momento el título ya extinguido a la usuaria. Todo lo cual contradice tanto el artículo 81.3 CDFa como la línea jurisprudencial seguida por esta Sala en su interpretación, de la que cabe destacar la sentencia de 4 de enero de 2013 que casó el pronunciamiento que abocaba a las partes a que, por indebida aplicación del artículo 394 del Código Civil, instaran demanda de modificación de medidas una vez finado el plazo de uso de la vivienda señalado; o la sentencia de 14 de octubre de 2016, que casó la sentencia en lo que daba posibilidad de mantener el uso más allá del plazo fijado y hasta la venta de la vivienda.

OCTAVO.— Conclusión de lo expuesto es la estimación del recurso en lo que interesaba la casación del pronunciamiento de la sentencia recurrida sobre no obligación de desalojo de la vivienda una vez llegado

el día 30 de septiembre. En lugar de ello se estará a lo acordado en la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia el día 6 de abril de 2016, esto es, a la obligación de la recurrida de dejar la vivienda vacua, libre y expedita en la fecha indicada.

NOVENO.— La parte recurrente interesa igualmente en el suplico de su recurso que sea casada la sentencia en cuanto deniega la procedencia de que se proceda a la venta de la que fue vivienda familiar. La fundamentación del escrito de impugnación no contiene al respecto la exposición de razón alguna que abone tal petición. Ante ello no cabe estimar esta solicitud, ya que no consta motivo alguno que justifique modificar en este extremo los razonamientos contenidos en la sentencia recurrida y que condujeron a concluir que no es necesario para unas adecuadas relaciones familiares la orden judicial de venta del bien. Lo cual no obsta, claro está, a la posibilidad de que las partes decidan al respecto lo que estimen oportuno o a que, caso de desacuerdo en esta cuestión, acudan al auxilio judicial previsto para los casos de disconformidad de los copropietarios de un bien sobre el mantenimiento de la indivisión o forma de utilizar la cosa, una vez que la situación jurídica y de hecho es realmente la de copropiedad.”

*** Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 6 de junio de 2017. Guarda y custodia. Situación de desamparo del menor. Visitas. Pensión de alimentos

“PRIMERO.— La sentencia de instancia estima en parte la demanda de modificación de medidas interpuesta por el Sr. R y, entre otras medidas, acuerda a) la atribución al padre de la guarda y custodia del hijo M, con el régimen que a favor de la madre se detalla, que se dice comenzará una vez cese la situación de tutela y desamparo del menor, M, lo que tendrá lugar a criterio del IASS, que lo retornará al domicilio materno con el establecimiento, en su caso, de las medidas de seguimiento que considere procedentes; b) la Sra. F deberá abonar en concepto de pensión de alimentos para los hijos comunes, Ma y M, con efectos desde 1 de enero de 2017, la suma de 100€ mensuales (50€ para cada hijo), actualizables.

Recurre el actor, que solicita que el régimen de visitas del menor se lleve a cabo bajo la supervisión de los profesionales del IASS y, una vez que por estos se determine que la relación es satisfactoria, se continúe con lo acordado en la citada resolución, y se acuerde que los gastos extraordinarios necesarios incluyen las partidas de libros de principio de curso, así como los futuros gastos de matrícula o estudios superiores.

La demandada, por su parte, pide a) se le atribuya la guarda y custodia del hijo M, con el régimen de visitas establecido en la sentencia de divorcio de 12-2-15; b) si se atribuye la guarda y custodia de M al padre, se amplíen a favor de ella las visitas en los términos que se detallan; y c) se suspenda temporalmente el pago de alimentos hasta que la Sra. F cuente con medios de subsistencia iguales o superiores a 400€ mensuales. Todo ello con confirmación del resto de pronunciamientos.

SEGUNDO.— Considera la recurrente que debe atribuírsele la guarda y custodia de su hijo, M, por más que se mantenga el acogimiento del menor por

el Gobierno de Aragón, dispensándosele ayuda profesional para asumir las habilidades necesarias para la debida guarda y cuidado de su hijo, y asimismo trabajar el entorno familiar, potenciando y mejorando la relación con su hermana.

El menor, como se dice, estaba bajo la tutela del IASS a raíz de su declaración de desamparo en febrero de 2016.

El informe diagnóstico emitido el 21-3-2016 por la Psicóloga, Trabajadora Social y el coordinador del Equipo Técnico refiere que la madre carece de un proyecto educativo, desconoce el momento evolutivo de sus hijos y adolece de un estilo negligente-permisivo o sin habilidades para ejercer adecuadamente su rol parental, una baja capacidad de resolución de problemas, además de una actitud hacia el menor dirigida a separarlo emocionalmente de su padre.

El 17-6-16 la Psicóloga del Juzgado emitió informe en el que apuntaba que las condiciones familiares aconsejarían que el padre se hiciese cargo del menor, como solicita, lo que permitiría además mantener la relación con la hermana, bajo la guarda y custodia del padre, alternativa que en ese momento no sería efectiva dada la actitud de rechazo que el hijo muestra hacia su padre y el peligro que tal opción podría generar, de agravamiento de esa actitud. Por lo que —considera la psicóloga— que hasta que no se reconstruyan las relaciones familiares y personales no se puede pensar en el establecimiento de un sistema de custodia efectivo.

El referido informe del IASS, que concretamente consideró que la causante de la situación de desamparo de M fue la madre, por incumplimiento de sus funciones parentales, fue complementado y actualizado por el más reciente de 17-10-16, en el que se informa de la mejora de la relación padre/hijo, deteriorada por la instrumentalización negativa de la figura del padre por la madre, se ratifica el anterior informe acerca de las carencias maternas y su condición de causante de desamparo, y se dice que el padre, con los apoyos necesarios, reúne las condiciones necesarias para atender a su hijo, concluyendo que es la figura más adecuada para asumir la guarda y custodia del menor, y que, caso de atribuirse la guarda y custodia a la madre, el menor permanecería en situación legal de desamparo, con mantenimiento de la tutela legal administrativa sobre M, mientras que si se conoce al padre se podría producir el cese de dicho tutela, con seguimiento de los servicios sociales.

Todo lo cual abona el mantenimiento del régimen de guarda recurrido, con la consiguiente desestimación del recurso de la Sra. F.

TERCERO.— Las mismas razones abonan en tema de visitas la desestimación del interpuesto por la madre, debiendo mantenerse el sistema progresivo que la sentencia articula, como asimismo el momento que señala para su comienzo —una vez cese la situación de tutela y desamparo del menor, M, lo que tendrá lugar a criterio del IASS—, sin que se estime procedente la supervisión de régimen que la Juez establece por los profesionales del IASS, petición que en su recurso formula el Sr. Ruiz.

CUARTO.— En cuanto a los gastos extraordinarios necesarios, se dice que la relación que la sentencia

efectúa no incluye los libros de texto de principio de curso ni los gastos de matrícula o cursos superiores.

Ambas partidas han sido conceptuadas por el Tribunal Supremo como gastos ordinarios (STS 15-10-14), razón bastante para la denegación del pedimento que en el sentido indicado se formula. Al margen de ello, señalar que la catalogación rígida y anticipada de los gastos no debe hacerse al margen de las peculiaridades del caso y las circunstancias concurrentes al tiempo en que dichos gastos se devengaron, debiendo determinarse su posible repercusión al progenitor no custodio con arreglo a criterios de necesidad e importancia de las partidas reclamadas, y en particular en relación con la cuantía de la pensión de alimentos señalada.

QUINTO.— La Sra. F carece de ingresos, se encuentra inscrita como demandante de empleo desde septiembre de 215, recibe ayuda de su padre, quien, entre otros gastos, asume los comunitarios, y reside en la vivienda familiar, embargada desde 2012 por impago de cuotas hipotecarias.

Tal situación, sin embargo, no ha de obstar al reconocimiento del derecho de alimentos de M, estimándose en las circunstancias del caso solución más adecuada la que, conciliando la previsión del art. 152-2 C.C. —“cesará la obligación de dar alimentos cuando la fortuna del alimentante se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia”— y el imperativo inexcusable del art. 82.1 CDFA —“Tras la ruptura de la convivencia, ambos progenitores contribuirán proporcionalmente con sus ingresos económicos a satisfacer los gastos de asistencia”—, pasa por el señalamiento de la pensión que la sentencia determina, sin perjuicio de las modificaciones que la alteración en las circunstancias haga en su día procedente, pero con suspensión de su exigibilidad en tanto subsista la situación de precariedad por la que la Sra. F atraviesa y reanudación en el momento en que sus ingresos por trabajo alcancen los 400€ o se acrediten otros medios de fortuna.”

*** Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 13 de junio de 2017. Modificación de medidas. Alteración de circunstancias sustancial. Pensión alimenticia. Ingresos

“PRIMERO.— Es objeto de recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. J la sentencia de 24/11/2016.

Es motivo de recurso error en la valoración de la prueba que sí acredita el cambio de circunstancias: por no desempeño de actividad laboral (solo la ha prestado con contratos temporales, debiendo pagarse las comidas) y percepción de prestación de desempleo (14,20 euros diarios – documento obrante en el rollo); no acreditarse incremento de necesidades de la hija; y percibir la madre 450 euros al mes de un contrato temporal.

SEGUNDO.— Se interesa la modificación de la sentencia. La sentencia de 10/3/2017 del TSJA (Roj: STSJ AR 271/2017) argumentó:

Debemos recordar nuestra doctrina acerca de los presupuestos que deben concurrir para poder dar lugar a una modificación de medidas. En nuestra sentencia de 13 de octubre de 2016 dijimos:

De acuerdo con una consolidada doctrina de esta Sala (SS 42/2013, de 3 de octubre y 17/2013, de 13 de marzo o 10/2015, de 2 de marzo) en interpretación de lo dispuesto en el art. 79.5 CDFA y 775.1 LEC, para que pueda darse lugar a la modificación de las medidas definitivas acordadas en una previa sentencia matrimonial es inexcusable la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) Que se haya producido, con posterioridad a dictarse la resolución judicial que la sancionó, un cambio en la situación fáctica que determinó la medida que se intenta modificar.

b) Que dicha modificación o alteración, sea sustancial, esto es que afecte al núcleo de la medida, y no a circunstancias meramente accesorias o periféricas. Que haga suponer que de haber existido al momento del divorcio se habrían adoptado medidas distintas.

c) Que tal cambio sea estable o duradero, con carácter de permanencia, y no meramente ocasional o coyuntural, o esporádica.

d) Que la repetida alteración sea imprevista, o imprevisible y, por ende, ajena a la voluntad de quien entabla la acción de modificación, por lo que no puede ser buscado de propósito, por quien interesa la modificación para obtener unas medidas que le resulten más beneficiosas.

Como ha sido señalado, la exigencia de la alteración sustancial de circunstancias como presupuesto de la modificación de las medidas adoptadas en un precedente proceso matrimonial tiene por fin evitar una serie interminable de procesos de revisión de medidas ya acordadas con quiebra del principio de seguridad jurídica que se produciría de no ser así.

En la sentencia a modificar la madre interesó pensión de alimentos para la hija por importe de 750 euros al mes y el padre se opuso al considerar que tal petición era excesiva pues carece de trabajo fijo y aunque trabaja de manera discontinua no percibe ingresos suficientes para atender a dicha petición, aludiendo a la presunción de una media de ingresos de entre 1.000 a 1.100 euros. La sentencia fijó la pensión en 400 euros al mes y para ello tuvo en cuenta su eventualidad laboral, cualificación profesional como oficial de primera, edad y posibilidades de colocación...

Y tales hechos justificadores de la fijación de la pensión: se han mantenido desde el dictado de la sentencia a modificar en que se han alternado periodos de trabajo con periodos de desempleo con o sin prestación; e incluso han persistido durante la tramitación del procedimiento que se inició cuando su situación era de desempleado, se tramitó hallándose el Sr. B desempeñando trabajo con varios contratos temporales con nóminas superiores a 1.200 euros, y en el que tiempo de resolver vuelve la situación de desempleo con prestación, debiendo concluir esta Sala que según se desprende de la consulta de vida laboral del apelante, ha sido capaz de encontrar y desarrollar actividad laboral con habitualidad, siendo más de 8.000 los días en que ha estado de alta en la Seguridad Social, por los que su actual situación de desempleo con prestación, de ser creíble que no desarrolla ninguna actividad laboral no oficial y persistir, todo apunta a que será transitoria, como lo ha venido siendo, debiendo destacar la obligación de los padres de costear los gastos de crianza y educación de los hijos mayores de edad

que no hubieren completado su formación y carezcan de recursos propios (art. 69 CDFA), lo que ha venido efectuando la madre con sus escasos ingresos y sin la ayuda del padre, que ha venido incumpliendo reiteradamente su obligación de pago de pensiones.”

*** Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 13 de junio de 2017. Asignación compensatoria. Desequilibrio económico. Dedicación a la familia. Cualificación profesional

“PRIMERO.— Asumidos por ambas partes los demás pronunciamientos de la sentencia dictada, el debate litigioso queda en esta alzada limitado a quien deba hacer frente al seguro del hogar, que el recurrente quiere lo sea íntegramente por la demandada, a quien se atribuyó su uso; al porcentaje en que ambas partes deban contribuir al pago de los gastos ordinarios necesarios, suplicando el Sr. M lo sea al 50% y no al 65-35%; y a la procedencia de la asignación compensatoria señalada a favor de la esposa —300 € mensuales durante cinco años, con efectos desde el 1-11-2016—, que el demandado rechaza.

SEGUNDO.— La sentencia de instancia dice que el seguro del hogar será abonado por mitad, alegando el recurrente que la actora solo solicitó la disolución del vínculo con los efectos inherentes a tal declaración y la aprobación del Pacto de Relaciones Familiares adjuntado a la demanda, en el que solo se conviene la atribución del uso de la vivienda, sin petición del abono del seguro del hogar al 50% ni de ningún otro tipo de impuesto, pues siendo evidente que los titulares deberán abonar en esa proporción los impuestos que afectan a la propiedad, no es ello extensible a los gastos del seguro, que es voluntario y su pago corresponde a la persona que usa el inmueble.

Estas razones no son asumibles, pues el riesgo objeto de protección afecta a la propiedad —la vivienda es consorcial— y del mismo modo que los impuestos que la gravan deben ser satisfechos al 50%, el precio del contrato de seguro, que ni siquiera se acredita haya sido concertado ex novo por la usuaria, debe recaer sobre ambos en ese porcentaje.

Sobre el particular, sin embargo, la actora nada solicitó en su demanda, por lo que, regido el mismo por el principio dispositivo, ningún pronunciamiento procede.

TERCERO.— En lo que se refiere a la asignación compensatoria dice el recurrente que su señalamiento es improcedente, pues no cabe entender que la ruptura del matrimonio haya supuesto un perjuicio para la esposa, pues trabaja, habiéndolo hecho antes y después del matrimonio, dos de los hijos son mayores de edad y el tercero lo será en noviembre del año en curso, por lo que no precisarán en el futuro la dedicación que antes requirieron y nada le impedirá a ella trabajar a tiempo completo y aumentar sus ingresos, faltando en suma, como se dice, la situación de desequilibrio o desigualdad económica resultante de la confrontación entre las condiciones económicas que la esposa gozaba durante el matrimonio y las que tiene después de la ruptura.

Señalar, de entrada, que el hecho de que cada cónyuge tenga su trabajo independiente, que no es el caso, no es obstáculo para que pueda fijarse una pen-

sión compensatoria si existe desequilibrio económico en el momento de la ruptura —STS 17-7-2009—.

Ello supuesto, la asignación compensatoria prevista en el artículo 83 del CDFA —hay un hijo dependiente y es, pues, de aplicación ese artículo y no el art. 97 del C.C.—, no tiene en lo sustancial —dice la STJA 11-1-12— una naturaleza diferente a la contemplada en este último precepto.

“Para determinar la existencia de desequilibrio generador de la pensión compensatoria” —dice la STS 19-1-2010, de Pleno, para la del art. 97 CC— “debe tenerse en cuenta básicamente y entre otros parámetros, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge, el régimen de bienes a que ha estado sujeto el patrimonio de los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios y su situación anterior al matrimonio”.

Pretende evitar que el perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges y para ello habrá que tenerse en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge; el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso, su situación anterior al matrimonio para poder determinar si éste ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación.

De este modo, las circunstancias a las que uno y otro precepto hacen referencia tienen una doble función: a) Actúan como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias. b) Una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión”.

Por lo demás —vd por todas la STS 4-12-12 y las que en ella se citan—, la finalidad de la pensión — asignación en este caso— no es perpetuar a costa de uno de sus miembros el nivel económico que venía disfrutando la pareja hasta el momento de la ruptura, sino lograr reequilibrar la situación dispar resultante de aquella, no en el sentido de equiparar plenamente patrimonios, que pueden ser desiguales por razones ajenas a la convivencia, sino en el de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial, siendo por todo ello razonable entender que el desequilibrio que debe compensarse ha de 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, careciendo de interés a estos efectos el desequilibrio cuyo origen no se encuentre en esa mayor dedicación a la familia y a los hijos, sino en otros factores, como pueden ser la diferente aptitud, formación o cualificación profesional de cada uno de los miembros de la pareja.

CUARTO.— Trasladando tal doctrina al caso de autos, la existencia del desequilibrio económico entre los esposos que es presupuesto requerido por la norma, debe ser reconocida.

El Sr. M, de 54 años, es administrador único de la mercantil "M, S.A.", empresa familiar de 30 años de trayectoria, en la que han trabajado actora, demandado y un hijo, además de cinco empleados, que ha sido el medio de sustento de la familia y ha permitido la constitución de planes de pensiones y seguros de ahorro por importe superior a 75.000 €. Las nóminas aportadas —enero a mayo 2016— reflejan unos ingresos mensuales de 1170 € x 14 pagas, 1365 € en total. Y de la Declaración de la Renta 2015 resultan en ese ejercicio unos ingresos mensuales de 1323 € (18.078,86 € + 11,92 € -2205,09 € / 12). Le corresponde, por otro lado, el 50% de la renta de un local propiedad del matrimonio —180 m²— que tienen arrendado por un alquiler de 400 € mes. Hay que entender, sin embargo, como lo ha hecho el Juez de instancia, que los ingresos reales son superiores, pues de otro modo no se entiende como el demandado, que paga un alquiler de 480 € mensuales, asumió en el Pacto de Relaciones Familiares el pago de unas pensiones de alimentos por un total de 700 € mensuales y una compensatoria de 300 € mes, por más que finalmente no se firmase, lo que es verosímil que respondió a razones ajenas al pago de esas cantidades —vd doc. 12 de la demanda—, como el carácter indefinido de la compensatoria, entre otras posibles.

Por su parte, la Sra. C, de 53 años, trabajó con anterioridad a contraer matrimonio, celebrado el 12-10-85, y lo hizo después, en la empresa familiar de 1-10-2006 a 29-2-2016, y en otras dos, 5 años y 8 meses en una empresa de fontanería, como autónoma, y 8 meses en otra, de modo que de los 30 años por los que se prolongó la convivencia, el resto —13 años y 8 meses— permaneció desempleada, con dedicación al cuidado del hogar, esposo e hijos. Desde la ruptura de la convivencia en julio de 2015 y hasta la actualidad fue contratada tres meses por "E, S.L.", de 4-8-16 a 3-10-16. Sus nóminas en "M, S.L." eran de 300 € mensuales, y la empresa pagaba por ella 316 € mes por autónomos. En total, ha figurado de alta como autónoma y cotizada a la Seguridad social por un periodo de 17 años y 8 meses, de 1998 a 1994 y de 2006 a 2016. Padece una rizoartrosis en ambos pulgares, cuya valoración como posible causa de incapacidad permanente se apunta en el informe médico aportado (doc. 11 de la demanda), suponiendo en todo caso, según manifiesta el Sr. M en la carta aportada como doc. 12, un importante impedimento laboral.

Hubo, pues, un periodo de tiempo en que la demandante se dedicó en exclusiva a las atenciones familiares, hecho que hay que entender ha tenido una influencia negativa en su desarrollo profesional, expectativas e importe de las pensiones cotizadas —vd STS 21-2-14—. Y con la ruptura la Sra. C ha debido abandonar su puesto de trabajo y perdidos sus ingresos, que ante los impagos de las pensiones previstas en el Pacto no suscrito es verosímil la abocó a rescatar 10.000 € del Plan suscrito en Allianz, en tanto que el Sr. M permanece dirigiendo la empresa familiar y mantiene su situación económica. Todo lo cual evidencia que la ruptura matrimonial conllevó para la apelada un desequilibrio patrimonial sin duda merecedor de una compensación económica, que se juzga adecuada en la cuantía señalada, pero con una duración de 42 meses con efectos desde la misma fecha —1 noviembre de

2016—, atendida su edad y problemas físicos que padece y los que la actual coyuntura ha de conllevar, no menos que el régimen económico matrimonial a que el matrimonio está sujeto, que permitirá las consiguientes transferencias económicas entre patrimonios.

QUINTO.— Habida cuenta de las respectivas situaciones económicas de las partes, se estima adecuado y se mantiene el reparto de porcentajes que en la atención de los gastos extraordinarios señala la sentencia de instancia —65% a cargo del Sr. M y 35% la Sra. C—. "

*** Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 20 de junio de 2017. Guarda y custodia de hijos menores. Declaración de riesgo. Soporte familiar. Asignación compensatoria. Reducción del límite temporal

"PRIMERO.— Sobre el recurso de apelación de Doña R.

Viene a sustentar la recurrente su recurso en cuanto a la atribución de la guarda y custodia de las hijas menores fijada en sentencia, aduciendo que se ha producido una errónea valoración de la prueba practicada sin atender la preferencia demostrada por las menores, la conflictividad del padre, la mayor disposición de la madre a la atención de las necesidades de las menores, aduciendo la infracción del contenido del art. 80.2 y 80.6 del CDFa.

En relación a esta última de las cuestiones han sido varias las resoluciones del Tribunal Superior de Justicia que han relacionado el contenido del art. 80. 6 CDFa, la DT 4 y el art. 153 CP. A partir de su sentencia 28/2013, dictada en el RC 7/2013.

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

En la interpretación de dicho precepto, la Jurisprudencia del TSJA dice:

"Esta norma se ve en parte complementada por la previsión contenida en la disposición adicional cuarta del CDFa en los términos siguientes: "Los casos de atribución de la guarda y custodia previstos en el apartado 6 del artículo 80 del presente Código serán revisables en los supuestos de sentencia firme absolutoria".

Y al respecto debe igualmente considerarse la previsión punitiva contenida en el artículo 153, apartados 1 y 2 del Código Penal, donde se prevé como pena a imponer por delito de los previstos en tal norma: "(...) cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela curatela, guarda o acogimiento(...)"

Las tres normas citadas tratan la misma cuestión de existencia de acción tipificada en el Código Penal cometida por alguno de los progenitores del menor sobre

cuya custodia se debe resolver judicialmente, pero no existe solapamiento entre ellas, puesto que la aplicación de una y otra se da en momentos sucesivos en el tiempo, no simultáneamente.

De las tres, la primera a observar será la contenida en el artículo 80.6 del CDFa que prevé dos supuestos: que exista proceso penal en trámite por violencia intrafamiliar, en el que la autoridad judicial penal valore moti-vadamente la constatación de indicios fundados y racionales de criminalidad derivada de los hechos enjuiciados; o que, aun no existiendo proceso penal en tramitación, la autoridad judicial civil valore la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. En cualquiera de ambos casos no se acordará la atribución de la guarda y custodia al progenitor que aparezca como posible autor.

La regulación de este precepto se configura así como meramente preventiva, a falta de decisión que haya podido tomarse en la propia jurisdicción penal que conozca de los hechos que aparecen como indiciariamente delictivos. Bien porque ya en el ámbito penal se haya dictado resolución motivada de la que resulte posible existencia de delito, bien porque el Juez competente en el ámbito civil así lo considere por las pruebas ante él presentadas, debe denegar la posible custodia al progenitor enjuiciado en vía penal. No alcanza esta norma, como es propio del momento temporal y procesal que en ella se trata, a disponer de modo definitivo sobre la atribución de la guarda y custodia, sino que limita su mandato al estado previo a la definición de si existió o no conducta penal probada. Porque, una vez que sea decidida por la jurisdicción penal competente la presencia o no de delito, carece ya de motivo de aplicación este artículo 80.6, pues entonces los preceptos aplicables son: si la sentencia penal es absolutoria, la disposición adicional cuarta del CDFa; y si tal resolución es condenatoria, como ocurre en este caso, el artículo 153 del Código Penal".

Pues bien aplicando ello al caso concreto aunque a fecha de dictarse la resolución de instancia estuviera en curso el padre en proceso penal por hechos recogidos en el art. 80.6 CDFa, lo cierto es que al tiempo de resolverse esta cuestión en la actualidad no lo está, y sobre él no ha recaído sanción penal conforme a la previsión del art. 153 CP, habiendo resultado absuelto.

Como por otro lado esta cuestión (la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores) no está sujeta a disposición de las partes, por aplicación del art. 752 LEC, cabe atender la pretensión y los medios de prueba que se practiquen con independencia del momento en que tales se hayan verificados, por lo que no existe ningún inconveniente a la fijación a su favor de la custodia de las menores.

SEGUNDO.— En lo que hace referencia al error valorativo del conjunto de la prueba no observamos que tal se haya producido, dando lugar como se sostiene a una valoración contraria a los intereses de las menores, tal y como se establece, sin perjuicio de la que previsión del art. 80.2 CDFa es la atribución de la guarda y custodia compartida con carácter preferente, no la individual, lo cual es predicable tanto respecto del padre como de la madre. Tendría tal alegación sentido si se pretendiera a través del recurso la fijación

de tal régimen pero no cuando lo que se está instando es una custodia individual.

Respecto del resultado de la exploración de la menor C tampoco cabe entresacar sin más la preferencia puesta de manifiesto inicialmente, por cuanto al margen (como su hermana) de exponer que ambos progenitores las tratan bien, ese deseo parece apuntar más al sentimiento de no dejar sola a su madre, que a otras razones objetivas de bienestar. Y así concluye que si tiene que ir a vivir con su padre no le parece mal porque seguirá viendo a su madre.

De otro lado cabe exponer el principio contenido en el art 80.2 4 Salvo circunstancias que lo justifiquen específicamente, no se adoptarán soluciones que supongan la separación de los hermanos, circunstancias que aquí no consta que concurren.

Respecto a la problemática y conflictividad del padre, tal conflictividad por los datos que se barajan hay que entender que es común a ambos progenitores, pues si bien no se omite en la resolución que el Señor O fue condenada por sentencia de 2 de septiembre de 2016 por el Juzgado de lo Penal 8 de Zaragoza (por cierto delito del que finalmente resultó absuelto por resolución de fecha 3 de enero de 2017 por la AP-Zaragoza), también se constata que la señora C lo fue igualmente por sentencia de 12 de Febrero de 2016 por parte del Juzgado de Instrucción 2 de Ejea.

Sobre la continua atención de la madre a satisfacer las necesidades de sus hijas, como expresa en el folio 181 de las actuaciones cabe exponer la existencia de una declaración administrativa de riesgo de las menores en convivencia con la madre, al encontrarse las niñas en malas condiciones, estar faltas de higiene, no tener ningún control parental, y haber manipulado a las mismas, con especial referencia a su hija mayor.

Y lo que resulta determinante es el contenido de los informes psicosociales practicados en el seno del procedimiento, de conformidad con la previsión del art. 80.3 CDFa. (Antes de adoptar su decisión, el Juez podrá, de oficio o a instancia de parte, recabar informes médicos, sociales o psicológicos de especialistas debidamente cualificados e independientes, relativos a la idoneidad del modo de ejercicio de la autoridad familiar y del régimen de custodia de las personas menores).

Tales informes son bastante concluyentes. Así en relación a las menores se expone que ambas menores no relatan en ningún momento actitudes gratificantes que hayan podido vivir con su madre. En relación a la hija mayor mantiene una postura de cuidadora de su madre, presentando sentimientos ambivalentes hacia ella. Por un lado necesita cuidarla y disculpar su comportamiento y por otro en ocasiones tiene sentimientos de abandono.

El estudio social realizado a los progenitores revela en el caso de la recurrente, incapacidades personales y sociales importantes para hacerse cargo del cuidado y atención diaria de sus hijas. No cuenta con recursos ni habilidades personales suficientes y no dispone de una red de apoyo familiar.

Es cierto que en relación al Sr. O como se encarga de subrayar el recurso se detectan indicios de incapacidad para poder ofertar a sus hijas unas buenas pautas de crianza, si bien a diferencia de la madre, sí cuenta con recursos personales, familiares y laborales

para poder hacer frente a la crianza de sus hijas, contando con una red de apoyo familiar importante.

A ello cabe añadir que las menores se encuentran perfectamente integradas dentro del núcleo familiar paterno. De hecho se evidenció que las niñas pasaban a casa del padre y de su abuela paterna prácticamente todos los días a comer, cenar o merendar, llegando incluso a pernoctar, pese a tener la custodia la madre, fuera del régimen de visitas fijado. Resulta igualmente significativa la expresión de la hija menor: "cuando mi madre me grita, me voy a casa de mi abuela".

Por su parte el informe psicológico concluye igualmente de modo taxativo que siendo el entrono paterno el que está satisfaciendo las distintas necesidades de las niñas se recomendaba que permanecieran con su padre, siempre y cuando éste mantenga la convivencia en el domicilio de su madre, abuela de las niñas. Y la explicación es la propia advertencia obrante en el informe en relación a las limitaciones personales de ambos progenitores, si bien pese a las que en relación al Sr. O se expresan en el folio 189 de las actuaciones, comparativamente con las limitaciones de la Sra. C (folio 188) se concluye que aquél reúne mejores condiciones que aquélla, contando con un sólido soporte social y familiar a diferencia de la recurrente.

En consecuencia no observándose la expresada errónea valoración de la prueba, el recurso se desestima.

TERCERO.— Sobre el recurso del Sr. O.

Tres son los motivos que centran el recurso interpuesto por el mencionado: la atribución de la vivienda familiar a la esposa; la concesión de un régimen de visitas intersemanales a la madre; y la fijación de una pensión compensatoria.

Respecto del primero de ellos efectivamente el art. 81.2 CDFA establece que Cuando corresponda a uno de los progenitores de forma individual la custodia de los hijos, se le atribuirá el uso de la vivienda familiar, salvo que el mejor interés para las relaciones familiares aconseje su atribución al otro progenitor. Ahora bien no es cierto que la resolución recurrida no razone las concretas circunstancias familiares que aconsejan la atribución a la madre de la vivienda familiar. El caso presente la peculiaridad ya advertida de que las hijas viven de facto, incluso pasaban mucho tiempo durante el tiempo de la custodia atribuida a la madre, en casa de la abuela paterna. Las limitaciones personales advertidas en el padre para atender en solitario a las niñas, se compensan con la existencia de un soporte familiar y social adecuado para el cuidado de aquéllas. Este soporte, en concreto la ayuda constante de la abuela materna en ese sentido resulta esencial de cara a la atribución de la custodia a favor del padre, siempre y cuando se de la convivencia de las niñas, del padre y de la abuela. Expresamente lo contempla de este modo las conclusiones del informe pericial psicológico de fecha 28 de Septiembre de 2016.

La posible existencia de limitaciones en la vivienda de la madre, puestas de manifiesto en el informe de Marzo de 2017 (la falta de comodines o limitaciones de espacio) se ven como molestias o incomodidades no inhabilitantes, puesto que ni siquiera las menores en sus exploraciones se han referido a ello.

La atribución al padre de la vivienda familiar obligaría a un replanteamiento del régimen de custodia,

si tal como puede suceder, la abuela paterna no se traslada a la mencionada vivienda, e incluso si lo hace tal y como se razona en la instancia puede afectar al tema de la pensión compensatoria acordada.

Por consiguiente el motivo se desestima.

CUARTO.— Igual camino debe de correr el segundo de los motivos expuestos, en la medida en que no se observa que las limitaciones personales de la madre la inhabiliten para el trato continuado de sus hijas. Y a tal fin el propio informe psicológico de Septiembre de 2016 recomendaba un sistema amplio para que las hijas pudieran relacionarse con la madre, no existiendo constancia de que como se mantiene en el recurso en la actualidad sea drogodependiente.

QUINTO.— Por lo que se hace referencia al error valorativo de la sentencia en cuanto a la pensión compensatoria, no observamos el mismo en cuanto a la valoración de la existencia del desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior a la convivencia, en los términos que viene a exigir el art. 83 CDFA cuando hay hijos a cargo como ocurre en el presente caso. En ese sentido la valoración de la situación económica de ambos progenitores se observa correctamente examinada. Ahora bien el recurso viene a centrarse esencialmente sobre la duración de la medida.

Es doctrina del TSJA, por ejemplo en sentencias de 30 de Diciembre de 2011 y 11 de Enero de 2012 que "la asignación compensatoria prevista en el artículo 9 de la Ley aragonesa 2/2010 (artículo 83 CDFA) no tiene, en lo sustancial, una naturaleza y finalidad diferente a la señalada por el artículo 97 del Código civil a la pensión compensatoria, salvo que esta última viene encuadrada entre los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio del matrimonio, en tanto que la asignación aragonesa se aplicará, si se dan los requisitos para ello, en los casos de ruptura de cualquier tipo de convivencia de los padres". Para señalarla con carácter temporal o indefinido el artículo 83 CDFA provee al juez de unos criterios similares a los indicados en el Código Civil, y la invitación a la "ponderación equitativa" de los mismos no añade un modo de aplicar la norma distinto del que debe seguirse para el artículo 97 CC.

Respecto a la duración de tal pensión compensatoria, el Tribunal Supremo, en doctrina consolidada, entre otras en la sentencia de 22 de junio de 2011 (recurso de casación 1940/2008), define la pensión compensatoria "como una prestación singular, con características propias, notoriamente alejada de la prestación alimenticia —en cuanto que, a diferencia de esta, no atiende al concepto de necesidad, razón por la que ambas resultan compatibles (SSTS de 2 de diciembre de 1987 y 17 de julio de 2009 [pero también de la puramente indemnizatoria o compensatoria —entre otras razones, porque el artículo 97 CC no contempla la culpabilidad del esposo deudor como una de las incidencias determinantes de su fijación (STS de 17 de julio de 2009) y porque no se compadece con su carácter indemnizatorio que sea posible su modificación a consecuencia de una alteración sustancial y posterior en la fortuna de uno y otro cónyuge y, por supuesto, su extinción—, que responde a un presupuesto básico consistente en la constatación de un

efectivo desequilibrio económico, producido en uno de los cónyuges con motivo de la separación o el divorcio (no en la nulidad matrimonial), siendo su finalidad restablecer el equilibrio y no ser una garantía vitalicia de sostenimiento, perpetuar el nivel de vida que venían disfrutando o lograr equiparar económicamente los patrimonios, porque no significa paridad o igualdad absoluta entre estos". Conforme a esta doctrina, la necesaria concurrencia del desequilibrio económico entre los cónyuges emerge como presupuesto de hecho exigido por la norma para reconocer la pensión compensatoria. A su vez, la determinación del desequilibrio económico requiere atender a dos parámetros. En primer lugar, un elemento personal, puesto que han de compararse las situaciones personales de los esposos. En segundo lugar, un elemento temporal, la comparación debe realizarse en el momento de la ruptura del vínculo matrimonial. Además de estos elementos, resulta necesario que el desequilibrio entre los cónyuges traiga causa del matrimonio, puesto que, como señala la sentencia mencionada, "no puede obviarse el hecho de que, privada la pensión compensatoria del componente asistencial, lo que legitima que el cónyuge más desfavorecido por la situación de desequilibrio económico producida por la ruptura, pueda instar su compensación mediante una pensión a cargo del cónyuge menos desfavorecido, es que tal desequilibrio traiga causa de 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, razón por la cual la pensión, de concederse, deberá fijarse en cuantía y duración suficiente para restituir a este en la situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas, a las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial".

El art. 83.2 CDFA de cara a fijar la naturaleza temporal (y su duración) o indefinida prevé que se atienda la ponderación 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

En el presente caso la Sra. C no parece que haya visto alterada por el hecho de la convivencia y ulterior matrimonio el acceso al mercado de trabajo, pues de hecho se encuentra trabajando; las hijas tienen 13 y 11 años; la vivienda familiar se ha atribuido a la madre; no parece que haya habido una especial dedicación por ninguno de los padres a la atención de las necesidades familiares, siendo acreditado como la sentencia de instancia man-tiene una deficiente y generalizada realización de las tareas domésticas, al menos en los últimos tiempos, y la duración de la convivencia puede estar en torno a los 15 años.

Con esos parámetros ciertamente nos parece excesiva la fijación de la duración de la pensión compensatoria por diez años, atribuida en la resolución de instancia, entendiéndose como más correcta a la vista de aquéllas a su reducción a cinco años, estimando en ese extremo el recurso interpuesto."

*** Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 20 de junio de 2017. Modificación de medidas conveniadas. Custodia compartida. Conflictividad "PRIMERO.— Se recurre por la representación de la parte actora D. C la Sentencia recaída en Primera Instancia en el presente procedimiento sobre Modificación de Medidas (art. 775 LEC).

En su apelación el recurrente considera; que la Sentencia apelada incurre en incongruencia, infringiendo el art. 216 LEC, al adoptar una medida que ninguna de las partes había solicitado; incurre en error en la valoración de la prueba al acreditarse la existencia de una modificación en las circunstancias que dará lugar a las medidas cuya modificación se pretende (relación conflictiva y capacidad para asumir la custodia compartida) no siendo relevante, a parte de no probada, la motivación que indica el Juzgador de instancia, a la hora de solicitar el recurrente el cambio de custodia pretendido; finalmente se infringe el art. 80.2 CDFA existiendo incluso un informe pericial psicológico que avala la Sentencia y custodia compartida solicitada.

SEGUNDO.— Sobre la alegada incongruencia, el recurrente en su demanda solicitaba en el tiempo de estancia de la menor con uno de los progenitores, que el otro tendrá derecho a una comunicación cada dos días, a través de los mismo números de teléfono que ya se contemplan en el actual Pacto de Relaciones Familiares mientras la menor no disponga de teléfono personal porque la edad y circunstancias no lo hagan aconsejable y necesario. La franja horaria en la que realizar las dichas comunicaciones, en defecto de acuerdo, deberá ser la que menos interrumpa los quehaceres de la menor y acomodarse siempre a los horarios laborales de los progenitores, proponiendo como idónea la comprendida entre las 20:30 y 21:00. Habida cuenta de la circunstancia de que el padre trabaja a turnos y que los dichos turnos se organizan anualmente, el padre notificará a la madre la planilla de sus turnos de trabajo, a fin de que las franjas horarias establecidas estén siempre adaptadas a ellos, la Sentencia establece un sistema de comunicación del recurrente con su hija todos los días en que no le correspondiere permanecer en su compañía por medio de una llamada, pudiendo realizarse la misma en el tramo comprendido entre las 18 y las 21 horas. Este régimen se establece igualmente a favor de la madre para todos aquellos días íntegros en los que la hija esté en compañía del padre.

Por otro lado, la frecuencia de comunicación no sería obligatoria para el que tiene dicha facultad, en todos caso no vemos que el sistema fijado por la Sentencia de instancia sea perjudicial para el interés del menor antes al contrario parece adecuado fijar un mínimo contacto diario en la hora indicada tal como se establece en la Sentencia recurrida, desestimándose el recurso en este apartado.

TERCERO.— 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 (Art.º. 217 L.E.C.). Igualmente el artículo 79, n.º 5 del Código de Derecho Foral de Aragón, indica que las medidas aprobadas judicialmente podrán ser modificadas cuando concurren causas o circunstancias relevantes.

Igualmente, la STSJA 6/2017, de 10 de marzo tiene declarado: que de acuerdo con una consolidada doctrina de esta Sala (SS 42/2013, de 3 de octubre y 17/2013, de 13 de marzo o 10/2015, de 2 de marzo) en interpretación de lo dispuesto en el art.— 79.5 CDFA y 775.1 LEC, para que pueda darse lugar a la modificación de las medidas definitivas acordadas en una previa sentencia matrimonial es inexcusable la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) Que se haya producido, con posterioridad a dictarse la resolución judicial que la sancionó, un cambio en la situación fáctica que determinó la medida que se intenta modificar.

b) Que dicha modificación o alteración, sea sustancial, esto es que afecte al núcleo de la medida, y no a circunstancias meramente accesorias o periféricas. Que haga suponer que de haber existido al momento del divorcio se habrían adoptado medidas distintas.

c) Que tal cambio sea estable o duradero, con carácter de permanencia, y no meramente ocasional o coyuntural, o esporádica.

d) Que la repetida alteración sea imprevista, o imprevisible y, por ende, ajena a la voluntad de quien entabla la acción de modificación, por lo que no puede ser buscado de propósito, por quien interesa la modificación para obtener unas medidas que le resulten más beneficiosas.

Como ha sido señalado, la exigencia de la alteración sustancial de circunstancias como presupuesto de la modificación de las medidas adoptadas en un precedente proceso matrimonial tiene por fin evitar una serie interminable de procesos de revisión de medidas ya acordadas con quiebra del principio de seguridad jurídica que se produciría de no ser así.

CUARTO.— La guarda y custodia individual materna y con un amplio régimen de visitas para el hoy recurrente, fue pactada de mutuo acuerdo el 17-12-2012 y aprobada por Sentencia de 21-03-2013, vigente la Ley 2/2010 de 26 de Mayo, que finalmente recogió el CDFA dando preferencia a la Guarda y custodia compartida en su art. 80, por lo que para proceder a una modificación, resultará necesario acreditar que concurren en la actualidad nuevas causas o circunstancias relevantes que aconsejan el cambio interés de la menor, sin que sea posible valorar la conveniencia de uno u otro régimen como si nos encontrásemos ante la toma de la decisión inicial (STSJA 21/2016 de 14 de septiembre y 1/2017 de 25 de Enero).

QUINTO.— En la demanda, el hoy recurrente solicitaba la Guarda y custodia compartida, modificando el actual sistema de guarda individual materna por la conflictividad, falta de acuerdo y comunicación entre los progenitores.

La Sentencia de 21-03-2013 establecía como régimen de visitas, los fines de semana de viernes a lunes a las 9 de la mañana y dos tardes a la semana martes

y jueves de 17 a 20 horas, los progenitores llegaron a puntuales acuerdos estableciendo las visitas intersemanales a la hora de la comida en atención al trabajo o turno laboral del recurrente.

Se ha practicado informe pericial psicológico que recomienda la custodia compartida, según la perito ambos disponen de apoyos en el cuidado de la menor y el progenitor ha organizado su horario laboral para compatibilizarlo con el del sistema establecido.

La menor Z cuenta en la actualidad con siete años de edad, no obstante, la edad de ésta no fue en su momento causa determinante de la custodia individual materna, ni se contempló la posibilidad de su revisión posterior atendiendo a la mayor edad de la niña.

La sentencia de mutuo acuerdo de 21-03-2013 recogía precisamente un amplio régimen, con un sistema amplio de visitas adaptada a la situación laboral del recurrente.

La prueba practicada en autos revela precisamente que no han variado de manera sustancial las circunstancias que se tuvieron en cuenta en su momento al dictarse la Sentencia de común acuerdo.

La propia perito recoge que el sistema funcionó correctamente permitiendo acuerdos puntuales entre los progenitores, precisamente la alegada conflictividad no puede servir de base para fundamentar la custodia compartida que requiere de un mínimo entendimiento y comunicación para llevarla a efecto.

Respecto de las circunstancias laborales o personales del actor, sobre las que no se hizo mucho hincapié en la demanda, no puede afirmarse que las primeras se hayan visto mejoradas, el recurrente alega que su horario laboral era de tardes, en la actualidad según el documento obrante al folio 467 por su actual empleadora, es de cuatro turnos, incluso según el calendario laboral para el año 2016 la mayor parte se desarrollaba en turno de noche, por lo que no consta acreditada una mayor disponibilidad, ni tampoco un red de apoyo adecuada, se hace referencia únicamente a una relación de pareja desde hace dos años, cuestión omitida en la demanda y de la que se hace eco la perito a manifestaciones del apelante, por lo que, discrepando del informe pericial (art. 340 LEC), consideramos que lo más beneficioso para la menor es que se mantenga el sistema acordado de mutuo acuerdo en el año 2013, sin que se haya acreditado ningún cambio de circunstancias relevante que lo aconseje, sin que en consecuencia se infrinja lo dispuesto en los arts. 80.2 y 79.5 de la CDFA por lo que procede desestimar el recurso confirmando la Sentencia apelada. "

*** Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 21 de junio de 2017. Custodia compartida. Menor próximo a la mayoría de edad. Familia extensa

"PRIMERO. Frente a la sentencia de instancia que acuerda a favor de don O la guarda y custodia del hijo menor de edad de este y de la demandada de doña M, se alza la Sra. P interesando la revocación de la sentencia apelada y el dictado de otra que establezca un régimen de custodia compartida con el que, dice la apelante, ha mostrado su conformidad el padre en todo momento, además de que: ella está en perfectas condiciones para seguir haciéndose cargo del hijo menor de edad; que el entorno del padre no es el más favorable para el desarrollo equilibrado de un ado-

lescente de dieciséis años, pues estuvo durante cinco meses internado en el Centro Penitenciario de Teruel en régimen de prisión preventiva por un delito de tráfico de estupefacientes y está pendiente de la celebración del juicio; que el actor adeuda dinero a la apelante correspondiente al tiempo en que el menor convivió con la madre; que el padre manipula a su hijo hasta el punto de haber dejado de visitar regularmente a su madre; que ha sido ella la que ha cuidado del hijo desde el año 2005 hasta noviembre de 2015 cuando el hijo se marchó al domicilio paterno. En cuanto al régimen de visitas impugna la decisión de establecer como mínimo un día a la semana, es decir, cuatro mensuales, por considerar que equivale a dejarlo al libre criterio del menor. Pide igualmente la supresión de la pensión de alimentos.

El Ministerio Fiscal y el Sr. G se oponen al recurso e interesan la confirmación de la resolución impugnada.

SEGUNDO. Son varias las circunstancias tenidas en cuenta por el Juzgador de instancia con entidad bastante para acordar la custodia del menor a favor del padre, en especial la voluntad del hijo que, nacido el 2000, está próximo a cumplir diecisiete años, por lo que le queda un año y cuatro meses para alcanzar la mayoría de edad. Por otra parte, la psicóloga y la trabajadora social del Instituto de Medicina Legal de Aragón han realizado un cuidadoso informe psicológico y social de los padres —los litigantes— y del hijo común, con entrevistas efectuadas también a los abuelos paternos, concluyendo dichas profesionales que debido a la edad de O y su clara preferencia por residir en el hogar de los abuelos paternos, al que está habituado, consideran que sí es el entorno, dentro de los posibles, más aconsejable para el desarrollo equilibrado del menor. Las razones dadas por la apelante para combatir los pronunciamientos de instancia no dejan de ser apreciaciones subjetivas que no van acompañadas de corroboración alguna. Tal como alega en su recurso doña M, la custodia compartida de ambos progenitores, régimen predeterminado por el legislador, debe ser adoptado con carácter preferente, y en este sentido ha tenido ocasión de pronunciarse este tribunal en numerosas ocasiones siguiendo la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en aplicación del Código de Derecho Foral de Aragón; ahora bien, ya se ha expuesto que en este caso el hijo común va a cumplir diecisiete años y prefiere estar con el padre, además de ser el hogar de los abuelos paternos el mejor entorno para O dentro de los posibles (según informe elaborado por el Instituto de Medicina Legal de Aragón).

Por todo ello procede la confirmación de la sentencia de instancia tanto en este punto como respecto al régimen de visitas de la madre y a la cuantía que debe satisfacer la madre en concepto de pensión de alimentos, que es tan exigua que indudablemente puede ser satisfecha por esta."

*** Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 27 de junio de 2017. Custodia compartida. Fuerte hostilidad entre progenitores. Ampliación del régimen de visitas. Pernocata

"PRIMERO.— Sobre el recurso de Don E

Aunque como ya hemos dicho en muchas ocasiones y se ha encargado de reiterar el Tribunal Superior

de Justicia de Aragón en una Jurisprudencia constante, el régimen de custodia compartida es por voluntad del legislador el régimen que mejor se adapta al interés del menor, y en consecuencia recae sobre quien interese un régimen de custodia individual, la prueba de probar que tal es el que mejor se adapta a los intereses de aquél, de conformidad con la previsión del art. 80.2 CDFA, coincidimos con los criterios reseñados por la Juez de instancia para en el presente caso, entender que la custodia individual de los menores a favor de la madre es el régimen más adecuado en el presente caso, y ello de acuerdo con los factores que el citado precepto fija para atender: 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.

Relevante en este punto resulta el informe psicosocial llevado a cabo en Octubre de 2016, tal y como refleja la sentencia, de conformidad con la previsión del art. 80.3 CDFA Antes de adoptar su decisión, el Juez podrá, de oficio o a instancia de parte, recabar informes médicos, sociales o psicológicos de especialistas debidamente cualificados e independientes, relativos a la idoneidad del modo de ejercicio de la autoridad familiar y del régimen de custodia de las personas menores.

El mencionado informe revela hechos trascendentes (no controvertidos por medio de similar importancia) cual es la nula comunicación y entendimiento entre los progenitores. Se observa que ambos progenitores generan comunicación unilateral negativa del otro a sus hijos que les perjudica en su desarrollo. La hostilidad entre los progenitores han dado lugar a algunos episodios violentos como el acaecido el 13 de junio de 2015 en el que el padre agarró por el pelo a la madre, sacándola del turismo donde se encontraba, arrancándole un mechón de pelo y golpeándola a continuación en el cuello y la espalda mientras la sujetaba de la cabeza. (Hechos declarados probados de la sentencia penal de 15 de Junio de 2015).

Las discusiones continuas entre los progenitores son también objeto de relato de la hija menor (folio 134 in fine).

Y si bien por lo general la conflictividad entre los progenitores no resulta un obstáculo al ejercicio de la custodia compartida pues no impide poder realizar de manera adecuada la corresponsabilidad parental, sí se constituye en obstáculo en casos de fuerte hostilidad tal y como indican las sentencias del TSJA 13/2014, de 13 de marzo y la del TS de 12 de diciembre de 2012.

En ese sentido consideramos que de momento, no es conveniente para los intereses de los menores el régimen de custodia compartida, si bien a la vista de la evolución del régimen de guarda pueda irse ampliando el régimen de visitas a favor del padre, que por otro lado goza además del fin de semana desde la tarde del viernes, de una pernocta intersemanal.

Por otro lado no siendo posible en este caso el régimen de custodia compartida, entendemos correcta que tal guarda la ostente la madre, pues es la figura de referencia de los menores, tal y como se refleja en el informe psicosocial aportado.

Cabe resaltar igualmente que el padre ignora hechos esenciales de sus hijos, como por ejemplo si su hijo Alejandro acude a tratamiento psicológico, así como que no acude ni parece interesarse por los asuntos del colegio de aquéllos. Ver la información aportada por el Colegio Teresiano que se acompaña al informe donde se advierte que la persona de referencia para el Colegio es la madre que es quien ha acudido a todas las Tutorías de sus hijos, mientras que el padre solicitó una que no se llevó finalmente a cabo.

SEGUNDO.— Sobre la impugnación de Doña S

Versa la impugnación sobre la concesión de la pernocta intersemanal a favor del padre, por cuanto viene a mantener que la misma es contraria a los intereses de los menores, tal y como aduce se ha revelado, el tiempo que lleva realizándose.

Entendemos que el motivo no puede prosperar en la medida en que el mencionado perjuicio, o la concreta atribución causal que mantiene existe la impugnante entre el bajón escolar y la pernocta intersemanal no puede darse por acreditada. Tampoco creemos que sea obstáculo a tal pernocta la distancia entre la localidad del padre y la de la madre donde se ubica el Colegio de los menores. Pues entre ambos lugares median poco más de 10 minutos por carretera (Unos 11 km).

La documentación que a tal fin aporta, resulta irrelevante a tal fin, debiendo poner de relieve que los retrasos al Colegio ya figuraban en el informe psicosocial de Octubre de 2016 como algo no inhabitual (folios 134 y 135 de las actuaciones) por lo cual no cabe extraer de aquélla las consecuencias que se sostienen, y que el olvido accidental de uno de los libros de texto por la menor tampoco es signo de la confusión o trastorno que se achaca al régimen actual."

*** Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 30 de junio de 2017. Régimen de visitas. Alteración de circunstancias. Edad de los hijos. Voluntariedad

"PRIMERO.— La sentencia dictada en el presente procedimiento de modificación de medidas estima la demanda de la Sra. G y deja sin efecto el régimen que la sentencia de divorcio estableció el 24-3-10 para las visitas y estancias vacacionales del Sr. S e hijos del matrimonio, M y P, los cuales dispuso se llevarían a cabo en lo sucesivo conforme a los acuerdos que libre y voluntariamente alcancen, que la madre no deberá impedir ni interferir.

Recorre el actor, que se opone a que se deje a la exclusiva voluntad de los menores el poder de decisión en materia de visitas y estancias con su padre y solicita la revocación de la sentencia dictada y el establecimiento del régimen que detalla en la contestación, a aplicar en caso de desacuerdo entre padre e hijos.

SEGUNDO.— El art. 775 LEC permite la modificación de las medidas judicialmente aprobadas en sentencia firme cuando se produzca un cambio sustancial de las circunstancias concurrentes. A su vez el art. 79.5 CDFa previene que las medidas aprobadas judicialmente

podrán ser modificadas cuando concurren causas o circunstancias relevantes, de modo que los interesados en la modificación del régimen de custodia deben alegar y acreditar una alteración relevante de las circunstancias que en su momento fueron valoradas, en la que, como dice la STSJA 26-5-2014, no se trata de ver si es sustancial, sino relevante, esto es, si concurren o no aquellas causas y circunstancias que por su significación y trascendencia justifican la modificación.

Los hijos, cuando recayó sentencia de divorcio, tenían casi 8 años, 14 y 3 meses cuando en mayo de 2016 se interpone la demanda y 14 y 7 meses cuando fueron explorados —el pasado 24 junio cumplieron 15—, incremento de edad que no puede por menos que ser tenido como un cambio cualitativo relevante a los efectos de la aplicación del art. 775 LE y 79.5 CDFa, pues, como señalaba la STSJA 7-9-16 y recoge la de 30-1-2017, "Este crecimiento vital afecta al desarrollo de su personalidad, a sus hábitos y costumbres, así como a sus posibilidades de relación social", muy distintas de las de aquel primer momento.

Cabe, pues, el planteamiento de un cambio del régimen de visitas, considerando siempre el superior interés de los menores.

TERCERO.— En la segunda alegación de su recurso denuncia el recurrente ex art. 459 LEC, cumplidas todas sus exigencias, la infracción de normas o garantías procesales.

En su día la parte demandada solicitó informe del Gabinete Psicosocial sobre la conveniencia del régimen de visitas interesado en su contestación y documental consistente en requerimiento a la actora para que aportase las facturas de teléfono fijo y móvil, con desglose de las llamadas realizadas desde 1-1-2013. La providencia de 19-9-16 admitió la documental y denegó por innecesaria la pericial, considerando suficiente la exploración de los menores. Y recurrida en reposición la providencia, el auto de 9-11-16 la confirmó, estimando en el caso suficiente la exploración de los menores e innecesario el medio probatorio denegado al no tratarse de modificar su sistema de guarda y custodia, sino el régimen de visitas y estancias con el padre.

En el otrosí del recurso la representación del recurrente solicitó la citada documental, admitida y no practicada, y la pericial psicológica, siendo ambas inadmitidas por auto de 24-2-2017, en el primer caso por irrelevante, y en el segundo por innecesaria, a la vista de la edad de los menores y que estos fueron ya objeto de exploración.

Notificado el auto dictado, el recurrente, que no lo impugnó, solicitó que ambas pruebas se acordasen como diligencias finales, petición que fue denegada por providencia de 3-3-2017, tampoco recurrida.

No cabe, pues, entender que la denegación de las pruebas solicitadas, se dice que con privación de la posibilidad de justificar sus derechos e intereses en el ejercicio del indispensable derecho de contradicción, haya supuesto la indefensión del recurrente, que no pide la nulidad de lo actuado desde la infracción que denuncia, sino la práctica de la prueba en esta segunda instancia para su posterior valoración conjunta.

CUARTO.— En cuanto a la cuestión de fondo, a ciertas edades puede no ser aconsejable el mantenimiento

estricto de un concreto régimen de visitas cuando las razones expuestas por los hijos en su explotación no reflejen una postura meramente caprichosa, pues la adecuada relación entre progenitor no custodio e hijos puede desarrollarse mejor en un clima flexible y de libertad de comunicación que acudiendo a la judicialización e imposición coactiva de unas visitas de muy dudosa eficacia práctica.

La cuestión en el caso, motivada por la dificultosa relación con la nueva pareja del padre y una compleja relación con éste, surgió, sin embargo, a una edad temprana, recién cumplidos los 14 años por M y P, en la que no parece adecuado dejar a su exclusiva voluntad el régimen de visitas con su padre, con el riesgo de desafección que ello puede generar, estimándose por ello conveniente el establecimiento de unas pautas mínimas de convivencia entre el demandado y sus hijos que, al menos hasta los 16 años —24-6-2018—, garanticen si ambas partes no llegan al acuerdo unos contactos que en principio han de ser beneficiosos para los menores. En cuyo sentido se estimará en parte el recurso, estableciéndose en favor del padre el régimen que se dirá en la parte dispositiva.”

*** Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 7 de julio de 2017. Custodia compartida. Preferencia. Informe IMLA

“PRIMERO.— La sentencia objeto del recurso da lugar a la custodia individual de los menores, en favor de la madre.

Sobre la cuestión se razona en la sentencia:

Que dada la flexibilidad del horario laboral de la madre y la posibilidad de pedir reducción de jornada; teniendo el padre una menor disponibilidad; la edad de los menores de cuatro, tres y un año y medio, edades que exigen una mayor atención por parte de la madre; que el padre no cumplió el régimen de visitas fijado, uno de los días intersemanales, por razones laborales, si bien los abuelos paternos se hicieron cargo de los menores; que el menor Julen ha de acudir todos los viernes a las 12.30 horas al Centro base de atención al discapacitado en la localidad de Teruel; que las relaciones entre los progenitores no son suficientemente cordiales sino que adolecen de cierta conflictividad, lo que lastraría el uso semanal o quinquenal del domicilio familiar; así como que la edad de los menores aconseja mantener la rutina, pues están acostumbrados al cuidado de sus padres y de su abuela materna; se estima que la custodia individual es más conveniente que la compartida.

SEGUNDO.— A tal decisión se opone la parte apelante discrepando frontal y pormenorizadamente de los argumentos ofrecidos en la sentencia, se opone en esencia:

El error en la valoración de la prueba.

Que se ha infringido el Código de Derecho Foral de Aragón en su artículo 80.2 y 80.5,

La alegación de parte determina a este Tribunal a reflejar las líneas maestras que sobre la interpretación del precepto ha venido desarrollando el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en pluralidad de resoluciones desde la entrada en vigor de la Ley.

Sobre el particular entre ellas, citaremos las siguientes: 13/2011 de 15 de diciembre, que estimando el recurso establece la custodia compartida; la 8/2011

de 13 de julio; la 30/2012 de 28 de septiembre, desestimando el recurso fija la custodia compartida, la 27/2012, de 24 de julio desestimando el recurso contra la sentencia de la Audiencia que establece una custodia individual; la 24/2012 de 5 de julio desestimando el recurso contra la de la Audiencia que establece una custodia individual; la 22/2012, de 18 de abril que revocando la de la Audiencia establece una custodia compartida, la 17/2012 de 18 de abril, en el mismo sentido que la anterior; la 13/2012 de 9 de abril que establece también la custodia compartida atendiendo a la voluntad de los hijos mayores; la 5/2012 de 9 de febrero, desestimando el recurso contra la de la Audiencia que establece una custodia individual; en el mismo sentido la 4/2012 de 1 de febrero; la 10/2012 de 30 de septiembre que viene a confirmar la custodia individual.

Entre todas destacaremos la sentencia 24/2012, como ejemplo y resumen de la doctrina jurisprudencial en interpretación del precitado artículo. Sobre el particular sostiene el Tribunal Superior literalmente:

“La sentencia del Juzgado de Primera Instancia del día 15 de septiembre de 2011 y la dictada por la Audiencia Provincial el día 21 de febrero de 2012 (PROV 2012, 85993), confirmatoria de la anterior, acordaron que en el caso actual el régimen más conveniente al interés del menor no era el de custodia compartida, sino el de custodia individual, que establecieron a favor de la madre, a la vez que ampliaron el régimen de visitas entre hijos y padre. Y, al respecto, la dictada por la Audiencia Provincial, y ahora recurrida, expone que en la actual legislación aragonesa (en concreto, Ley de Aragón, de 26 de mayo de 2010 (LARG 2010, 253), hoy incluida en el Código de Derecho Foral de Aragón (LARG 2011, 118)), el criterio de custodia compartida es el ordenado por la ley como preferente. Y expresa también la sentencia recurrida que esta forma de custodia está configurada como regla general, por lo que el juez podrá optar por la individual cuando sea más conveniente para el menor, justificando adecuadamente esta opción, de modo que en caso de solicitarse la individual por cualquiera de los progenitores deberá realizar el necesario estudio de las circunstancias concurrentes en el caso debatido, conforme a los factores que señala la propia normativa.

Tales consideraciones sobre la adecuada articulación de la orden general de preferencia de la custodia compartida, pero con posibilidad de excepcionarla cuando en el caso concreto lo aconsejen las circunstancias concurrentes, evidenciadoras de un superior interés del menor, son totalmente compartidas. Y así lo han señalado varias sentencias dictadas por esta Sala, de las que sirve como compendio de la doctrina contenida en ellas la de fecha 1 de febrero de 2012 (RJ 2012, 4317) que, recogida en sus literales términos en la parte que ahora más interesa, indica: “(...)

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 persona-

lidad, 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 establecer 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 (...)."

CUARTO

Debe así concluirse que, aunque el sistema establecido parte de la elección del sistema de custodia compartida como preferente, ello no es óbice para excluir tal predeterminación legal siempre y cuando, conforme a los propios criterios previstos en la norma, deba considerarse en un caso concreto que la custodia atribuida a un solo progenitor sea la mejor para el interés del menor. Encuadrada así la cuestión, la adopción de la custodia individual requiere la práctica de la necesaria prueba y su detenida valoración, puesto que sólo en caso de que esté claramente acreditado que la prevalencia del interés general del menor se satisface mejor con la custodia individual que con la prevalente de la custodia compartida, es cuando podrá ordenarse judicialmente la inaplicación de la norma general de preferencia en el supuesto concreto.

Naturalmente, dentro de tal acreditación de circunstancias concurrentes, no ofrece duda que cobran especial relevancia los informes psicosociales emitidos, puesto que en ellos, previa constatación de las circunstancias de hecho concurrentes y necesaria exposición razonada del método y factores tenidos en cuenta se emite dictamen por expertos. Junto a ello, resulta también de gran relevancia la opinión que tengan los hijos, captada por los medios de exploración de su voluntad acordes a su edad y situación, que permitan conocer realmente cuál es su preferencia real.

QUINTO

En el caso de autos, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia valoró tanto el informe psicosocial como la voluntad de los menores recogida por los expertos que lo elaboraron, en el sentido de que querían permanecer bajo custodia de la madre...".

TERCERO.— Desde tal perspectiva y siguiendo las pautas de la doctrina jurisprudencial anterior, este Tribunal tras examinar los argumentos de ambas partes en sus recursos y la prueba practicada en el acto del juicio, impregnada de subjetivismo en el marco de una relación de conflicto interparental propio de la situación de crisis del matrimonio; estimó que, dada la escasez probatoria y su carácter totalmente subjetivo, en relación a la cuestión debatida, era necesario —particularmente por la trascendencia que la determinación del régimen de custodia posee para la vida familiar,

especialmente para los hijos— para tomar tal decisión, la aportación de un criterio objetivo y técnico, acordándose a tal fin la práctica de la prueba pericial psicológica y social del IMLA.

El resultado del mismo, ratificado en el acto de las vista es indudable, en él no se aprecian razones que justifiquen una custodia individual. Ofreciéndose las siguientes conclusiones:

"Según la valoración realizada a ambos progenitores, no se aprecian alteraciones ni otros indicadores que puedan afectar al cuidado que ofrecen a los hijos.

Ambos establecen con sus hijos una relación de cuidado basada en la responsabilidad, el afecto y la sensibilidad.

Muestran interés por sus hijos y en asumir las responsabilidades parentales, haciendo presente su disponibilidad emocional mostrando ambos una capacidad de respuesta afectiva y habilidades personales necesarias para el cuidado básico de los menores.

No se ha observado, en este estudio y valoración, ningún aspecto relevante que desaconseje la guarda y custodia compartida.

Se reveló en el acto de la vista que ambos núcleos contaban con el apoyo de los abuelos paternos y maternos así como la disponibilidad en el núcleo paterno de vivienda en propiedad de los abuelos que podrían facilitar a su hijo y nietos para el cumplimiento del régimen que se solicita (vivienda que al parecer, según consta en autos ya ocupó la pareja antes de comprar la vivienda familiar actual).

El informe pericial ha sido emitido por los profesionales idóneos y en los términos de garantía de imparcialidad y contradicción necesarios y suficientes para que posean el alcance probatorio que se les da; sin que aprecie este Tribunal objeción alguna al método empleado, que ha sido elaborado con los escasos medios personales y materiales de que se dispone, superando al fin propuesto tales dificultades, máxime cuando la parte discrepante no ha ofrecido argumento con soporte técnico o profesional de ningún tipo, fundando su discrepancia en los argumentos de tipo estrictamente subjetivo en que descansa la controversia, ni alternativa subsidiaria de ningún tipo para el caso en que procediera fijar una custodia individual.

El Tribunal Superior de Justicia en su sentencia de fecha 25-9-2012, rechazaba como alegación para sostener la conveniencia de la custodia individual, "las dudas o incertidumbres que, de cara al futuro, planteará el régimen referido" —custodia compartida—. En nuestro caso unánimemente el Tribunal, conforme a lo que se viene razonando hasta ahora, puede afirmar que más allá de la mera incertidumbre o la duda sobre el nuevo régimen, presente en cualquier cambio de convivencia, no se dan factores relevantes y de riesgo en las actitudes y relaciones entre los progenitores y demás sujetos implicados, de pronóstico desfavorable hacia dicho régimen. Por ello la bondad del criterio predeterminado legalmente como preferente, no ha quedado puesto en entredicho y a él no debe superponerse el acordado en la sentencia que se recurre, pues no resulta acreditado que sea el más favorable, conforme al superior interés del menor.

Si bien para adaptarlo a la nueva situación familiar y potenciar con ello la relación de fraternidad, y generar además el marco de convivencia suficiente para su-

perar las dificultades y obstáculos detectados, se considera adecuado a las circunstancias que dicho régimen de alternancia semanal se cumpla en el domicilio del padre y de la madre, conservando ésta la atribución de dicho domicilio.

CUARTO.— Por lo expuesto el recurso de apelación ha de ser estimado, y como consecuencia procederá modificar el fallo de la sentencia para determinar un régimen de custodia compartida en los términos siguientes:

Se atribuye al padre y a la madre la custodia compartida de los hijos comunes menores de edad, que se cumplirá por periodos semanales alternando la convivencia con el padre y con la madre en el domicilio separado de cada uno de ellos, por semanas completas.

Durante la semana que un progenitor no conviva con sus hijos, se establece un régimen de visitas, dicho progenitor tendrá a su cargo a los menores martes y jueves, recogidos desde la salida del colegio o en su defecto (por días festivos) a las 14.30 en el domicilio familiar y reintegrados a las 21 horas en el mismo domicilio.

QUINTO.— Con la fijación del régimen de custodia compartida y contrastando los recursos de ambos progenitores, considera este Tribunal que la fijación de una pensión de alimentos no se justifica por lo que la estimación del recurso implica la supresión del apartado 5.º del fallo de la sentencia recurrida.

Ahora bien en cuanto a la atribución del domicilio familiar se justifica su mantenimiento en la madre, por considerarse que es el interés más necesitado de protección dada la referida disponibilidad de vivienda en el núcleo paterno, como ya hemos expresado.”

*** Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 13 de julio de 2017. Custodia de menores por traslado de domicilio a población lejana. Alteración de circunstancias esencial. Comunicaciones. Contribución a los gastos

“PRIMERO.— Como antecedentes de interés para la resolución del presente recurso, deben tenerse en cuenta los siguientes:

1.— D. Alberto Juan E. L. y D.ª Ana María P. L. mantuvieron una relación de la que tuvieron un hijo, A, nacido el 2007. De una relación anterior la Sra. P tenía un hijo, H, nacido el 2002.

2.— El Sr. E. y la Sra. P. pusieron fin a su relación, y en procedimiento de guarda, custodia, alimentos y visitas, tramitado de mutuo acuerdo ante el Juzgado de Primera Instancia 16 de Zaragoza, recayó sentencia de 21 de mayo de 2013 por la que el hijo común quedó en régimen de custodia compartida y el hijo de la Sra. P., H, seguiría el mismo régimen de estancias que su hermano A, por lo que quedaría bajo la guarda de hecho del Sr. E. en los periodos de custodia y vacaciones de su hermano.

3.— En nuevo procedimiento de modificación de medidas 922/2014 seguido a instancia del Sr. E. ante el mismo juzgado, recayó sentencia de 17 de abril de 2015 (documento n.º 4 acompañado a la demanda) que, como consecuencia del acuerdo al que llegaron las partes tras la celebración del juicio oral, con la conformidad del Ministerio Fiscal, atribuyó al mismo la custodia individual del hijo común A y mantuvo tam-

bién la guarda de hecho del menor H, con un régimen de visitas estancias y comunicaciones de ambos menores con la Sra. P..

En concepto de pensión de alimentos la Sra. P. debía abonar al Sr. E. la cantidad de 50 euros mensuales por cada uno de los menores, y para el supuesto de que la misma se incorporara al mercado laboral y obtuviera ingresos líquidos mensuales de 800 euros en adelante, se incrementará la pensión a 100 euros por cada menor. Nada se acordó sobre gastos extraordinarios, ni sobre gastos de desplazamientos del menor dado que ambos progenitores residían en Zaragoza.

Por providencia de 22 de marzo de 2016, habida cuenta de la mejoría y favorable evolución de la relación materno filial así como la voluntad de ambos menores de permanecer conviviendo con el Sr. E. y mantener contacto periódico y regular con su madre, se procedió a la ampliación del régimen del régimen de visitas y estancias con ella. Con posterioridad el Sr. E. manifestó su voluntad de trasladar su residencia a la localidad de G (Alicante), donde podría cuidar de su anciano padre aquejado de enfermedades graves.

4.— La Sra. P. instó la modificación de las anteriores medidas y en el procedimiento 578/2016 del que trae causa el presente recurso de casación, recayó sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 16, de 9 de septiembre de 2016, que acordó las siguientes medidas:

— Dejar sin efecto la atribución de guarda de hecho en favor del Sr. E. respecto del menor H, hijo de la demandante, que podrá pasar a convivir con la misma de forma inmediata pudiendo relacionarse libremente con aquél cuanto y como desee.

— Mantener la guarda y custodia individual del hijo común A en favor del padre únicamente si éste mantiene su residencia en Zaragoza, al no otorgarse la autorización solicitada para el traslado. En este supuesto se mantendrán las mismas medidas vigentes hasta la fecha.

— Subsidiariamente, y solo para el caso de que el Sr. E. traslade su residencia fuera de Zaragoza y se ejerza de forma individual la custodia por la madre Sra. P, se dispone un régimen de visitas a favor del padre consistente en (...). En cuanto a los viajes y gastos de desplazamiento del menor éstos serán realizados por el Sr. E. y a su costa.

— En concepto de pensión de alimentos (se entiende en el caso de que, por el traslado del padre, se conceda la guarda del menor a la madre) deberá satisfacer el Sr. E. a la actora la cantidad de 300 euros mensuales. En cuanto a los gastos extraordinarios deberán ser satisfechos al 60% por el padre y al 40% por la madre.

— Procede desestimar la petición subsidiaria de la demandante en relación al establecimiento de custodia compartida.

5.— Interpusieron recurso de apelación ambas partes solicitando la Sra. P. la custodia compartida del menor A y, para el caso de que el padre se traslade a la provincia de Alicante, que se le otorgue a ella la custodia individual del menor. Además, el abono por el padre de 300 euros al mes en concepto de alimentos y el 60% de los gastos extraordinarios necesarios.

El Sr. E. solicitó la custodia individual de A y la autorización de su traslado a la provincia de Alicante,

con visitas a favor de la madre y que ésta abone 250 euros de alimentos.

La sentencia de 14 de marzo de 2017 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza estimó el recurso interpuesto por el Sr. E. y desestimó el de la Sra. P. en el sentido de mantener a favor del padre la custodia individual del menor A, autorizando su cambio de residencia. Señala un régimen de visitas de dos fines de semana al mes entre el menor y la madre, en los que viajará el menor a Zaragoza, y vacaciones. En concepto de alimentos para el menor la madre abonará 150 euros mensuales y ambos progenitores pagarán los gastos extraordinarios del menor al 50%. El padre satisfará los gastos de desplazamiento del menor a Zaragoza durante los fines de semana, siendo por mitad los correspondientes a los períodos vacacionales.

SEGUNDO.— La representación de la Sra. P. interpuso recurso de casación y también recurso extraordinario por infracción procesal.

Conforme a lo dispuesto en la regla 6.º del apartado 1 de la Disposición Final Decimosexta LEC, admitidos los dos recursos, se resolverá en primer lugar el extraordinario por infracción procesal.

Lo interpone la recurrente por infracción del artículo 218.2 LEC, por falta de motivación en tres aspectos de contenido económico: en la cuantía de alimentos para el hijo común; en la proporción de los gastos extraordinarios a pagar por cada progenitor; y en los gastos de traslado del menor.

Alega que, en cuanto a la pensión de alimentos para el hijo, la sentencia no justifica que se pase de la obligación de pago de 50 euros por hijo fijada en la sentencia de 17 de abril de 2015 y confirmada en la del juzgado de 9 de septiembre de 2016, a la de 150 euros, sin tener en cuenta los ingresos de la madre ni que el otro hijo, H, ha pasado a convivir con ella.

En cuanto a los gastos extraordinarios, que fueron fijados en la sentencia del juzgado en la proporción de 60% el padre y 40% la madre, sin que la sentencia recurrida argumente ahora el cambio de la contribución de ambos progenitores al 50%.

Y respecto a los gastos de desplazamiento del menor para el cumplimiento del régimen de visitas y estancias con la madre, que no se justifica en la sentencia que, si los gastos de desplazamiento para las visitas de fin de semana han de ser satisfechos por el padre, no suceda lo mismo por dichos gastos para los traslados por las vacaciones, que ahora se decide que sean pagados al 50% entre los padres.

El Ministerio Fiscal pone de manifiesto que, efectivamente, la sentencia recurrida motiva en su fundamento tercero lo relativo a la custodia individual del menor, que atribuye al padre, y la autorización para el cambio de residencia, pero no contiene razonamiento alguno sobre la pensión alimenticia, los gastos extraordinarios y los de desplazamientos del menor. Argumenta en base a la doctrina jurisprudencial que obliga a motivar las sentencias y, además, que se trata de un procedimiento de modificación de medidas que exigiría, para alterar las ya acordadas en materia de pensiones y gastos, motivar valorando cuestiones de hecho como una modificación en los ingresos de los ascendientes o la necesidad de asistencia a los des-

endientes. Propone por ello la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal.

La sentencia recurrida argumenta ampliamente en su fundamento tercero sobre la custodia individual que se otorga al padre, y sobre la autorización al traslado de domicilio. En cuanto a las medidas de contenido económico, dice en su último párrafo:

“Se fija a cargo de la madre una pensión alimenticia de 150 € mensuales, con abono al 50% de los gastos extraordinarios, sufragando el padre los gastos de desplazamiento del menor a Zaragoza durante los fines de semana, siendo por mitad los referentes a los traslados en períodos vacacionales”.

No se contiene ningún otro razonamiento en relación a estas medidas, a pesar de que suponen un cambio no irrelevante respecto a las que había fijado el juzgado para el supuesto de cambio de domicilio del padre, que mantenía las acordadas en la sentencia de 17 de abril de 2015 sobre la pensión de alimentos para el hijo (50 euros). Y para el supuesto de cambio de domicilio, que implicaba la custodia individual a favor de la madre, añadía los gastos extraordinarios al 60% y 40%, y obligaba al padre a realizar los desplazamientos a su costa, teniendo en cuenta la hipótesis de que él hubiera cambiado su domicilio a G y sería él quien tendría que realizar los desplazamientos para visitar al hijo en Zaragoza.

En definitiva, no se justifican en modo alguno los cambios en las cuestiones mencionadas por lo que se produce la infracción del deber de motivar impuesto en el artículo 218.2 LEC, lo que lleva a la estimación de este motivo de infracción procesal.

Conforme a lo dispuesto en la regla 7.º del apartado 1 de la Disposición Final Decimosexta LEC, se dictará nueva sentencia atendiendo a lo que se hubiere alegado como fundamento del recurso de casación.

TERCERO.— El primer motivo del recurso de casación se basa en la infracción del artículo 80.1, párrafo tercero, en relación con el artículo 76.2 y 3 del CDFa, y vulneración del principio “favor filii”.

El párrafo tercero del artículo 80.1 CDFa dispone: “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”.

Siendo este precepto el que se cita como infringido parece que se debería combatir el régimen de comunicación, estancias o visitas con el progenitor no custodio, por entender deficiente o insuficiente el señalado en la sentencia. Sin embargo, lo que es objeto de la discrepancia de la recurrente es que se haya autorizado el traslado del menor con su padre a la localidad de G, por ir contra el interés del menor como consecuencia del cambio de entorno escolar, social y familiar, por no reunir buenas condiciones la vivienda en la que residirá, por la pérdida de contacto con la madre y el hermano, y por el perjuicio que se produce a la madre. Resume su posición de la siguiente forma (página 32 del recurso): “Por todo ello, estimamos que no procede a que se autorice a que el menor resida en otro lugar ante el manifiesto cambio radical tanto en su entorno social y parental que genera una ruptura significativa en el contacto con su madre afectando a la toma de decisiones y al derecho a la igualdad en sus relaciones familiares”. Y solicita que “se estime el

recurso, reiterando el contenido de la sentencia de instancia”.

Sobre el traslado del padre había dicho la sentencia recurrida (fundamento tercero):

“En el caso de autos, el padre, militar jubilado, no puede ser obligado a residir donde no desea, bajo el condicionante de perder la custodia del hijo, cuando, además, no existe prueba que aconseje, en su beneficio, la custodia a favor de la madre, y el traslado, interesado judicialmente, no consta tenga por finalidad sustraer al menor de los contactos con su madre.

Sentado lo anterior, los informes periciales practicados en el proceso, psicológico y social, concluyen en la conveniencia de mantener la custodia a favor del padre, Al que Alejandro está muy unido, y visitas a la madre (folios 60 y ss.). Señalando que el menor desea seguir como hasta ahora, estar bien adaptado social y académicamente y querer seguir a su padre en el traslado.”

Como vemos, lo que pretende la recurrente no es un cambio en el régimen de estancias y visitas sino un cambio en el régimen de custodia porque la sentencia de primera instancia mantenía la custodia en favor del padre si no cambiaba de domicilio, pero si se producía el cambio la custodia se otorgaba a la madre. Y toda la argumentación, dirigida a combatir la decisión relativa al cambio de domicilio, conduce a que no sea autorizado el cambio o, si lo es, a la consecuencia de que el padre deje de ostentar la custodia del hijo.

Por lo tanto, el párrafo tercero del artículo 80.1 no ha sido infringido sino que se pretende de forma indirecta que, mediante la negativa al traslado del padre, se conceda una modificación en el régimen de guarda y custodia que, en su caso, hubiera debido ser amparado en el párrafo primero del artículo 80.1. Por lo demás, toda la argumentación se basa, como afirma el Ministerio Fiscal, en la propia valoración de la recurrente sobre la prueba para llegar a la conclusión del perjuicio que supone para el hijo, a su juicio, su traslado de domicilio.

En consecuencia, debe ser desestimado el primer motivo del recurso de casación.

CUARTO.— El motivo segundo del recurso de casación considera infringidos los artículos 82.1, 2 y 4 CDFa y, en concreto, respecto a la cuantía de los alimentos, el artículo 79.5.

Se argumenta que la cuantía de los alimentos se ha modificado sin argumento alguno, lo que infringe el artículo 79.5 CDFa, que permite la modificación de las medidas adoptadas si concurren causas o circunstancias relevantes. Al considerar que no existe tal cambio de circunstancias, solicita la recurrente que se mantenga, en el caso de confirmar la autorización del cambio de domicilio, la pensión que se acordó de mutuo acuerdo en la sentencia de 17 de abril de 2015 (50 euros), no modificada en este punto por la del juzgado de 9 de septiembre de 2016.

Además, considera la recurrente infringido el artículo 82.1 y 2 CDFa, sobre la contribución proporcional de los padres a los gastos de asistencia de los hijos con arreglo a sus recursos, y sobre la exigencia de atender, para la contribución de los gastos ordinarios, a las necesidades de los hijos y a los recursos de los padres. En este caso los ingresos netos de la madre (6.128,29 euros anuales) y del padre (23.873,68 eu-

ros) habían sido tenidos en cuenta en la sentencia de primera instancia para fijar la pensión de la madre al hijo común A, y se produce además la circunstancia de que el padre ya no se hace cargo de los gastos del hijo de la madre, H.

También se habría infringido el artículo 82.4 relativo a los gastos extraordinarios, que se sufragarán proporcionalmente a los recursos económicos de los padres y teniendo en cuenta los acuerdos entre ambos. La sentencia de primera instancia los fijó en la proporción de 60% a cargo del padre y 40% a cargo de la madre, teniendo en cuenta los señalados ingresos de cada uno, por lo que así ha de ser mantenido.

En cuanto a los gastos de desplazamiento del menor para el cumplimiento del régimen de visitas en fines de semana y en los períodos de vacaciones, la recurrente solicita, vista la falta de motivación de la sentencia recurrida, que sean de cargo exclusivo del padre.

El Ministerio Fiscal considera que tratándose de un procedimiento de modificación de medidas se exigiría la acreditación de una alteración suficiente de las circunstancias de hecho, lo que no se ha producido en la sentencia recurrida, por lo que cabe entender vulnerados los preceptos alegados en este motivo de casación, que debe ser estimado acordando, en los extremos a los que se refiere, de conformidad con lo solicitado por la parte recurrente en casación.

QUINTO.— Dada la estimación del recurso por infracción procesal, por falta de motivación en la modificación de estas medidas de contenido económico, conforme a lo dispuesto en la regla 7.ª del apartado 1 de la Disposición Final Decimosexta LEC, esta Sala debe dictar nueva sentencia atendiendo a lo que se hubiere alegado como fundamento del recurso de casación.

Los recursos económicos de los progenitores son detallados en la sentencia de primera instancia: El padre obtuvo en 2015 unos ingresos netos de 21.797 euros, que en 12 mensualidades suponen 1.800 euros; la madre obtuvo en 2015 unos rendimientos netos reducidos de 2.428 euros, lo que vienen a suponer un poco más de 200 euros al mes y actualmente no trabaja, habiendo obtenido una prestación de desempleo a razón de 14,20 euros diarios hasta noviembre (de 2016).

Atendiendo a estos recursos de ambos progenitores la sentencia de primera instancia, para el supuesto de confirmar la custodia del hijo común en favor del padre, mantuvo la pensión de alimentos del hijo a cargo de la madre en 50 euros mensuales, como habían fijado de conformidad ambas partes en el acuerdo recogido en la sentencia de 17 de abril de 2015. Debe mantenerse en dicha cuantía la pensión para el hijo común a cargo de la madre, quien además debe ahora sufragar los gastos de su hijo H.

De igual forma, la contribución a los gastos extraordinarios fue fijada en la sentencia de primera instancia en el 60% a cargo del padre y el 40% a cargo de la madre, atendiendo a los señalados recursos económicos de ambos, por lo que deben ser mantenidos en dicha proporción.

Respecto a los gastos del desplazamiento del menor para el cumplimiento del régimen de visitas en fines de semana y de estancias en vacaciones con la

madre, no se contemplaban en la sentencia de primera instancia, y en la de apelación se fijaron a cargo del padre los de los fines de semana y por mitad los correspondientes a los de vacaciones. La recurrente entiende que no hay justificación para esa diferencia teniendo en cuenta, además, que el cambio de domicilio fue una decisión unilateral del padre quien, por ello, debe cargar con la carga económica correspondiente.

En relación con el reparto de cargas y gastos por los desplazamientos para el cumplimiento del régimen de estancias y visitas, dijimos en nuestra sentencia n.º 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 recurrente y de-termina 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.”

Atendiendo a lo anterior es razonable el criterio de un reparto de cargas y gastos entre los progenitores, en este caso referido a los gastos por los desplazamientos. Teniendo en cuenta las disponibilidades personales y económicas de las partes será el padre el que habrá de soportar el mayor esfuerzo, pero sin descartar una implicación por parte de la madre, que también ha de esforzarse así en el mejor desarrollo del régimen de estancias y visitas. Para ello no resulta desproporcionado el reparto indicado en la sentencia de apelación, de que el padre se haga cargo de los gastos de desplazamiento para las visitas de fines de semana (en su caso podrá ser el desplazamiento directamente efectuado por el padre), y por mitad para los desplazamientos por vacaciones.”

*** Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 14 de julio de 2017. Alteración de circunstancias. Cuantía de la pensión de alimentos. Desempleo
“PRIMERO.— Es motivo del recurso la errónea valoración de la prueba practicada respecto de la acción existente por parte del recurrente por la existencia de un hecho relevante posterior a la resolución que acordó las medidas definitivas en el curso del proceso de divorcio. Viene implícitamente el recurrente a poner de manifiesto la infracción del contenido del art. 79 CDFA.

Sin embargo en modo alguno observamos tal infracción, y tampoco el error que se imputa.

Así sobre la incidencia y necesidad de alteración de las circunstancias de cara a la modificación de la contribución de los padres a las necesidades de sus hijos, existe nutrida jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

Esta Sala también se ha manifestado al respecto en varias ocasiones, sentando como criterio general que la modificación de las medidas (Arts. 90, 91 y 100 del Código Civil) ya fijadas en anteriores procesos matrimoniales requiere de una alteración de circunstancias, que para que sean tenidas en cuenta, han de revestir de una serie de características, como que sean trascendentes y no de escasa o relativa importancia, que se trate de una modificación permanente o duradera y no aleatoria o coyuntural, que no sea imputable a la propia voluntad de quien solicita la modificación ni preconstituida y que sea anterior y no haya sido prevista por los cónyuges o el Juzgador en el momento en que las medidas fueran establecidas. Correspondiendo la carga de la prueba a la parte que propone la revisión de las medidas (Art.º 217 L.E.C.). Igualmente el artículo 79, n.º 5 del Código de Derecho Foral de Aragón, indica que las medidas aprobadas judicialmente podrán ser modificadas cuando concurran causas o circunstancias relevantes (SAPZaragoza 22.03.2016 por citar una entre las más recientes).

Las sentencias del TSJA, de 23 de Mayo y 26 de Mayo de 2014 indican sobre el particular 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 SSTSJA 8 y 10/2011, de 13 de julio y 30 de septiembre, en recta interpretación de la normativa aplicable, entre la que destaca como específico para los procesos de ruptura de la convivencia familiar el art. 76.2 CDFA, conforme al que: "Toda decisión, resolución o medida que afecte a los hijos menores de edad se adoptará en atención al beneficio e interés de los mismos."

Como puede observarse en todo caso la concurrencia del hecho relevante debe de ser posterior a la situación valorada y existente al tiempo de dictarse la resolución judicial que se pretende modificar. Y en el presente caso a la sentencia de divorcio del año 2009, siguió el proceso de modificación de medidas celebrado en el curso de 2014 que dio lugar un año antes de la nueva pretensión de modificación, a la resolución de fecha 19 de Junio de 2015, por la que, atendiendo la modificación de hecho relevante, el mismo que viene ahora aducirse, y que por tanto ya fue contemplado en aquélla resolución, se dio lugar a una reducción de su contribución a la satisfacción de las necesidades de sus hijas.

En consecuencia ningún hecho relevante que no fuera tenido en cuenta en aquélla resolución (donde ya se contemplaban como pone de relieve la resolución de instancia, la situación de desempleo del recurrente y la asunción de mayores cargas hipotecarias) se aduce concurrente en el presente caso, lo que conduce a la desestimación del motivo.

SEGUNDO.— Igual resultado debe correr la pretensión que afecta a la autoridad familiar, pues tampoco ha concurrido un hecho relevante con posterioridad al proceso de modificación que permita la posibilidad de alteración de la medida, siendo por otro lado como expone la resolución de instancia, lo solicitado, una mera expresión formal de algo que se deduce tanto de la resolución que se pretende modificar, cuanto de la propia regulación de la autoridad familiar. Por lo que propiamente no se trata de ninguna modificación ya que no pretende modificar los extremos de la medida, en cuanto que la misma acuerda la necesidad de consulta al padre en todo lo que se refiere a la educación de las hijas, cambios de colegio, cursos en el extranjero... Ambos progenitores se comprometen a informarse recíprocamente de las enfermedades que padecen sus hijas.... Los cambios de colegio, las enseñanzas complementarias, los cursos de verano y otras actividades de análogo carácter serán siempre objeto de consulta entre ambos progenitores. (Folios 8 y 9 de las actuaciones)."

*** Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 17 de julio de 2017. Pensión alimenticia para hijo mayor de 26 años. Diferencias entre la continuidad del

deber de crianza y educación y alimentos entre parientes. Limitación temporal

"PRIMERO.— Aquietado D. Jesús Blas con el rechazo de su pretensión de que fuera extinguida la obligación de pagar alimentos para su hijo R, adoptada en la sentencia de divorcio de fecha 7 de diciembre de 1994 que puso término al matrimonio que contrajo con D.ª Paloma el día 29 de julio de 1984, la única cuestión que permanece en disputa es la persistencia de la pensión alimenticia fijada en dicha sentencia como contribución al sostenimiento de su también hijo común, A, nacido el día 7 de diciembre de 1988, en la cuantía de 250 € mensuales.

El actor afirmaba en su demanda, presentada el 31 de octubre de 2014, que había contraído ulterior matrimonio, del que no ha habido descendencia y que está jubilado; y basaba su petición en que D. A, que tenía su residencia en Madrid, iba a cumplir la edad de 26 años, lo que a su parecer comporta la extinción de la pensión establecida a su favor en la sentencia de divorcio, de acuerdo con el art. 69 CDFA.

La sentencia de primer grado razona que la edad de A lo sitúa en el ámbito de los alimentos en sentido estricto del art. 142 CC, y al margen ya del art. 82 CDFA por haber sobrepasado los 26 años; y que tales alimentos son debidos al no haber concluido el hijo los estudios, ser dependiente económicamente, y no concurrir causa de extinción del derecho a alimentos del art. 142 CC.

El cambio de título de la obligación alimenticia del padre lleva al juzgador de primer grado a reducir la pensión establecida en su día —que a la fecha se hallaba fijada en 357'77 € mensuales— a la suma de 180 € mensuales.

Apelada la sentencia, la Audiencia señala que de la prueba resulta que A se hallaba matriculado en cuarto curso de Grado en Educación Infantil en el curso académico 2015/2016, cursado en el Centro Superior Universitario La Salle (adscrito a la Universidad Autónoma de Madrid); y que trabajó en un contrato temporal a tiempo parcial durante unos ocho meses (repcionista de gimnasio).

Continúa la sentencia de apelación afirmando que si bien el actor ha superado la edad de 26 años, se halla culminando su formación, y no puede apreciarse dejadez o desidia en su búsqueda de autonomía personal, para concluir que el cumplimiento de la edad de 26 años no genera de modo automático la extinción del deber de crianza y educación de los padres, por lo que en el caso no nos hallamos en la órbita de los alimentos entre parientes del CC, en contra de lo sostenido en primer grado, sino que continúa aquél deber propio del de crianza y autoridad familiar regulado en el libro I, título II, capítulo II CDFA.

De acuerdo con ello, y negado el cambio de naturaleza del deber alimenticio de que se trata, la Sala eleva la pensión a pagar a 250 € mensuales, que estima más adecuada a los intereses en juego.

Contra tal decisión se alza D. Jesús Blas mediante el recurso de casación del que conocemos, que articula en cuatro motivos:

1) Infracción por aplicación indebida del art. 69 CDFA en relación con el art. 93 CC.

2) Infracción del art. 69 CDFA por no haber sido justificadas las razones por las que conforme al mismo debe proseguir el pago de la pensión.

3) Infracción del art 69 CDFA porque se establece la continuación del pago de la pensión, pese a que ni convencional ni judicialmente se había establecido una edad en la que debería quedar extinguida distinta a la de 26 años señalada en la norma.

4) El cuarto motivo, pese a que se invoca como motivo de casación, no lo es, pues se halla dedicado a justificar el interés casacional, y ello es relevante como vía de acceso a casación de acuerdo con el art. 3 L 4/2005, sobre casación aragonesa, pero no constituye motivo de casación.

SEGUNDO.— Primer motivo de casación.

Realmente este primer motivo engloba dos diferentes. En uno primero se dice infringido el art. 69 por razón de que se mantiene la pensión de Alexis pese a que ha cumplido los 26 años que el precepto establece como edad en que se extingue el deber de crianza y educación; y en un segundo motivo parece que el que se dice infringido es el art. 93 CC.

Como quiera que el primero de los aspectos se confunde con el tercer motivo de casación, será objeto de estudio juntamente con él.

En cuando al segundo, el recurrente incurre en su formulación en una equivocada interpretación de la sentencia de apelación cuando entiende que la razón por la que la Sala acude al art. 69 CDFA para dar solución al recurso es la previsión contenida en el art. 93 CC, cuando no es así.

Se dice en el motivo:

<<La sentencia dictada por la Sala Segunda de la Audiencia acude a la aplicación del art. 93 del Código Civil, que en su segundo párrafo establece: "Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que son debidos conforma a los artículos 142 y ss del Código.

Pues bien, resulta imposible acomodar la situación de A a su texto pues hace ya ocho años que no convive en el domicilio familiar, llevando vida independiente de su madre...>>

Es cierto que la sentencia recurrida menciona el art. 93 CC cuando dice:

<<En este proceso se valora la continuidad o no de una pensión alimenticia estipulado en un proceso matrimonial, no la fijación o extinción de alimentos "estricto sensu" de un hijo.

El art. 69 CDFA establece que no completada la formación profesional del hijo y careciendo éste de recursos propios, se mantendrá la obligación de los padres de costear sus gastos, en la medida en que se estime razonable, y no se extinguirá, cumplidos los 26 años, si convencional o judicialmente se hubiere fijado una edad distinta. Aun cuando, efectivamente resulta aplicable, conforme a lo dicho, el art. 93 CC, en este caso, judicialmente, a través del presente proceso, se ha considerado procedente mantener el pago por el padre de gastos de hijo, lo que autoriza y prevé la norma.

El cumplimiento pues de los 26 años que señala el precepto, no genera de modo automático la extinción del deber de los padres, porque, aun siendo reitera-

tivos, por vía de acuerdos (convencional) o, judicialmente, puede prolongarse el mismo>>.

Pero si se lee con detenimiento el párrafo transcrito teniendo en mente lo dispuesto en el art. 93 CC, su sentido es claro; lo que para la sentencia permite la continuidad de la prestación establecida en la sentencia matrimonial no es que concurran los presupuestos que el art. 93 CC establece para que en el pleito matrimonial pueda ser debatido el derecho de alimentos de los hijos conforme al art. 142 CC, sino que el deber de crianza y educación se ve prorrogado por darse los presupuestos que para ello exige el art. 69 CDFA.

Y al respecto no parece ocioso recordar aquí la doctrina sentada por esta Sala desde su S 8/2009, que distingue claramente entre la continuidad del deber de crianza y educación de los padres para con los hijos mayores edad, y los alimentos entre parientes, en interpretación del entonces en vigor art. 66 L 13/2006 de esta Comunidad Autónoma:

[E] referido artículo 66.1, en sede del deber de crianza y autoridad familiar, contempla el supuesto en el que el deber de los padres de sufragar los gastos de crianza y educación pervive a pesar de que el hijo haya alcanzado la mayoría de edad o la emancipación, y se distingue con claridad entre los gastos de crianza y educación de los alimentos en sentido estricto.

Doctrina que es reiterada en otras sentencias posteriores de esta Sala, como la n.º 24/2013, según la que:

<<Debe reconocerse que asiste la razón al recurrente cuando distingue entre gastos de crianza y educación, por un lado, y alimentos en sentido estricto, por otro lado. Si bien no es acertado identificar los alimentos del artículo 142 del CC y los gastos objeto de regulación en el artículo 82 del CDFA (como viene a hacerse, en efecto, en la sentencia recurrida). Porque este último precepto se refiere a la distribución de los gastos debidos a los hijos en caso de ruptura, pero de los hijos a cargo, es decir, son gastos de asistencia a satisfacer en cumplimiento del deber de crianza y educación (artículo 65.1.b) y c) del CDFA), no alimentos legales para hijos mayores. Ello explica que sean objeto de atención en las normas del artículo 82 los gastos extraordinarios, y dentro de éstos, los necesarios y los no necesarios. >>

En consecuencia, como quiera que la Sala de apelación no aplicó el art. 69 CDFA por llamada alguna al mismo del art. 93 CC, sino que mantiene la obligación de pago como continuación sin solución de continuidad de la establecida en su día cuando el hijo era menor, este primer motivo de casación no puede ser acogido.

TERCERO.— Segundo motivo de casación.

Se denuncia en este motivo la infracción del art 69 CDFA —así lo entendemos aunque no se cita de manera expresa— porque no ha sido acreditado durante el proceso que concurran las razones que han llevado a las sentencias de ambas instancias a establecer la obligación de pagar alimentos al hijo común A una vez que este ha superado ampliamente la edad de 26 años. Se dice asimismo en el motivo que las sentencias deberían justificar adecuadamente las razones que les ha llevado a tal conclusión.

Articulado el motivo como motivo de casación, y como quiera que es ajeno a este recurso extraordinario todo lo relativo a normas procesales, no cabe entrar en esta última afirmación, dirigida a combatir la suficiencia de la motivación de la sentencia.

Y también es ajeno al recurso de casación todo lo relativo a la valoración de la prueba realizada por los tribunales de instancia, por lo que no es dable entrar a conocer sobre el juicio de hecho que llevaron a cabo.

Así las cosas, y para decidir el motivo que nos ocupa hemos de partir de las afirmaciones de la sentencia de segundo grado, en la que se dice:

<<Con respecto al hijo A, tampoco se invocan en la demanda hechos que se ajusten a la realidad, visto el resultado de la prueba practicada en el proceso.

En definitiva, se ha probado que A está matriculado durante el curso académico 2015/2016 en el cuarto curso de Grado en Educación Infantil, cursando en el Centro Superior Universitario L Salle (adscrito a la Universidad Autónoma de Madrid), esa misma anualidad, el cuarto año de grado de Educación Primaria. Ha trabajado en un contrato temporal durante unos ocho meses, a tiempo parcial (repcionista de gimnasio).

No ha acabado su formación ni es independiente económicamente.

Evidentemente, ha superado los veintiséis años, sin embargo, está culminando su formación superior, y no puede esgrimirse, ni existe prueba, que determine dejadez ni desidia en su búsqueda de autonomía personal, máxime si se valora la temprana edad que contaba cuando el divorcio de los padres, la difícil situación en que quedó con su madre, con un hermano enfermo, del que consta, según denuncia de la madre [...] sufrió episodios agresivos>>

La cuestión es, entonces, si estas razones responden o no a los presupuestos que esta Sala ha señalado para que pueda ser mantenido a cargo del actor el deber de crianza y educación respecto de su hijo una vez alcanzada la edad de 26 años; presupuestos que hemos identificado en numerosas resoluciones, como nuestras SS 10/2012 o 7/2015, y son: 1) que el hijo no haya completado la formación profesional; 2) que no tenga recursos económicos; y 3) que sea razonable exigir a los padres el cumplimiento del deber de costearlos.

Pues bien, todos y cada uno de estos elementos son de apreciar en el caso según resulta de los hechos tenidos por acreditados en la instancia. A se encuentra en los últimos estadios de su formación; carece de suficientes recursos económicos; y es razonable exigir de su padre que continúe afrontando sus gastos, dada la actitud del menor en la búsqueda de su autonomía.

CUARTO.— Tercer motivo de casación.

En este motivo se impugna la sentencia de primer grado porque no establece un límite temporal a la obligación de continuar atendiendo al deber de crianza y educación que establece; y porque se mantiene la misma a pesar de que el hijo superado la edad de 26 años.

En lo que toca al primero de los aspectos, el recurrente no da razón alguna por la que la falta de tal determinación temporal supone la infracción del art. 69 CDFA que denuncia. Tampoco dicho precepto la exige, ni la Jurisprudencia de esta Sala lo ha impuesto

en su interpretación. Por tanto el motivo ha de ser rechazado en este punto.

El núcleo del segundo de los aspectos mencionados en el motivo reside en el alegato que sigue:

<<Si esta parte no ha entendido mal la argumentación de la sentencia recurrida, esta pretende constituir en sí misma la resolución judicial que exige el párrafo segundo del citado artículo para justificar la prórroga de la obligación de pago pasada la edad legal. Ahora bien, la jurisprudencia de este Tribunal resulta clara a la hora de interpretar que la determinación convencional o judicial de esta prórroga debe haberse establecido con carácter previo a alcanzar el hijo los 26 años, sin perjuicio de que como más adelante se verá, de que este hijo tenga derecho a solicitar de su padres unos alimentos si los necesita>>

Ciertamente este Sala se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el impacto que la superación por el hijo de la edad de 26 años tiene en la prolongación del deber de crianza y educación por el padre que establece el art. 69 CDFA. A tal efecto han de ser citadas las SS n.º 8/2009, 3/2010; 11/2011 15/2011, 20/2012 y 24/2013. Todas ellas contienen expresiones referidas a que tal acontecimiento determina la extinción de la obligación de crianza prestada con dicha base legal, y que una vez producida la extinción no es posible rehabilitarla; pero no es menos cierto que en ninguna de estas ocasiones hemos dicho que la extinción se produce en todo caso, sino que admite excepciones; finalmente, la ratio decidendi por la que la hemos denegado la prórroga no fue en ninguna de ellas el mero aspecto cronológico, sino que la decisión fue tomada porque la formación o había sido abandonada (S 8/2009), o terminada (S 24/2013), o se pretendía una formación complementaria (SS 11/2011, 15/2011, 20/2012).

La posibilidad de que este deber se extienda a hijos que hubiere alcanzado la edad fijada en la norma, por lo demás, se encuentra en su propio texto, cuando establece como excepción que convencional o judicialmente se hubiera fijado una distinta.

Sostiene el actor en su recurso que el acuerdo o la decisión judicial contemplados en último inciso del art. 69 CDFA ha de ser necesariamente anterior a que se produzca la extinción por razón de la edad, y que a tal efecto no puede servir la sentencia que decida la pretensión del alimentante de que se declare extinguida la debida a hijos que ya hubieran superado los 26 años, por lo que, al haberlo hecho así, la sentencia impugnada habría infringido el art. 69 CDFA.

Al efecto afirma en el recurso que:

<<[...] lo cierto es que en el momento de la presentación de la demanda ya se cumplía el presupuesto para la extinción de la obligación del pago de la pensión de alimentos pues para entonces A ya había cumplido la edad límite legalmente prevista de 26 años sin que existiera convenio entre los progenitores, ni decisión judicial que otra edad determinara>>.

El texto del art. 69 CDFA es claro en cuanto que el mantenimiento del deber de los padres de continuar sufragando los gastos de crianza y educación se prorroga una vez alcanzada la mayoría de edad y hasta los 26 años sin necesidad de acuerdo ni decisión judicial, si se dan los presupuestos establecidos en la norma. Es igualmente claro cuando dispone que, al

canzada dicha edad, es necesario un acuerdo o una decisión judicial que la sustente. Nada dice en cambio la norma expresamente sobre el tiempo en que tal acuerdo o decisión judicial han de tener lugar.

Pues bien, compartimos en este punto el criterio sustentado en el recurso de que la prolongación del deber de crianza y educación expira al cumplir el alimentista la edad de 26 años, pues así resulta de la norma, y es doctrina de esta Sala que ha quedado más arriba reflejada que, una vez extinguido, no puede ser rehabilitado, de todo lo cual se deduce que la decisión por la que haya de extenderse más allá del límite legal debe ser anterior a que éste sea alcanzado.

Ahora bien, contrariamente a lo que ahora sostiene el recurrente, en el hecho primero de su demanda — presentada el día 31 de octubre de 2014— lo que indica es que A cuenta con 26 años el próximo 7 de diciembre, lo que ciertamente concuerda con su fecha de nacimiento, el 7 de diciembre de 1988.

Esto es, al tiempo de la presentación de la demanda, al que ha de atender para resolver la cuestión planteada, de acuerdo con el principio de la perpetuatio (arts. 410 LEC, 411 LEC, 412 y 413 LEC), no se había producido la extinción de la pensión fijada en la sentencia de divorcio como contribución al sostenimiento de D. A., por lo que no hay razón alguna para que, debatido en el proceso si se dan las condiciones establecidas, pueda ser decidido que se supere el límite legal de 26 años.

Y en apoyo de tal conclusión puede ser citada la STS 223/2011, de 12 de abril de 2011 cuanto señala, en el mismo sentido que la anterior STS 424/2010, que:

<<Los pleitos deben resolverse conforme al estado de cosas existente al tiempo de producirse la litispendencia (artículos 412 y 413 LEC), sin que tampoco sea posible esta modificación en la segunda instancia, pues el recurso de apelación no autoriza a resolver cuestiones distintas de las planteadas en la primera («pendente appellatione nihil innovetur» SSTS 21 noviembre 1963, 19 de julio de 1989, 21 abril 1992, 9 junio 1997)>>.

En consecuencia, procede también el rechazo de este tercer motivo de casación."

*** Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 15 de septiembre de 2017. Custodia compartida. Alteración sustancial de circunstancias. Edad de la menor. Conflictividad parental. Perjuicios a la hija. Estabilidad alternativa con ambos progenitores

"PRIMERO.— La primera cuestión que ha de ser abordada por esta Sala es la alegación en contra de la admisión del recurso efectuada por la parte recurrida en su escrito de oposición.

Sostiene dicha parte que el recurso no debió ser admitido porque desconoce los hechos sentados como probados en la instancia.

Tal alegado no puede ser admitido, pues lo que alega el recurrente son infracciones de norma material imperativa partiendo de la valoración de los hechos sentados por el tribunal de instancia, que no pretende sean alterados por la Sala, sino sus consecuencias jurídicas.

SEGUNDO.— El único motivo de casación que D. A. hace valer contra la sentencia de la secc. 2.ª Audiencia Provincial, que confirma la sentencia del

Juzgado de Primera Instancia n.º 16, que denegó la modificación de las medidas acordadas en la anterior sentencia de fecha 22 de enero de 2013, dictada en autos de guarda, custo-día y alimentos de la hija común no matrimonial de los litigantes, P., nacida en 2010, afirma infracción del art. 80 del CDFA, pero su desarrollo indica que la infracción se predica exclusivamente del apartado n.º 2 de dicha norma.

Las medidas cuya modificación se pretende son el sistema de custodia individual atribuida a la madre, que se quiere mutar por el de custodia compartida por días alternos con pernocta; y la obligación de alimentos para la hija común por importe de 400 € mensuales establecida a cargo del actor, cuya supresión se pide, como una consecuencia del cambio del régimen de custodia, para que cada uno de los padres asuma los gastos ordinarios de alimentación y vestido en las fechas en que la menor esté en su compañía, así como los extraordinarios no necesarios que decida unilateralmente; que ambos contribuyan con la suma mensual de 100 € para cubrir los gastos de libros y material escolar, ocio y demás gastos ordinarios necesarios; y que asimismo ambos contribuyan al cincuenta por ciento a sufragar los gastos extraordinarios necesarios.

El actor propone una custodia compartida por días alternos, con fines de semana también alternos, de tal forma que P. pernoctase con su madre los lunes y los miércoles, y con él los martes y los jueves los días entre semana, manteniéndose el régimen de los fines de semana. Y arguye en el hecho tercero de su demanda que <<este sistema, en realidad, es una ampliación del que ya se viene siguiendo, con visitas intersemanales los martes y jueves, en los que P. pasa las tardes desde la salida del colegio hasta las 20 horas con su padre. Ahora se trataría de que esos días, los martes y los jueves, la niña pueda pernoctar con su padre, logrando de este modo una relación más equilibrada con ambos progenitores>>.

La modificación se pide exclusivamente por el hecho de que la menor ha alcanzado la edad de cinco años, dado que la sentencia de la Audiencia que decidió el primer proceso estableció que:

<<Una vez la menor cumpla los cinco años de edad, se planteará por los progenitores la conveniencia de pasar al sistema de guardia y custodia compartida en caso de discrepancia en ejecución de Sentencia y previo informe del Gabinete Psicosocial se planteará, si procede, fijar la guardia y custodia compartida de la menor.>>.

No alega el actor otra variación de circunstancias que justifiquen la modificación de la pensión alimenticia, pero entiende que el cambio del sistema de custodia justifica el que pide en relación con dicha obligación a su cargo.

La sentencia de primer grado rechaza el cambio en el sistema de custodia por entender acreditado que el individual acordado sigue siendo el más adecuado al interés de P., dado que el alto grado de conflictividad existente entre los padres —manifestado durante los cinco años transcurridos desde el primer proceso— impide cualquier grado de colaboración entre ellos en relación a las cuestiones referidas a la hija común; y que ha sido constatada por el informe psicológico practicado la ausencia de toda necesidad de introducir cambios en la actual situación de la menor, en tanto

que ha permanecido con su madre desde su infancia, que ésta le proporciona estabilidad y seguridad, requiriendo su presencia en los momentos de dificultad personal, y que la menor muestra su agrado con la situación actual. Todo ello sin perjuicio de las buenas relaciones que la menor mantiene con su padre.

Extrae el juzgador de primer grado todo lo anterior de la valoración del informe psicológico elaborado por el equipo adscrito a los juzgados de familia, en el que se concluye que resulta absolutamente desaconsejable la medida de ejercicio de la custodia compartida, pues supondría hacer a la menor partícipe de dos mundos no interrelacionados, sin comunicación ni coparticipación entre ambos, lo que no resultaría beneficioso para la misma. Destaca el juzgador de primer grado que frente al anterior dictamen no ha sido practicada ninguna otra prueba que los desvirtúe.

La sentencia recurrida acoge en lo sustancial los argumentos desenvueltos en la sentencia apelada, y añade:

<<El actor alega que los anteriores conflictos judiciales se debían a meros problemas interpretativos de las medidas judiciales, y el examen de las múltiples resoluciones recaídas aportadas revela la clara inconsistencia de ese fundamento, hasta el punto de haberse estimado necesaria la intervención de profesionales para efectuar las entregas y recogidas de la menor, y la persistencia del actor en la exigencia de cuestiones fácilmente solventables.

Finalmente, tampoco cabe entender que una custodia por días alternos vaya dirigida a proteger el interés de la hija, como sostiene el recurrente, sabido como es que incluso en cualquier adulto, semejante trasiego y cambios de domicilio, alternarían su necesario sosiego y tranquilidad, revelándose esa petición como únicamente favorable a su exclusiva convivencia e interés personal.>>.

El recurrente sostiene que la decisión adoptada en la instancia infringe el art. 80 CDFA porque las dos sentencias tienen en esencia por base para denegar el establecimiento de un sistema de custodia compartida la constatación de una mala relación entre los progenitores que recoge el informe psicosocial, y ello, a su parecer, contradice los criterios establecidos en las sentencias de esta Sala que cita.

TERCERO.— La sentencia de primer grado, en problemática no abordada ya en la de apelación, contiene la Jurisprudencia existente sobre la necesidad de una alteración de circunstancias para que pueda procederse a la modificación de medidas ya adoptada en los procedimientos de familia como el que nos encontramos. Pero como en dicha sentencia se sostiene, la oportunidad de este nuevo examen del sistema de custodia a que se ha de sujetar la menor P. se desprende de la misma sentencia que estableció el de custodia individual atribuida a la madre actualmente en vigor, que dispuso que, una vez que la menor cumpliera los cinco años de edad, se planteará por los progenitores la conveniencia de pasar al sistema de guardia y custodia compartida en caso de discrepancia en ejecución de Sentencia.

CUARTO.— Motivo único de casación.

El único motivo en que se sustenta el presente recurso de casación afirma infracción del art. 80 del CDFA.

En apoyo de tal motivo sostiene el recurrente que los dos Tribunales de instancia han obviado todos y cada uno de los factores recogidos expresamente por la legislación aplicable a tener en cuenta a la hora de establecer uno u otro sistema de custodia, y se separa de la regla general que ha de ser la compartida sin justificar tal decisión más allá de la constatación de una mala relación que el gabinete psicosocial entiende incompatible con una custodia compartida, y afirma además que la relevancia que la sentencia recurrida da a la mala relación entre los progenitores como factor que se opone a la custodia compartida contradice la doctrina sentada en las sentencias de esta Sala de 19 de febrero de 2012, 17 de febrero de 2014 y 18 de diciembre de 2015.

La lectura de las sentencias refleja que dos son las razones por las que se deniega el cambio de sistema de custodia: La primera, la conflictiva relación entre los progenitores; la segunda, la inadecuación del concreto sistema de cambio diario de progenitor custodio que se propone, que la Sala de apelación entiende que alternaría el necesario sosiego y tranquilidad de la menor. Ambas han sido incluidas entre los factores a considerar, como se verá de lo que sigue, por lo que no podemos compartir la afirmación del recurrente de que han sido omitidos todos y cada uno de los establecidos en la norma.

Con relación al primero de los factores, esta Sala ha señalado, en la misma línea sentada por el TS, que no tiene relevancia directa para determinar uno u otro régimen de custodia (SS n.º 36/2013, 46/2013, 11/2014, 37/2015, 28/2016), pero sí ha de ser reconocida tal importancia cuando por su intensidad pueda ir en perjuicio del menor; así la hemos tenido como factor contrario al establecimiento de la custodia compartida en nuestra S 10/2015, al igual que el TS lo ha entendido en SS tales como la n.º 559/2016.

En el presente caso, la Sala de apelación destaca que ha sido necesario el pronunciamiento de una sentencia para regular el mecanismo de entrega de la menor a través de un punto de encuentro, y, en conclusión que extrae del informe psicológico elaborado por el equipo psicosocial, señala que la mala relación existente entre los padres sí repercute negativamente en la menor, aspecto este para cuya debida apreciación parece oportuno hacer uso de la facultad integradora de los hechos de que dispone el Tribunal de casación (STS n.º 159/2006), a fin de recoger determinados extremos de especial significado del citado informe, sin que ello suponga alteración del resultado probatorio alcanzado en la instancia. Así puede leerse en el informe.

<<La comunicación entre los progenitores es inexistente, comunicándose en las ocasiones en las que no queda más remedio mediante otras personas o instituciones [...]

En la situación de este grupo familiar, la muy elevada conflictividad entre los progenitores, la ausencia total de comunicación entre ellos, las discrepancias educativas existentes en todos los aspectos relativos a su hija común, son factores que no solamente exceden los que puedan considerarse habituales en una pareja en proceso de ruptura, sino que tanto cualitativa como cuantitativamente son de mucha mayor entidad, se mantienen en el tiempo desde la ruptura, e incluso han

venido incrementando en intensidad desde la misma, pudiendo llegar a afectar a la calidad de los cuidados recibidos por la menor, al no ser capaces los progenitores de consensuar ningún tema relativo a la misma. [...].

[L]a introducción en la vida de la niña de un sistema de custodia alterna en el que no se comparta entre los progenitores su devenir cotidiano, sino que implique para ella que cada padre en su período de tiempo de custodia asume la responsabilidad exclusiva, haciendo que Paula permanezca alternadamente en dos mundos no inter-relacionados, sin comunicación ni coparticipación entre ambos no resultaría beneficioso para la menor >>.

En definitiva, pese a lo argüido por el recurrente, de los anteriores datos cabe concluir que la conflictividad existente entre los progenitores sí perjudicaría a la menor de establecerse un sistema de custodia compartida, lo que se erige como un importante obstáculo para adoptarlo, de acuerdo con la Jurisprudencia que ha quedado reseñada.

QUINTO.— El segundo de los factores que ha llevado a la Sala de apelación a rechazar el recurso ante ella interpuesto consiste en la falta del necesario sosiego y tranquilidad de la menor provocada por el constante trasiego y cambio de domicilio en razón de la alternancia diaria con pernocta que se pide como sistema de custodia compartida.

Pues bien, hemos dicho en diversas ocasiones que la ruptura de los padres necesariamente ha de provocar cambios en las rutinas de los hijos menores, y que estos pueden ser razonablemente asumidos por estos. Así nuestra S n.º 13/2014:

<<En orden a juzgar si los cambios que se producen en la vida de los menores en el caso de modificar el régimen de custodia pueden ser razonablemente asumidos por ellos, lo relevante será, en aras a su derecho a la relación con ambos progenitores, comprobar los efectos de tales cambios. En otro caso se convierte la estabilidad en principio rector del interés del menor y ello no está así contemplado ni en nuestra legislación ni en nuestra jurisprudencia, según hemos visto>>.

Pero lo dicho no impide entender que uno de los factores que han de ser tenidos en consideración para valorar el interés del menor es su estabilidad, pues así resulta de la LO 1/1996, de protección jurídica del menor tras su modificación por la LO 8/2015, cuyo artículo 2.3.d) establece como elemento que ha de ser tenido para ponderar los criterios a que atender para determinar en cada caso dicho interés:

<<La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro. >>.

Es por ello por lo que este Tribunal ya ha entendido que, en general, el sistema de alternancia diaria como el solicitado en S 48/2013 no es adecuado; y en el mismo sentido el TS ha rechazado por ser contrario a esta necesaria estabilidad del menor el sistema de custodia compartida de alternancia diaria con pernocta como el que se propone en SS 283/2016 y 553/2106, en las que se afirma que si se acude al sistema de custodia compartida ha de ser para que los

menores tengan estabilidad alternativa con ambos progenitores, sin verse sujetos a situaciones incómodas en sus actividades escolares, extraescolares o personales, durante la semana.

Si a todo ello unimos que en la instancia ha sido declarado probado sin elemento alguno de prueba en contrario, y sin que hubiera sido objeto de impugnación por motivo de infracción procesal, que las preferencias de la menor se decantan por el mantenimiento de la situación actual, que se encuentra especialmente unida a su madre, quien representa la principal figura de su mundo afectivo, y que es ella la que proporciona a la menor estabilidad y seguridad, no cabe sino entender que la sentencia impugnada no infringe el art. 80 CDFa al mantener la custodia individual, pues, como hemos dicho en multitud de ocasiones, dicha norma no impide la adopción de un sistema de custodia individual cuando el tribunal estime motivadamente que este, y no el de custodia compartida, es que mejor responde al interés del menor, y así lo hemos indicado en SS como n.º 10/2015, en la que se lee en relación con tal norma:

<<Sin embargo, este carácter preferente al que se refiere la dicción literal del precepto, viene siempre supeditado al superior interés de los hijos menores, de tal manera que podrá acordarse la custodia individual si resulta más favorable para los hijos. En todo caso, la ponderación del interés del hijo menor se debe realizar partiendo de las circunstancias del caso concreto, fijadas en los hechos declarados como probados en la sentencia recurrida>>.

En consecuencia con todo lo dicho, procede la desestimación del único motivo de casación hecho valer."

*** Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 19 de septiembre de 2017. Pensión de alimentos. Grado de contribución. Opacidad económica. Asignación compensatoria. Falta de desequilibrio económico

"PRIMERO.— Es objeto de recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D.º F la sentencia de 23 de marzo de 2017.

Son motivos de recurso error de hecho y derecho en lo relativo a: a) fijación de contribución a alimentos que interesó en la cantidad de 280 euros el padre y 120 euros la madre y contribución a gastos extraordinarios en la proporción de 2/3 y 1/3; b) atribución al Sr. D del uso de la vivienda familiar que interesa para ella o subsidiariamente que sea el Sr. D quien asuma el pago del préstamo hipotecario, sin perjuicio del derecho de reembolso al tiempo de la liquidación; c) asignación compensatoria que interesó en la cantidad de 300 euros al mes durante cinco años.

SEGUNDO.— Los ahora litigantes contrajeron matrimonio el 12/8/2000, fruto del cual es el hijo J nacido el 1/3/2011.

Con ocasión de la crisis matrimonial, que desembocó en que la Sra. B no regresara a Zaragoza (lugar del domicilio conyugal) tras el verano de 2016, sino que permaneciera con su hijo en Alicante, fue dictado el 31/10/2016 auto que atribuyó al padre la guarda y custodia del hijo menor, con régimen de visitas a favor de la madre, atribución del uso del domicilio familiar al padre e hijo y fijación en 180 euros al mes la contribución de la madre a las cargas del matrimonio.

En dicho auto partía de unos ingresos mensuales del padre de unos 4.000 euros al mes y de que la madre es administradora de una sociedad patrimonial con bases de cotización que rondan los 1.050 euros al mes.

La sentencia que ahora es objeto de recurso se dictó con parcial acuerdo de los litigantes en algunos de sus extremos y desacuerdo en otros y estableció: a) guarda y custodia compartida del menor en periodos alternos de dos semanas consecutivas, con régimen de visitas y vacaciones, b) pago por cada progenitor de los alimentos ordinarios del menor en los periodos que tengan asignada su custodia y apertura de una cuenta conjunta para gastos que se especifican (escolares en toda su amplitud, extraordinarios necesarios, ropa sobre la que exista acuerdo...) mediante ingreso de la cantidad de 250 euros el padre y 140 euros la madre ; c) atribución del uso del domicilio familiar al padre hasta el último día de julio de 2017 en que deberá desalojar la vivienda salvo acuerdo en contrario, siendo por mitad el pago de préstamo hipotecario que grava la vivienda y demás gastos derivados de su titularidad ; d) no fijación de asignación compensatoria a favor de la Sra. B. Como datos económicos partió: de los 4.000 euros al mes que percibía el Sr. D, a los que añadir los 13.000 euros al año por avión disponible para operar y de su cualidad de socio y administrador de dos sociedades; de la cualidad de la Sra. B de administradora única de una sociedad familiar que gestiona diversos inmuebles uno de los cuales se ha puesto a la venta por 799.000 euros, destacando la evolución de sus bases de cotización y las nóminas aportadas de octubre de 2016 a febrero de 2017 por importe de 600 euros, habiendo alquilado vivienda por la que paga 400 euros y ascendiendo la hipoteca que grava la vivienda familiar a 1.000 euros al mes.

TERCERO.— En materia de alimentos y como ha venido a argumentar el Tribunal Superior de Justicia de Aragón (por todas sentencias de 17/12/2014) establece el art. 82 de la Compilación de Derecho Foral de Aragón que: 1) Tras la ruptura de la convivencia de los padres, ambos contribuirán proporcionalmente con sus recursos económicos a satisfacer los gastos de asistencia de los hijos a su cargo. 2) La contribución de los progenitores a los gastos ordinarios de asistencia a los hijos se determinarán por el Juez en función de las necesidades de los hijos, de sus recursos y de los recursos económicos disponibles por los padres. 3) El Juez asignará a los padres la realización compartida o separada de los gastos ordinarios de los hijos teniendo en cuenta el régimen de custodia, y si es necesario fijará un pago periódico entre los mismos. Como se ve, el apartado primero regula la medida de la contribución de los progenitores, es decir, su deber de hacerlo de modo proporcional a los recursos con los que cuentan. El apartado segundo señala al juzgador las pautas para fijar el quantum de la contribución. La norma ordena que uno de los parámetros para esa determinación sean los recursos de que disponen los padres. Si aquellos no son equivalentes, la contribución a fijar será diferente para cada uno, atendiendo a lo prevenido en el apartado primero. Conforme al art. 65 tales gastos a sufragar por los progenitores abarcarán el sustento, educación, vestido, asistencia médica.

La sentencia apelada establece una contribución de cada progenitor a los gastos del hijo menor que supone un porcentaje de alrededor del 64% el padre y 35% la madre, que en el presente recurso defiende una contribución que porcentualmente sería del 70% el padre y 30% la madre en gastos ordinarios y 2/3 el padre y 1/3 la madre en gastos extraordinarios necesarios.

Para confirmar la resolución recuerda haremos nuestras las palabras del Ministerio Fiscal, sobre la situación económica de los contendientes, en el acto del juicio, en que interesó la contribución del 60% el padre y 40% la madre. Tales palabras fueron la opacidad de ambos. Fue la propia Sra. B la que en su demanda se refirió a los ingresos del Sr. D en cuantía de 4.500 euros al mes (análoga a la del auto de medidas), mientras que para sí solo reconocía ingresos de 600 euros al mes. Se argumenta sobre el contenido de un contrato de trabajo o tributación del Sr. D que carecen de validez al estar redactados en idioma no oficial y no venir acompañado de traducción (art. 144 LEC), dificultando la tributación en el extranjero el conocimiento de datos económicos. De la aportación de cuentas de resultados de las empresas de las que es socio o administrador no se desprende reparto de beneficios. La Sra. B, además de administradora de sociedad patrimonial dedicada al sector de servicios inmobiliario y titular de múltiples inmuebles, es cotitular de la misma junto a su madre y hermanos, ignorándose su cuota de participación y los beneficios repartidos, no siendo su real situación la precaria que parece querer trasmitirse al reconocer ingresos por nómina de 600 euros al mes. No se acreditan razones para variar la contribución a gastos del hijo.

CUARTO.— Al tiempo de la crisis matrimonial la Sra. B abandonó el domicilio familiar junto con su hijo. Por auto de medidas de atribuyó la custodia del menor y la vivienda la padre. En la sentencia se establece custodia compartida y uso de la vivienda al padre por un brevísimo tiempo ya concluido. La opacidad económica antes mencionada es la que impide concluir que la Sra. B (cotitular de patrimonio inmobiliario) tenga por razones objetivas más dificultad de acceso a la vivienda. El pronunciamiento se ajusta a lo dispuesto en el art. 61 del CDFR, no resultando procedente imponer obligación de contribución a los préstamos que gravan la propiedad en porcentaje diverso a la titularidad sobre el inmueble.

QUINTO.— La sentencia del Tribunal Supremo de 9/2/2017 (ROJ: STS 375/2017) recuerde que según reiterada doctrina de la Sala, que se citaba en la sentencia de 20 de julio de 2015, Rc. 1791/2014 : «El artículo 97 CC exige que la separación o el divorcio produzcan un desequilibrio económico en un cónyuge, en relación con la posición del otro, para que surja el derecho a obtener la pensión compensatoria. En la determinación de si concurre o no el desequilibrio se deben tener en cuenta diversos factores, como ha puesto de relieve la STS 864/2010, de Pleno, de 19 enero. La pensión compensatoria —declara— “pretende evitar que el perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges y para ello habrá que tenerse en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración

con las actividades del otro cónyuge; el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso, su situación anterior al matrimonio para poder determinar si éste ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación. De este modo, las circunstancias contenidas en el artículo 97.2 CC tienen una doble función: a) Actúan como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias; b) Una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión. A la vista de ello, el juez debe estar en disposición de decidir sobre tres cuestiones: i) Si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria; ii) Cual es la cuantía de la pensión una vez determinada su existencia; iii) Si la pensión debe ser definitiva o temporal.

En análogos términos el art. 83 de la Compilación de Derecho Foral de Aragón que a los efectos de la fijación de la cuantía y naturaleza temporal o indefinida impone la ponderación equitativa de diversos criterios tales como: recursos económicos; edad del solicitante, perspectivas económicas y posibilidades de acceso al mercado laboral; edad de los hijos; atribución del uso de la vivienda familiar; funciones familiares desempeñadas; duración de la convivencia.

El desequilibrio posterior a la crisis matrimonial no está acreditado atendida la opacidad de ingresos y el patrimonio de la Sra. B. Siendo cierto que el Sr. D recibió el apoyo económico de la Sra. B cuando decidió pedir excedencia como militar para desarrollar su carrera de piloto comercial que debía redundar en beneficio de la familia, también lo es que el Sr. D también dedicó a ello sus ahorros en metálico o valores. Y si al tiempo del nacimiento del hijo la mayor dedicación al mismo fue de la madre, ello no le perjudicó desde el punto de vista económico o de acceso a la vida laboral (nunca dejó de trabajar o de cotizar), sino que antes al contrato, por la ventaja de trabajar en empresas familiares sus bases de cotización se incrementaron constante matrimonio, también tras el nacimiento del hijo en 2011, de 600 euros en 1996 a 1.880 euros al mes en 2012 (con cortos periodos de cuantía incluso superior). No siendo hasta 2013 cuando van descendiendo, debiendo añadir que dados los términos de la sentencia ambos deberán procurarse vivienda tras el cese de atribución de uso de la familiar al Sr. D (hasta finales de julio de 2017), por lo que no se estiman concurrentes los requisitos para la concesión de la compensatoria pretendida."

*** Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 22 de septiembre de 2017. Custodia compartida. Valoración probatoria errónea del acta de exploración del menor. Disponibilidad del progenitor. Plazo de atribución del uso de la vivienda familiar

"PRIMERO.— Antecedentes relevantes.

1. Los actores contrajeron matrimonio en fecha 1 de julio de 2005, fruto del cual nació, el 2007, el hijo común J. I..

2. Presentada demanda de divorcio por el esposo, en ella se solicita, por lo que a este recurso interesa, la custodia compartida sobre el menor por semanas alternas, así como la atribución del uso y disfrute de la

vivienda familiar, propiedad privativa suya. La esposa contesta a la demanda solicitando la atribución de la custodia individual sobre el hijo, con régimen de visitas a favor del padre, así como la atribución del uso de la vivienda familiar durante un período de tres años.

3. La sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Zaragoza, de fecha 18 de mayo de 2016, estimando parcialmente la demanda, atribuye la custodia compartida sobre el hijo menor a ambos progenitores por semanas alternas de lunes a lunes. Asimismo, concede el uso de la vivienda familiar a la esposa hasta el 30 de abril de 2017, fecha en que deberá desalojar la misma, dejándola libre, vacua y expedita a disposición del actor.

4. Interpuesto recurso de apelación por la esposa, la sentencia dictada por la sección segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 28 de marzo de 2017, estima en parte el recurso, revocando la dictada por la primera instancia, en el sentido de otorgar a la madre la custodia individual del hijo menor y ampliar a dos años el período de atribución del uso a la esposa de la vivienda familiar.

5. Para pronunciarse sobre el régimen de custodia aplicable, la sentencia de apelación valora la prueba en los siguientes términos:

a) En lo que se refiere al informe pericial psicológico, señala:

<<El informe pericial psicológico practicado (f. 369 y ss.) aconseja la custodia materna, señalando que el menor se encuentra muy unido a su madre, la que ha sido la principal figura encargada de su cuidado y atención cotidianos, habiendo mantenido el padre una actitud pasiva y menos atenta a sus necesidades y demandas. Pone de relieve que el niño desea seguir viviendo con su madre, no queriendo cambios en su vida, oponiéndose a la petición del padre, aunque desearía ver más a éste, siendo consciente de la alta tensión existente entre sus padres.

La perito constata una elevada discrepancia en los estilos educativos de los progenitores, siendo más normativo y autoritario el del padre, el que el menor percibe cuando apunta que se enfada con él a menudo, siendo muy estricto y exigente en el ámbito académico, también la ausencia de comunicación entre los padres y pautas muy inadecuadas de resolución de conflictos.

Señala que la petición del padre responde más a sus propias necesidades y a ejercer sus derechos que a proporcionar el bienestar del menor.>>

b) Respecto de la exploración del menor, establece:

<<En esta alzada se ha oído al menor, el que ha manifestado estar más tranquilo, vivir, cuando le corresponde con su padre con su abuela, y que ambos, padre y madre le lleven al colegio.>>

c) En relación a la documental, indica:

<<El padre es socio de varias empresas familiares, y Consejero Delegado Solidario y Secretario de Administración de N., S. L., y Secretario del Consejo de Administración de F. F., S. L., dedicada ésta a la actividad agrícola y ganadera. Se traslada a la zona de B. donde radican las instalaciones de esta última de una semana a quince días.>>

6. Partiendo de tal valoración, concluye sobre la custodia:

<<Todo lo expuesto revela, ante la ausencia de un plan concreto determinante de cómo, y en qué condi-

ciones asumiría el padre el cuidado cotidiano del hijo menor, y sus amplios requerimientos laborales, frente a los de la esposa, que el menor quedaría bajo el cuidado de la abuela paterna cuando a él correspondiese el período de custodia, cuanto tal delegación no se contempla legalmente como real ejercicio de las responsabilidades paterno-filiares.

El menor, hasta ahora, se encontraba plenamente adaptado a su forma de vida, la que no debe quedar alterada por las nuevas expectativas de los progenitores cuando no van encaminadas a procurar su estabilidad y bienestar.

Por ello, en interés del menor, procede otorgar su custodia individual a la madre, por revelarse tal medida más adecuada para preservar su correcto desarrollo (Art. 80 C.D.F.A.).>>

7. Por lo que se refiere al uso del domicilio familiar, la sentencia establece:

<<Finalmente, y por lo que respecta a la vivienda familiar sita en ..., es privativa del actor, y en ella ha residido la familia durante 10 años. La demandada solicita: un uso por tres años. Dos años (desde el dictado de la Sentencia de instancia), se considera suficiente para así poder ocupar la vivienda de su propiedad, una vez se extinga el arrendamiento que sobre ella pesa, plazo que finalizará el 30 de abril de 2018.>>

8. Frente a dicha sentencia, el esposo interpone recurso de casación alegando como infringidos los arts. 80.2 y 81.3 CDFA. Alega también tres motivos de infracción procesal, todos ellos al amparo del art. 469.1.4.º LEC, por vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE, al entender que la valoración probatoria recogida en la sentencia recurrida es arbitraria, irracional y manifiestamente errónea.

SEGUNDO.— Primer motivo de infracción procesal.

9. En el primer motivo, bajo la cobertura del art. 469.1.4.º LEC, como se ha indicado, el recurrente afirma que la Audiencia Provincial ha incurrido en una valoración arbitraria, irracional y manifiestamente errónea de la prueba de exploración judicial del menor, puesto que en el fundamento de derecho segundo de la sentencia recurrida, como única referencia a la audiencia del menor, se dice textualmente: "En esta alzada se ha oído al menor, el que ha manifestado estar más tranquilo, vivir, cuando le corresponde con su padre con su abuela, y que ambos, padre y madre le lleven al colegio". Sin embargo, en la transcripción mecanográfica del acta de exploración del menor obrante en autos (folio 36), que tuvo lugar el 18 de enero de 2017, se recogen literalmente las siguientes manifestaciones del hijo común: "Está bien en la situación actual que le gusta más como ahora que como antes, que las Casas de su padre y madre están relativamente cerca, que cuando está con su padre viven en casa de la abuela, que cuando está con su madre le lleva al cole en coche y luego se va a trabajar al hospital, que se padre también le lleva al cole, que las actividades extraescolares las hace igual con uno que con otro, que cuando necesita ayuda con los deberes le ayudan los dos".

10. Entiende el recurrente que dicha valoración no refleja con exactitud lo manifestado por el menor, omitiendo datos relevantes, y que, de dicha valoración

errónea de la exploración, la Audiencia Provincial extrae dos conclusiones irrazonables: que el menor queda bajo la custodia de la abuela paterna cuando le corresponde la estancia con el padre; y que la custodia compartida supone una alteración de su régimen de vida anterior, puesto que en el mismo fundamento segundo de la sentencia se indica: "El menor, hasta ahora, se encontraba adaptado a su forma de vida, lo que no debe quedar alterado por las nuevas expectativas de los progenitores..."

11. Resulta evidente que la valoración de la exploración del menor que se plasma en la sentencia recurrida no se corresponde adecuadamente con lo manifestado por el menor, ni en su contenido literal, ni en su sentido, debiéndose calificar como manifiestamente errónea. Y ello porque de la escueta valoración que se recoge en sentencia parece deducirse, como elemento esencial, algo que no manifestó el menor: que el hijo queda bajo la custodia de la abuela cuando le corresponde residir con su padre, cuando lo que verdaderamente se recoge en la declaración del menor es que él y su padre residen en casa de su abuela, algo muy distinto.

12. Por otra parte, en la sentencia se hacen unas breves referencias, esquemáticas y carentes de un sentido preciso, sobre la situación del menor y, sin embargo, se omiten otras mucho más relevantes, expresadas en el acta de exploración. Así, la sentencia se limita a indicar que el menor manifiesta estar más tranquilo y que su padre y su madre le llevan al colegio, omitiéndose el verdadero sentido que resulta de las manifestaciones del menor, que no es otro que la buena adaptación de éste al régimen de custodia compartida, puesta de manifiesto al expresar que la situación actual le gusta más que la anterior —la exploración se realiza cuando el menor lleva casi ocho meses en el nuevo régimen— y que ambos progenitores le llevan al colegio y a las actividades extraescolares y le ayudan con sus deberes.

13. De lo expresado cabe concluir que la valoración probatoria efectuada por la Audiencia Provincial del acta de exploración del menor conculca el art. 24.1 CE, por incurrir en un error palmario, debiéndose estimar el motivo alegado.

TERCERO.— Segundo motivo de infracción procesal.

14. Como en el motivo anterior, al amparo del art. 469.1.4.º LEC, el recurrente alega que la Audiencia Provincial ha incurrido en una valoración arbitraria, irracional y manifiestamente errónea de la prueba al establecer como probado que es Secretario del Consejo de Administración de la mercantil F. F., S. L., cuando en la documental aportada consta aportado un certificado firmado por la presidenta y un vocal de la empresa N. S.L. (folio 302) en el que expresamente se certifica en el apartado Cuarto que el actor, "De las sociedades C. y D. S.L., D., S.L. y F. F. A. S.L. no desempeña cargo, ni tiene titularidad accionarial, ni obtiene remuneración alguna".

15. En la sentencia de primera instancia no se hace mención alguna a tal hecho y, en la de apelación, se considera acreditado el cargo de Secretario del Consejo de Administración de la empresa F. F. S.L. sin que conste referencia a medio probatorio alguno. Por su parte, el escrito de alegaciones presentado por la representación de la esposa —parte recurrida en

casación— no solo no indica la prueba que justifica la atribución del cargo, sino que parece admitir que el actor no lo ejerce, puesto que señala que “El hecho de que no desempeñe cargo alguno en F. F. A. S.L. es irrelevante, puesto que la empresa principal está ubicada en la zona de B. y es la que impide la presencia física del padre, con carácter permanente en Zaragoza para ostentar el ejercicio de una guarda y custodia compartida”.

16. En el recurso se ataca también otro hecho probado que en la sentencia parece deducirse del anterior a modo de conclusión, al considerar acreditado que el esposo se traslada a la zona de B. donde radican las instalaciones de la empresa F. F. A. S.L. por períodos que van de una semana a quince días, bien es cierto que sin que se identifique si esos traslados son mensuales o por temporada agrícola, cuestión muy relevante.

Este hecho tampoco viene mencionado en la sentencia de primera instancia, y la de apelación no contiene referencia alguna al medio probatorio que lo acredita.

El recurrente afirma que se trata de una mera alegación de la parte contraria, contenida en el hecho sexto de su contestación a la demanda y, la parte recurrida, en su escrito de alegaciones al recurso de casación, se limita a indicar que no es una manifestación arbitraria, ni injustificada, que toda la prueba documental obrante en las actuaciones indica su lugar de trabajo. Sin embargo, lo cierto es que lo que verdaderamente acredita la prueba documental es que el Sr. C. es secretario del consejo de administración y consejero delegado solidario de la mercantil N. S.L., cuyo domicilio se encuentra en (Zaragoza), como se desprende, entre otros documentos, de las nóminas del Sr. C. (folios 286 y siguientes).

17. Por lo expuesto, resulta palmario que la sentencia incurre en un error manifiesto al declarar acreditado que el recurrente es Secretario del Consejo de Administración de la empresa F. F. A. S.L. La circunstancia de que esta sociedad esté participada exclusivamente por N. S.L., tal como afirma la representación de la esposa en el escrito de alegaciones al recurso, y reconoce el hoy recurrente, entre otros en su escrito de oposición al recurso de apelación, en nada empece el error valorativo padecido por la sentencia recurrida. Por todo ello, debe estimarse el motivo.

CUARTO.— Tercer motivo de infracción procesal.

18. Al igual que en los dos motivos anterior, fundándose en el art. 469.1.4.º LEC, el recurso entiende que la sentencia recurrida ha incurrido en una valoración arbitraria, irracional y manifiestamente errónea de la prueba documental, al considerar acreditado en su fundamento de derecho tercero que el arrendamiento de la vivienda propiedad de la esposa finaliza el 30 de abril de 2018, cuando del contrato de arrendamiento, obrante al folio 308, se desprende que finaliza en abril de 2017, puesto que se inició con fecha 1 de abril de 2012, pactándose una duración de un año y, llegada la fecha de vencimiento del contrato, se podría prorrogar cuatro años más, siendo el total, por tanto, de cinco años de duración. En la sentencia de primera instancia expresamente se indica que dicho arrendamiento finaliza en abril de 2017. Precisamente por ello se atribuye a la esposa el uso de la vivienda familiar —privativa del esposo— hasta el 30 de abril

de 2017, por cuanto a partir de dicha fecha ya puede disponer de la suya.

19. La sentencia de apelación, en relación a la atribución del uso de la vivienda familiar, establece: “La de-mandada solicita: un uso por tres años. Dos años (desde el dictado de la Sentencia de instancia), se considera suficiente para así poder ocupar la vivienda de su propiedad, una vez se extinga el arrendamiento que sobre ella pesa, plazo que finalizará el 30 de abril de 2018”.

La redacción del párrafo es imprecisa, puesto que hace dudar si el plazo que finaliza el 30 de abril de 2018 es el del contrato de arrendamiento o, por el contrario, el de atribución del uso de la vivienda a la esposa. Sin embargo, lo cierto es que cabe decantarse por esta última interpretación, puesto que parece la más lógica. En primer lugar, porque el contrato de arrendamiento no finaliza el 30 de abril, dado que se concertó un 1 de abril y, tratándose de cómputo de plazo anuales debe realizarse de fecha a fecha (art. 5 del Código Civil). En segundo lugar, parece claro que la sentencia de apelación revoca la de primera instancia para incrementar el plazo fijado expresamente en esta última (30 de abril de 2017), de manera que, en concordancia con la que revoca, la interpretación más adecuada es estimar que se refiere al plazo de finalización de la atribución del uso de la vivienda, careciendo de sentido la mención al plazo de duración del arrendamiento. El hecho de que se diga que se conceden dos años —frente a los tres pedidos por la demandada— desde el dictado de la sentencia de instancia, debe entenderse como una simple referencia temporal genérica, que se concreta expresamente a continuación en el 30 de abril de 2018. Explicación perfectamente aceptable dada la escasa diferencia temporal de esta fecha con la resultante del cómputo de los dos años desde el dictado de la sentencia de instancia: 18 de mayo de 2018.

Por tanto, cabe concluir que la sentencia de apelación no ha incurrido en error alguno. Simplemente ha incrementado el plazo de atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa.

QUINTO.— Recurso de casación. Primer motivo.

20. La estimación del recurso extraordinario por infracción procesal determina que la Sala deba entrar a conocer del fondo de la cuestión planteada, y dictar nueva sentencia teniendo en cuenta, en su caso, lo que se hubiese alegado como fundamento del recurso de casación. Así lo establece la regla 7.ª de la Disposición Final decimosexta, apartado 1, de la LEC, que regula el régimen transitorio en materia de recursos extraordinarios.

21. El primer motivo de casación se interpone por la vía de la existencia de interés casacional, fundado en la inaplicación del régimen preferente de la custodia compartida, con infracción del art. 80.2 CDFA y oposición a la consolidada doctrina jurisprudencial sentada por esta Sala en numerosas sentencias, muestra de la cual es la de 6 de abril de 2015 (recurso de casación 1/2015), mencionada por el recurrente, que establece:

“Así, por ejemplo, en sentencia de 10 de enero de 2014 (Casación 28/2013) se indicó. “(...) En derecho aragonés, a diferencia del derecho común, el legislador, al tratar del régimen de custodia a estable-

cer, sí ha definido con carácter preferente el criterio a seguir en interés del menor al decidir entre custodia compartida o individual, tal y como reiteradamente ha señalado esta Sala (así, por ejemplo, sentencias de 19 de diciembre de 2012 y de 18 de julio de 2013). Tras sentar el artículo 76.2 del CDFA el necesario respeto al interés del menor, al tratar en concreto el artículo 80 la custodia a observar ordena en su apartado segundo que: “El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores (...)”. No se está, por tanto, en la situación del derecho común, en donde corresponde al Juez decidir, *prima facie*, entre un sistema u otro de custodia, según lo aconseje en cada caso el interés del menor. En Aragón, la decisión primigenia sobre el régimen de custodia aplicable la ha tomado el legislador, en el sentido indicado, de ordenar la fijación del régimen de custodia compartida.

A partir de tal definición legal sobre cuál sea el sistema de custodia a seguir, la norma previene la posibilidad de que, por vía de excepción, en atención a los criterios que en ella misma se establecen, pueda fijarse por la autoridad judicial un régimen de custodia distinto de la compartida. Así, el mismo artículo 80.2, tras ordenar que se estará a la custodia compartida de modo preferente, prevé la salvedad de que “la custodia individual sea la más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares, que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a los siguientes factores (...)”.

En Aragón, por tanto, la decisión del órgano judicial debe partir de la concreción legal explícita de que el mejor sistema de custodia para atención del interés del menor se satisface con la custodia compartida. De modo que sólo cuando, tras la valoración de la prueba, quepa concluir indubitadamente la consecuencia de que se dan los presupuestos legales para excepcionar a tal régimen, será factible fijar un régimen de custodia distinto (...).

22. Atendiendo a dicha doctrina, y estimados los motivos de infracción procesal, el tribunal, retomando la instancia, ha de acoger la pretensión del recurrente, puesto que un examen detenido de las actuaciones pone de manifiesto que no existe óbice alguno para se acuerde el régimen legal preferente de custodia compartida.

Así, las razones que llevan a la Audiencia Provincial a revocar la sentencia de instancia, sustituyendo la custodia compartida por la individual de la madre son, fundamentalmente: que el menor desea seguir viviendo con su madre, a la que se encuentra muy unido y que no quiere cambios en su vida; que el padre carece de un plan concreto para asumir la custodia de su hijo; y que dados los amplios requerimientos laborales del padre, el menor quedaría bajo el cuidado de la abuela paterna cuando correspondiese al padre el período de custodia, cuanto tal delegación no se contempla legalmente como real ejercicio de las responsabilidades paterno-filiares.

Sin embargo, los motivos de infracción procesal estimados han permitido acreditar que el hijo menor, tras casi ocho meses de aplicación del régimen de custodia compartida, se ha adaptado perfectamente a él, hasta el punto de preferir dicho régimen al anterior y que los dos progenitores colaboran en las actividades del menor —tal como llevarle al colegio y a las actividades

escolares y ayudarle a realizar los deberes—, circunstancias demostrativas de que el padre no carece de un plan concreto para ejercer la custodia. Por otra parte, se ha desvirtuado la afirmación contenida en la sentencia de apelación que atribuye al padre tan grandes requerimientos laborales que obligan a delegar en la abuela. Nada de esto ha quedado acreditado, como tampoco que deba residir en B. durante semanas de manera frecuente.

23. Del informe pericial obrante en autos no se desprenden verdaderas circunstancias de peso que permitan considerar más conveniente para el interés del menor la atribución de la custodia individual a la madre. En este sentido, el informe pericial contiene una afirmación que es más propia de una apreciación que de un dato objetivo, puesto que no explica la psicóloga como llega a tal conclusión. Así se indica que “En cuanto a la solicitud paterna de que José Ignacio permanezca en períodos semanales alternos con cada uno de sus padres responde más a una motivación del Sr. C. centrada en su necesidad y deseo de obtener el ejercicio de sus derechos de igualdad como progenitor 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 su hijo que se puedan resolver con esta organización”. No deja de resultar revelador que en el párrafo anterior del informe pericial se imputa a ambos progenitores esta defensa de sus propios intereses por encima de los del menor, señalando “Ambos progenitores han mantenido una pauta de resolución de conflictos altamente inadecuada, lo cual ha conllevado el mantenimiento de dicha situación de conflictividad y tensión, en la cual el menor se ha visto inmerso, centrándose más los progenitores en la obtención de sus derechos y en el propio enfrentamiento, que en las necesidades y en los propios efectos que el mismo podría conllevar para el desarrollo y crecimiento personal de su hijo y para las relaciones paterno y materno-filiares”. Por tanto, esa situación de conflictividad y la defensa de los propios intereses resulta predicable, en todo caso, de ambos progenitores y no solo del padre.

Por otra parte, y respecto de la conflictividad existente entre los progenitores, ya hemos señalado en diversas sentencias que el enfrentamiento entre los padres no permite rechazar por sí solo la custodia compartida, salvo que concurren circunstancias excepcionales (entre otras, STSJA de 28 de septiembre de 2012, recurso de casación 14/2012). Es evidente que en el presente caso no concurren, puesto que el propio menor ha manifestado en su exploración ante la Audiencia Provincial, transcurridos casi ocho meses de aplicación del régimen de custodia compartida, que lo prefiere frente a la situación anterior y que los padres colaboran en atender a sus necesidades.

SEXTO.— Segundo motivo de casación.

24. También por la vía del interés casacional, entendiéndose infringido el art. 81.3 CDFA, se impugna la decisión de la Audiencia Provincial que incrementa el período de atribución a la esposa del uso de la vivienda familiar hasta el 30 de abril de 2018, revocando la de primera instancia, que lo concedió hasta el 30 de abril de 2017.

25. Como ya se ha señalado al resolver el motivo de infracción procesal, no hay error en la valoración de la prueba, ya que la sentencia recurrida ha querido ampliar el período de uso de la vivienda familiar a dos años. Plazo que finaliza el 30 de abril de 2018. Por tanto, y como señala el propio recurrente en su recurso de casación, con cita de numerosa doctrina de esta Sala, la fijación del período de atribución temporal del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores, a falta de acuerdo entre ellos, constituye una decisión discrecional del Juez, valorando las circunstancias concurrentes, sin que corresponda al Tribunal de Casación pronunciarse sobre tal cuestión, a salvo de apreciar arbitrariedad o razonamiento irracional o ilógico, lo que no ocurre en el presente caso, en que el tribunal de apelación se ha limitado a ampliar en un año la atribución del uso de la vivienda."

*** Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 26 de septiembre de 2017. Uso del domicilio conyugal. Interés más necesitado de protección. Asignación compensatoria. Falta de desequilibrio económico

"PRIMERO.— Se recurre por la representación de la parte actora (D. J), la sentencia recaída en Primera Instancia en el presente procedimiento sobre divorcio (art. 770 LEC).

En su apelación (art. 458 LEC) considera el recurrente; que procede le sea atribuido el uso del domicilio y ajuar conyugal del domicilio familiar situado en, atribuyéndose también la administración de los trasteros sitos en la finca, a fin de gestionar el alquiler de los mismos, hasta que se produzca la efectiva liquidación del régimen económico matrimonial. Subsidiariamente, el uso del domicilio, atribuyéndose también la administración de los trasteros sitos en la finca así como la campa para camiones, a fin de gestionar el alquiler de los mismos, hasta que se produzca la efectiva liquidación del régimen económico matrimonial.

En cuanto a la pensión compensatoria para el caso de que se le atribuya el domicilio familiar abonaría la demandada una pensión de 400 €/mes hasta la efectiva liquidación del régimen económico matrimonial o para el caso de que se le atribuya el uso del domicilio "casa del guardés", se le abone igualmente una pensión de 400 €/mes hasta la efectiva liquidación del consorcio.

En caso de no atribución de ninguna de las viviendas la pensión sería de 1400 €/mes hasta la efectiva liquidación.

SEGUNDO.— Sobre el uso del domicilio familiar, las hijas comunes mayores de edad residen con su madre, el recurrente asumió según se indica en el auto de medidas provisionales de 22-09-2015, la atribución del uso del domicilio familiar a la recurrida, dispone de medios económicos adecuados para hacer frente al alquiler de una vivienda subsistiendo idénticas razones denegatorias que los que se recogen en el auto de medidas provisionales en relación a la atribución de la vivienda casa del guardés sita en Ctra. De Barcelona, Km. 318, no existe un interés más necesitado de protección en el recurrente que incluso ha sido declarado en alta médica, continuando abonando la cuota de autónomos, parece razonable mantener el uso a la

demandada hasta que se produzca la liquidación del consorcio.

TERCERO.— Respecto a la pensión compensatoria, la demandada desde principio del año 2013 administra el negocio familiar de alquiler de locales y plazas de aparcamiento, asume los gastos de las dos hijas mayores salvo la contribución de 100 €/mes del recurrente, la convivencia ha durado más de 14 años, no consta que el recurrente haya realizado una dedicación relevante a la familia, hijas, teniendo en cuenta que se dedicó a ejercer durante la mayor parte del período de convivencia su actividad profesional, estando al frente del negocio familiar y de la sociedad audiovisuales P, S. L.

Sobre los ingresos del recurrente, sigue dado de alta en autónomos, percibe sobre los 800 €/mes en virtud de un legado de sus padres, en octubre de 2016 percibió 54.000 € por la venta de un inmueble de su familia, no es clara su situación en la mercantil "P, S. L., ha sido dado de alta médica por el INSS, no constando en la actualidad su imposibilidad para volver a trabajar.

Por otro lado, siendo cierto que la recurrida regenta desde febrero de 2013 el negocio familiar, y sus ingresos netos superarán los 4.000 €/mes, se hace cargo de los gastos de la hija común B, dependiente económicamente, y la administración del negocio conlleva la necesaria rendición de cuentas del mismo.

En la actualidad el recurrente, que vive al parecer en piso de alquiler dispone de medios suficientes para hacer frente a sus necesidades, teniendo en cuenta, además el relevante patrimonio familiar que permitirá a ambos de disfrutar de medios económicos propios, no procede fijar pensión compensatoria a cargo de la demandada, estimándose el recurso y confirmando la sentencia apelada en su total integridad."

*** Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 26 de septiembre de 2017. Autorización de salida del país de hijo menor. Insuficiencia de garantías de retorno

"PRIMERO.— Solicita la recurrente se deje sin efecto el auto recurrido en lo referente a la denegación de la autorización interesada de salida de España del hijo menor N al objeto de viajar con ella durante los días 16 a 30 agosto 2017 la Ciudad de Santiago, en Republica Dominicana, y, en consecuencia, se dicte otro por el que se estime la petición denegada.

SEGUNDA.— La sentencia de divorcio adoptó como medida "la prohibición de salida del menor del territorio español, salvo autorización judicial", la cual, solicitada al amparo del art 74 CDFa, ha sido denegada según razones que la Sala comparte, pues contando el Juez únicamente con las manifestaciones de la solicitante de la medida, son hechos que apuntan el riesgo que la resolución recurrida precave el escaso arraigo en España de doña D, su formación académica y las posibilidades que esta le ofrece para poder acceder a un trabajo en su país con mayor facilidad que en España, contando además allí con una vivienda, propiedad del Sr. S, en la que viven los padres de la aquí recurrente. De otro lado, como señala el Ministerio Fiscal, además de que el menor no tiene edad para ser oído, los instrumentos legales vigentes entre ambos países no ofrecen, al menos, las debidas

garantías de brevedad si eventualmente hubiese que afrontar un retorno judicial del menor.”

*** Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 3 de octubre de 2017. Custodia compartida. Interés del menor. Igualdad de aptitud y capacidad de los progenitores

“PRIMERO.— Es objeto de recurso de apelación interpuesto por la representación de D.ª M la sentencia de 27/2/2017.

Son motivos recurso error de hecho y derecho en lo relativo a la atribución de custodia compartida, interesando custodia individual de la menor a favor de la madre, con visitas a favor del padre y fijación de pensión de alimentos por importe de 400 euros al mes y mitad de gastos extraordinarios.

SEGUNDO.— Los ahora litigantes son padres de una hija nacida el 2008. Por la crisis de pareja de instó por la Sra. L juicio sobre guarda, custodia y alimentos, solicitando, en lo que aquí interesa, custodia individual de la menor a favor de la madre, con visitas a favor del padre y fijación de pensión de alimentos por importe de 400 euros al mes y mitad de gastos extraordinarios.

Se dictó el 25/7/2016 autos de medidas provisionales que atribuyó a la madre tal custodia individual, con visitas a favor del padre, que debía abonar 220 euros al mes en concepto de pensión de alimentos.

El Sr. R contestó la demanda e interesó custodia compartida en semanas alternas.

La sentencia ahora recurrida resolvió a favor de la custodia compartida semanal y otras medidas derivadas del anterior pronunciamiento.

El Ministerio Fiscal ha informado a favor de la custodia compartida acordada en sentencia.

TERCERO.— El art. 80.1 del Código de Derecho Foral de Aragón establece que el juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, atendiendo a los factores que allí se expresan, entre los que destacamos, a los efectos que aquí interesan la edad de los hijos, el arraigo social y familiar de los hijos, la opinión de los hijos siempre que tengan suficiente juicio y en todo caso si son mayores de 12 años de edad, 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; pudiendo recabar el tribunal informes médicos, sociales o psicológicos de especialistas cualificados e independientes; sin que sea base suficiente para no acordar la custodia compartida la objeción a ella por parte de uno de los progenitores.

La sentencia de 30/6/2016 de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (ROJ STSJ AR 685/2016), argumentó:

Como hemos expresado en muchas sentencias anteriores, en materia de custodia de hijos menores, el legislador aragonés considera que, con carácter general, la custodia compartida es el sistema idóneo con el que satisfacer el interés del menor. Y a diferencia de otros sistemas legales que confían por completo al juez la determinación de los criterios y elementos generales a los que ha de atender para decidir en cada caso el sistema de custodia que mejor se adapta al interés del menor, opta por establecer unos criterios a los que se

ha de atender en tal cometido. Ahora bien este régimen preferente puede sustituirse por la custodia individual cuando ésta se considere más conveniente para el menor. Es decir, el juzgador ha de optar por un sistema diferente al de la custodia compartida cuando las circunstancias del caso evidencien que aquél interés lo exige, a cuyo fin se establece una lista abierta de factores no jerarquizada y carente de indicación de en qué sentido opera cada uno de ellos a los que ha de atender el juzgador para determinar si, en el caso concreto que decide, es el sistema de custodia compartida el que mejor se acomoda al interés del menor.

Y continúa, dijimos en nuestra sentencia de 3 de febrero de 2016: “... debemos recordar lo expuesto en nuestra reciente sentencia de 13 de enero de 2016 :

El interés del menor es un concepto jurídico indeterminado que precisamente ha de ser determinado en cada caso. La noción de “interés del menor” no es ni un dogma, ni un estándar de contenido universal. Debe ser interpretada y aplicada caso por caso (de ahí que aporte poco la cita de sentencias anteriores en las que se optó por soluciones distintas) evitando siempre eventuales arbitrariedades.

El Preámbulo de la reciente Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia lo expresa así:

Este concepto se define desde un contenido tripe. Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral.

A la luz de estas consideraciones, es claro que la determinación del interés superior del menor en cada caso debe basarse en una serie de criterios aceptados y valores universalmente reconocidos por el legislador que deben ser tenidos en cuenta y ponderados en función de diversos elementos y de las circunstancias del caso, y que deben explicitarse en la motivación de la decisión adoptada, a fin de conocer si ha sido correcta o no la aplicación del principio.

En el supuesto litigioso procede confirmar la custodia compartida acordada por cuanto: a) ambos progenitores tienen aptitudes y están capacitados para ejercer la custodia compartida de la menor, que mantiene con ambos muy buena relación, por lo que resulta beneficiosa para la misma; b) el reparto equitativo de permanencia con cada progenitor es el recomendado por la psicóloga adscrita al Juzgado de Familia; c) las dificultades de conciliación de vida familiar y laboral no justifican privar de la custodia a uno u otro progenitor, por cuanto ambos precisan de un importante apoyo familiar, en uno de los casos parte de la noche, parte de las tardes y alguna mañana del sábado (e incluso implicado a otros menores) y en el otro caso

las noches; d) no consta incidencia negativa alguna respecto a la custodia compartida acordada y a ejercer desde la finalización de las pasadas vacaciones de Semana Santa.”

*** Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 3 de octubre de 2017. Pensión alimenticia. Disminución de ingresos. Subordinación del derecho de visitas al interés del menor

“PRIMERO.— Es objeto de recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D.º A la sentencia de 20/3/2017.

Son motivos de recurso error de hecho y derecho en lo relativo: a) al mantenimiento del régimen de visitas, interesando subsidiariamente la adaptación del mismo a sus circunstancias laborales; b) la rebaja de la pensión de alimentos que interesó se mantuviera en 450 euros al mes.

SEGUNDO.— Los ahora litigantes mantuvieron una corta relación de pareja fruto de la cual fue el nacimiento de dos hijos el 14/2/2011. Por la crisis de pareja se dictó sentencia de 22/6/2012 y modificación de la misma por sentencia de 2/7/2014 que aprobó pacto alcanzado entre los litigantes, del que se destaca: atribución a la madre de la guarda y custodia con régimen de visitas en favor del padre que pagaría una pensión de alimentos por importe de 450 euros al mes (225 por hijo), manteniendo lo dicho en la sentencia inicial sobre gastos extraordinarios.

Interesa la Sra. V la atribución exclusiva del ejercicio de autoridad familiar, guarda y custodia, con supresión del régimen de visitas y mantenimiento de obligación de pago de pensión y gastos extraordinarios.

Interesó el Sr. P modificación de medidas consistente en rebaja de pensión de alimentos a la cantidad de 300 euros al mes (100 euros por hijo) y cumplimiento de régimen de visitas.

La sentencia ahora apelada estima la rebaja de pensión de alimentos a 300 euros al mes, condicionando su pago a la efectividad de cumplimiento del régimen de visitas, que se establece.

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

CUARTO.— En materia de alimentos y como ha venido a argumentar el Tribunal Superior de Justicia de Aragón (por todas sentencia de 17/12/2014) establece el art. 82 de la Compilación de Derecho Foral

de Aragón que: 1) Tras la ruptura de la convivencia de los padres, ambos contribuirán proporcionalmente con sus recursos económicos a satisfacer los gastos de asistencia de los hijos a su cargo. 2) La contribución de los progenitores a los gastos ordinarios de asistencia a los hijos se determinarán por el Juez en función de las necesidades de los hijos, de sus recursos y de los recursos económicos disponibles por los padres. 3) El Juez asignará a los padres la realización compartida o separada de los gastos ordinarios de los hijos teniendo en cuenta el régimen de custodia, y si es necesario fijará un pago periódico entre los mismos. Como se ve, el apartado primero regula la medida de la contribución de los progenitores, es decir, su deber de hacerlo de modo proporcional a los recursos con los que cuenten. El apartado segundo señala al juzgador las pautas para fijar el quantum de la contribución. La norma ordena que uno de los parámetros para esa determinación sean los recursos de que disponen los padres. Si aquellos no son equivalentes, la contribución a fijar será diferente para cada uno, atendiendo a lo prevenido en el apartado primero. Conforme al art. 65 tales gastos a sufragar por los progenitores abarcarán el sustento, educación, vestido, asistencia médica.

Está clara la merma de ingresos del padre desde que pactó la pensión de alimentos a la actualidad, lo que se acredita no solo por el importe de sus nóminas, sino por las consecuencias que respecto a renta disponible supone su actual destino en Madrid con relación al destino en Ceuta y ello por cuanto según el art. 68 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas los contribuyentes que tengan su residencia habitual en Ceuta o Melilla se deducirán el 50 por ciento de la parte de la suma de las cuotas íntegras estatal y autonómica que proporcionalmente corresponda a las rentas computadas para la determinación de las bases liquidables que hubieran sido obtenidas en Ceuta o Melilla.

Se confirma la rebaja de alimentos, pero no puede compartir este Tribunal que el pago de los mismos o el de los gastos extraordinarios se vincule al correcto cumplimiento del régimen de visitas por cuanto la prestación de alimentos es una obligación del padre, para con sus hijos, en beneficio de los mismos, que no puede verse afectada por la actitud de la madre en relación al cumplimiento del régimen de visitas cuyas consecuencias negativas ya han sido advertidas o acordadas. En este sentido se dio traslado al Ministerio Fiscal mediante providencia de 25/1/2016 por si la Sra. V pudiera estar incurso en delito de desobediencia a la autoridad y se dictó el 6/9/2016 autos ordenando reanudación de visitas con advertencia a la Sra. V de poder incurrir en delito de desobediencia y con imposición de multa periódica mensual de 100 euros al mes, sin que pueda compensarse multa con alimentos por vedarlo el art. 151 CC, destacando sobre la genérica prohibición de compensación del art. 151 CC los autos de 14/7/2009 (Roj: AAP Z 1452/2009) y de 16/1/2007 (Roj: AAP Z 3/2007).

En este sentido y un supuesto en que el padre pretendió la extinción de pensión de alimentos respecto a un hijo mayor de edad que no quería tener relación de ningún tipo con el progenitor que ha de satisfacerlos, la sentencia del TSJ Aragón de 28/3/2014 argumentó... “Alude, en apoyo de su tesis, al artículo 152 del CC

que contempla como una de las causas de extinción de la obligación de alimentos el caso de que el alimentista hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a desheredación, entre las que está el maltrato de obra o injuria grave al ascendiente. El deber de sufragar los gastos de crianza y educación, que establece los artículos 65 y concordantes del CDFa, no se condiciona a determinadas actitudes de los hijos hacia los padres ni a ninguna otra circunstancia. Sucede, además, que en la sentencia recurrida no se encuentra referencia alguna, como tampoco en la de primera instancia, a la existencia de maltrato de obra o injuria grave por parte de la hija al padre; en realidad, ni siquiera se da como probado que las relaciones entre padre e hija sean malas, o inexistentes. En el caso de que pudiera haber base para entenderlo así acreditado, o de que la hija cometiera alguna falta de consideración hacia el padre, eso tampoco sería suficiente para establecer que no es razonable exigir el mantenimiento del deber de sufragar los gastos de crianza y educación. Pues sería preciso conocer las razones de las deficientes relaciones paterno filiales, de modo que sólo si obedecieran a un ingrato y caprichoso proceder de la hija, podría, en su caso, plantearse la irrazonabilidad de continuar con el pago."

QUINTO.— El derecho de visitas debe estar subordinado al interés y beneficio del menor y en este sentido proteccionista se manifiesta claramente expresado en la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, igualmente la Ley Orgánica de 15 de enero de 1996, de Protección Jurídica del Menor que sienta como principio general la primacía del interés como superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, debiendo ser respetado por todos los poderes públicos, padres, familiares y cuidadores y por los Juzgadores. Efectivamente las visitas instrumentan el mantenimiento de la relación paterno-filial, al fin de procurar un entorno que, en cuanto factor básico en el desarrollo y formación integral de los hijos, se quiere que sea lo más cercano a aquel del que dispondrían en una situación de normalidad matrimonial/ parental.

Lo que se desprende de las actuaciones son los intentos del padre de cumplir el régimen de visitas y el entorpecimiento de la madre, que ha motivado las resoluciones antes mencionadas y otras.

Los informes de trabajadora social y psicóloga adscritas al juzgado de familia reiteran que establecer una relación periódica y satisfactoria con su padre es beneficioso para los menores y para su desarrollo en las mejores condiciones posibles, por lo que se interesaba el mantenimiento del régimen de visitas con la intervención del punto neutro familiar.

Se mantiene la resolución recurrida y no se atiende a la pretensión subsidiaria amparada en documentos aportados con el recurso que, dada la reiterada actuación de la madre, solo cabe calificar como de un nuevo intento o argucia para impedir o dificultar las visitas acordadas por resolución judicial."

*** Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 10 de octubre de 2017. Custodia compartida. Interés actual del menor en la custodia individual. Visitas. Contribución a los gastos

"PRIMERO.— La Sentencia recaída en 1.º Instancia, en el presente procedimiento sobre guarda, custodia y alimentos, es objeto de recurso por la representación de d. E.

En su apelación (Art.º. 458 Ley Enjuiciamiento Civil), considera el recurrente; que procede fijar la guarda y custodia compartida de la menor P, por semanas alternas (de lunes a lunes), y una visita intersemanal de jueves desde la salida del centro escolar hasta las 19'30 para el progenitor que no ostente la custodia durante la semana, contribución a los gastos de 100 € el recurrente y 300 € la recurrida en la cuenta común y gastos extraordinarios en la proporción del 25% y 75%, respectivamente.

SEGUNDO.— 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.

TERCERO.— En el presente supuesto, se trata de una menor de dos años y seis meses de edad, desde su nacimiento ha sido la madre la que se ha encargado de la niña en mayor medida, la recurrida trabaja de coordinadora en una tienda de ropa, disponiendo de tres empleadas, consta en la tienda una zona en la que puede atender puntualmente a la menor.

El recurrente trabaja en Cadrete, con una franja horaria de 8 a 18 horas, igualmente la recurrida ha

contra-tado a diversas cuidadoras para atender a la menor.

Sobre el domicilio del recurrente, el auto de medidas realiza un pormenorizado análisis sobre su localización, llegando a la conclusión que en la mayor parte del tiempo reside en La Muela, siendo ocasional las estancias en el piso de en Zaragoza. Sobre los apoyos familiares se hace evidente que no existe en el caso del recurrente, una clara planificación al respecto, a diferencia de la recurrida.

Se ha practicado en los autos informe pericial psicológico (Art.º. 340 L.E.C.), del mismo conviene destacar: "que no se evidencian en los progenitores indicios de desajustes o alteraciones psicopatológicas que conformen un cuadro psicopatológico, si bien se detecta en D. E cierto malestar emocional reactivo a la situación de tensión parental,..."

Desde la separación, Dña. P ha sido y es la principal encargada de la organización de los cuidados y atenciones cotidianos de su hija y de aportarle la seguridad y estabilidad que ha ido requiriendo a lo largo de su desarrollo psicoevolutivo, habiendo contado con la ayuda y colaboración de distintas cuidadoras, cuando ella por motivos laborales no ha podido atenderle personalmente.

La Sra. L reúne buenas condiciones y recursos personales para afrontar la crianza y educación de su hija de forma satisfactoria, proporcionando a la menor los cuidados y atenciones adecuados y constituyéndose como un modelo adecuado de referencia para ella,....

... de D. E, se desprende interés y sentimientos afectivos hacia su hija. Si bien, durante la convivencia mantuvo un rol menos activo y participativo en la crianza y cuidado cotidiano de la menor,....

... se detecta en el Sr. A una motivación más centrada en el ejercicio de sus derechos de igualdad como progenitor, entendido como el mantenimiento de un reparto del tiempo al 50% entre cada uno de los progenitores, la cual responde más a deseos y formas de estructuración del tiempo de él como adulto que al planteamiento de una alternativa que permita una mayor estabilidad y bienestar en la vida cotidiana de una menor en edades tan tempranas o a una alternativa que permita cubrir la existencia de carencias afectivas y de cuidados que se pue-dan resolver con esta organización.

... D. E carece de un planteamiento de cómo llevar a cabo el ejercicio concreto de dicha custodia, desconociendo los horarios laborales que tendría y los recursos que requeriría para poder afrontar el cuidado cotidiano de su hija,....

Teniendo en cuenta la edad de P, el establecimiento de sistemas de organización y reparto del tiempo que impliquen una alternancia en la estancia de los domicilios de cada uno de los progenitores y que conlleve cambios en las pernoctas, no garantiza la estabilidad en la vida cotidiana de la menor, pudiendo llegar a interferir en su adecuada adaptación a su situación familiar y al establecimiento de rutinas y hábitos cotidianos, que son necesarios en niños de corta edad.

Por ello, el sistema de organización y reparto del tiempo que se viene llevando a cabo en la actualidad responde a las condiciones de disponibilidad laboral actuales de los progenitores, y promueve la estabilidad

de la menor, sobre todo en el mantenimiento de sus rutinas,....

En el estudio de este grupo familiar, cabe destacar la falta de comunicación existente entre ambos progenitores, así como la tensión y la conflictividad por la que está pasando su relación en estos momentos, así como la rigidez en sus planteamientos y propuestas.-".

Finalmente, recomienda: "que se mantengan las medidas adoptadas en el Auto de Medidas Provisionales, con la salvedad de que se establezcan dos tardes a la semana para que P pueda estar con su padre, siempre y cuando éste tenga disponibilidad para poder atender personalmente a su hija.-".

Por lo expuesto, ninguna duda cabe que en el momento actual, lo más beneficioso para la menor es mantener la custodia individual materna, como así lo indica igualmente el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de lo dispuesto en el Art.º. 775 L.E.C., tal como razona el Juzgador de instancia con el régimen de visitas fijado que lo considera como el más conveniente para el menor.

CUARTO.— Sobre la contribución a los gastos del menor la solicitud en el recurso (Suplico), al parecer va unida a la petición de custodia compartida, no obstante, la oposición a la Sentencia en las alegaciones previas (folio 460), parece va dirigida a la falta de motivación en cuanto a la fijación de la pensión por alimentos de 300 €/mes, de cualquier manera, es obvio, que el Juzgado de instancia ratifica la cantidad acordada en el Auto de medidas de 27-12-2016, en el que se analiza minuciosamente la situación económica de ambos progenitores.

Partiendo pues de la custodia de la menor a favor de la progenitora, sobre la situación económica del recurrente debe indicarse que en el año 2016, ha aportado nóminas por más de 1.400 €/mes y en el ejercicio 2015 sus ingresos netos fueron de casi 22.000 €, a los que cabría añadir unos ingresos anteriores por actividad agrícola de 23.962 €, tributando al sistema de módulos con un rendimiento neto de 2.397,04 €, es propietario de una vivienda en La Muela y vehículo del año 2001 y una motocicleta matriculada en el año 2006.

La recurrida consta de alta en la Seguridad Social como autónoma desde el 01-02-2016, sienta titular de la tienda de ropa abierta a principios del mismo año, es titular de una vivienda y plaza de garaje y vehículo matriculado en el año 2005, dispone de una tercera parte de otra vivienda en Zaragoza, ambos progenitores en la comparecencia de las medidas el 22-12-2016, admitieron que aportaban la cantidad de 300 € cada uno.

Por tales consideraciones, procede mantener (Art.º. 82 Código de Derecho Foral de Aragón), la cantidad fijada como pensión a cargo del progenitor no custodio y la contribución a los gastos en la proporción declarada en la Sentencia apelada."

*** Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 22 de noviembre de 2017. Custodia compartida. Contribución a las necesidades de hijos menores. Proporcionalidad. Notable desequilibrio económico. Concepto amplio de alimentos

“PRIMERO.— Actora y demandado contrajeron matrimonio el 10 de junio de 2006. De esta unión nacieron dos hijos, D., el 2005, y P., el de 2008.

Presentada demanda de divorcio por la esposa, tras los trámites correspondientes recayó sentencia de 17 de octubre de 2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 16 de Zaragoza que decretó la disolución del matrimonio por divorcio y atribuyó la guarda y custodia de los hijos a ambos progenitores de forma compartida en períodos de semanas alternas. El uso del domicilio familiar fue atribuido a la Sra. G. hasta el 31 de octubre de 2018. Además de la obligación de cada progenitor de atender los gastos ordinarios de los menores durante la semana correspondiente a cada uno de ellos, se señaló una contribución mensual de 125 euros a la madre y 275 al padre para cubrir los restantes gastos ordinarios escolares, y para los gastos extraordinarios una contribución del 30% a la madre y el 70% al padre. También, como contribución a los gastos de alimentación de los hijos, la obligación del Sr. M. de abonar a la Sra. G. 500 euros mensuales mientras ésta no perciba ingresos netos mensuales superiores al Salario Mínimo Interprofesional (SMI). Y, finalmente, una asignación compensatoria a favor de la Sra. G. de 300 euros mensuales durante tres años desde el 1 de noviembre de 2016.

Interpuso el demandado recurso de apelación al que se opuso la actora quien, a su vez, impugnó la sentencia, y la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza dictó sentencia de 3 de mayo de 2017 que desestimó el recurso del Sr. M. y la impugnación de la Sra. G. y confirmó íntegramente la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO.— Interpuso la representación del Sr. M. recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por lo que, conforme a lo dispuesto en la regla 6.º del número 1 de la disposición final decimosexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), deberá resolverse en primer lugar el recurso extraordinario por infracción procesal.

El primero de los motivos de infracción procesal, interpuesto al amparo del artículo 469.1.2.º LEC, alega infracción del artículo 218.2 LEC por falta de motivación de la sentencia recurrida en la apreciación de la desproporción entre el nivel de gastos del recurrente y los que dice que son sus únicos ingresos, al no hacer referencia a qué nivel de gastos o cual es la pauta que le lleva a afirmar tal desproporción.

La sentencia recurrida evalúa la situación económica de las partes de la siguiente manera:

“La Sra. G. entró en el desempleo en abril de 2012, sin percibir prestación ni subsidio, y continúa en él a salvo dos meses de trabajo parcial en febrero y marzo 2016. Se le asignó el uso de la vivienda familiar hasta el 31 agosto 2018, debe pagar el 50% de las cuotas mensuales de amortización de los préstamos hipotecario y personal suscritos y contribuir a los gastos ordinarios en cuantía de 125€ mensuales.

Por su parte, el Sr. M., que en agosto de 2015 constituyó “C. I. S.L.” (C.), dice no tener otros ingresos que los 1500 € mensuales procedentes de los servicios de asesoría que presta para tres empresas.”, cuya relación con N., S.L.”, su antigua empleadora, niega. En su contra, además de la desproporción existente entre su nivel de gastos y los que dice son sus únicos ingre-

sos, juegan las consideraciones, que la Sala asume, desarrolladas en el auto de medidas a partir de la grabación aportada como doc. 8 de la pieza, conforme a las cuales el Sr. M. ejerce ahora como autónomo, para “N., S.A.”, su antigua empleadora, con las mismas prestaciones que con anterioridad desarrollaba por cuenta ajena, y con unos ingresos mensuales que el referido auto situó en torno a los 2500 mensuales.

Así pues, la sentencia hace la comparación de ingresos y gastos de las partes, para lo que asume también lo que tuvo en cuenta el juzgado ya en el auto de medidas provisionales de 25 de enero de 2016. Este auto acordó que el Sr M. debía abonar en concepto de levantamiento de las cargas familiares la cantidad de 1.100 euros mensuales.

La parte dispositiva del auto figura transcrita en la demanda de la parte actora y la sentencia del juzgado, confirmada íntegramente por la de apelación, transcribe los razonamientos contenidos en el referido auto:

“En el presente supuesto de la prueba de interrogatorio en juicio practicada resulta acreditado que el Sr. M. trabajó por cuenta ajena para “N. S.A.” hasta agosto de 2015 percibiendo en la actualidad una prestación por desempleo de 1.265 € mensuales. Sin embargo, existen indicios más que suficientes que acreditan que en la actualidad continúa ejerciendo su profesión como trabajador autónomo tanto al parecer para la misma empresa “N. S.A.” como en calidad de socio para otra empresa que ha constituido en los últimos meses y para lo cual realizó aportaciones de capital. Así se desprende (...). Por otro lado, llama la atención que percibiendo supuestamente el Sr. M. 1265 € de desempleo, tal y como él afirma, y debiendo abonar 290 € de préstamos, más alimentos para los hijos comunes, haya asumido el coste de una vivienda de alquiler debiendo abonar una renta de 400 € mensuales más suministros. Ello indica que sus ingresos son probablemente superiores a los por él referidos. En resumen, los ingresos mensuales del Sr. M. probablemente asciendan a aproximadamente 2.500 € mensuales, como mínimo.”

A continuación la sentencia del Juzgado realiza sus valoraciones sobre la actividad profesional del Sr. M. desde abril de 2016 y, tras analizar la situación de la Sra. G. y los gastos escolares y los demás ordinarios de los hijos, fija las cantidades correspondientes a los progenitores para atender a todo ello.

A su vez, la sentencia de apelación asevera la existencia de un notable desequilibrio entre las respectivas capacidades económicas de las partes, que justifica las cantidades por las que debe contribuir el recurrente.

Por lo tanto, hay cumplida motivación en la sentencia recurrida sobre los ingresos del recurrente, que se cifran (por los datos que se contrastan), al menos, en 2.500 euros mensuales y no los 1.500 euros que él afirmaba. E igualmente se acredita la contradicción entre los supuestos ingresos de 1.500 euros mensuales del marido con sus gastos, que la sentencia de primera instancia detallaba por los conceptos de préstamos, alimentos para los hijos y alquiler de otra vivienda.

En definitiva, en modo alguno se aprecia falta de motivación, por lo que este primer motivo debe ser rechazado.

TERCERO.— El segundo motivo de infracción procesal se interpone por “Vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución, art. 469.1.4.º de la LEC, error en la valoración de la prueba incurriendo en arbitrariedad, irrazonabilidad o error manifiesto en su valoración que conlleva a la vulneración de la tutela judicial efectiva, e infracción de lo dispuesto en los arts. 299 y 317.6 de la LEC”.

Considera la parte recurrente que, en relación con su capacidad económica, la sentencia se basa en la grabación aportada como documento n.º 8 de la pieza de medidas provisionales de la que deduce que trabaja como autónomo para N. S.A. cuando, realmente, sus únicos ingresos proceden exclusivamente de las tres empresas aludidas en el fundamento de derecho segundo. Alega que la sentencia no se basa en pruebas ciertas sino en presunciones derivadas de su nivel de gastos, que no se detallan, y que realmente son los de suministros de su vivienda, compra de alimentos, seguros, pago de préstamos y liquidaciones trimestrales de impuestos.

Los anteriores argumentos no pueden ser acogidos pues no se aprecia arbitrariedad, irrazonabilidad o manifiesto error de hecho en la fundamentación de la sentencia, que hace suyos los datos y argumentos de la de primera instancia. En efecto, hemos expuesto en el fundamento anterior el detalle con el que ambas sentencias rechazan que el recurrente solamente perciba 1.500 euros mensuales por su trabajo para las tres empresas de referencia, pues tienen por probado su trabajo como autónomo para su antigua empleadora N. S.A., y que con los ingresos de 1.500 euros no podría hacer frente a las cantidades que se detallan por los conceptos de préstamos (290 euros), alimentos para los hijos (1.100 euros en el auto de medidas provisionales en concepto amplio de levantamiento de las cargas del matrimonio), y alquiler de otra vivienda (400 euros). A tales gastos habría que sumar los que cita el recurrente por suministros de su vivienda, compra de alimentos, seguros, pago de préstamos y liquidaciones trimestrales de impuestos.

De ambas circunstancias (únicos ingresos admitidos de 1.500 euros, y suma de gastos no asumibles con tales ingresos) concluyen las sentencias, con plena lógica, que la declaración de ingresos no puede ser veraz, obligando a realizar un cálculo aproximado de ingresos (no inferior a 2.500 euros) para poder hacer frente a los gastos enumerados en la sentencia de primera instancia, más los que indica el propio recurrente.

Trata la parte de hacer su propia valoración de la prueba amparado en la irrealidad (por ocultación) de sus ingresos declarados, lo que le impide acreditar que la valoración realizada en la sentencia recurrida no sea la más ajustada mediante contraste con los datos ciertos sobre los gastos.

En consecuencia, no se aprecia arbitrariedad, falta de lógica o de razonabilidad, ni error manifiesto, en la valoración de la prueba por lo que debe rechazarse este motivo del recurso.

CUARTO.— El tercer motivo de infracción procesal se interpone “al amparo del art. 469.1.4.º de la LEC por vulneración de las reglas de la valoración de la

prueba documental consistente en el Informe de vida laboral de la Sra. G.”.

El motivo acepta los datos fácticos del informe de vida laboral de la Sra. G. recogidos en la sentencia y los de las fechas de nacimiento de los hijos, pero rechaza que de todos ellos se pueda deducir la incidencia que la sentencia atribuye al nacimiento de los niños y al tiempo dedicado al cuidado de los mismos en la afectación de la vida laboral de la madre.

Según reiterada jurisprudencia la alegación de error en la valoración de la prueba basada en prueba documental obrante en los autos exige que del mero examen del documento o documentos en cuestión se derive, sin más razonamiento, el error que se denuncia. En el presente caso el informe de vida laboral de la esposa constata los trabajos desempeñados por ella y los períodos en que no trabajó, y la sentencia, poniéndolos en relación con las fechas de nacimiento, deduce la influencia que en su desarrollo laboral hubo de tener el cuidado de los niños en las fechas próximas a los nacimientos.

Del examen del informe de vida laboral, que detalla fechas de desarrollo de actividad laboral y de no actividad laboral, no puede concluirse que sea erróneo el razonamiento sobre cómo pudo influir en esos períodos el nacimiento y cuidado de los hijos comunes. Entre los períodos examinados, de actividad y de no actividad laboral, con los intermedios de situación de desempleo, tuvo lugar el nacimiento de los hijos, con sus consiguientes bajas maternales, sin que las fechas detecten error en la valoración de la sentencia sobre su incidencia en la vida laboral de la madre. El recurrente hace su propia valoración, partiendo de las mismas fechas, por lo que hay en realidad un nuevo intento de sustituir así la valoración judicial de la instancia. No hay, pues, error manifiesto derivado de una prueba documental sino distinta valoración que los datos del documento en cuestión permiten. La valoración judicial, prerrogativa exclusiva de la instancia, no resulta, por ello, errónea.

En consecuencia, el motivo no se estima.

QUINTO.— Entrando en el examen de los motivos del recurso de casación, se observa que el primero de ellos se limita a transcribir las normas que considera vulneradas como aplicables para la resolución de las cuestiones objeto del proceso, pero no hay desarrollo alguno de tales vulneraciones en este motivo, lo que se hace en alguno de los siguientes. En consecuencia, no se funda este motivo en la infracción de las normas aplicables, con su debido desarrollo, por lo que debe ser rechazado (artículo 477.1 LEC).

SEXTO.— Lo mismo ha de decirse del motivo segundo de casación en el que simplemente se transcribe, sin siquiera citarlos ni identificarlos, el contenido de los artículos 82.2 y 3 y 83.1 del CDFA, cuya vulneración afirma.

Por ello, carece igualmente de contenido el motivo y se rechaza.

SEPTIMO.— El motivo tercero transcribe parte de la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida y, sin cita de precepto alguno ni desarrollo de argumentación, muestra disconformidad con la contribución asignada a los gastos escolares, a los gastos de asistencia en la proporción establecida y a los gastos extraordinarios. También respecto a la asignación compensa-

toria, sin cita en este lugar de precepto aplicable ni argumentación alguna.

Por las mismas razones, el motivo se rechaza.

OCTAVO.— El motivo cuarto alega vulneración del artículo 82.2, 3 y 4 del CDFa, por no respetarse su contenido y la proporcionalidad en los mismos.

Estima el recurrente que, aunque la Sala de lo Civil del TSJ ha declarado reiteradamente que el juicio de proporcionalidad para fijar la contribución de cada progenitor a la atención de las necesidades de los hijos no es susceptible de revisión casacional salvo vulneración clara del mismo o razonamiento ilógico o irracional, en el presente caso se ha producido tal vulneración porque la sentencia no ha tenido en cuenta el régimen de custodia compartida establecido, conforme al cual cada progenitor se hace cargo de los gastos del menor durante el período en el que ejerce su custodia. Aduce que en este caso, sin embargo, la sentencia recurrida, confirmando la del juzgado, además de dichos gastos ha señalado al padre una contribución mensual de 275 euros (125 euros a la madre) para cubrir los gastos escolares, incluyendo el comedor y, además, 500 euros mensuales para alimentación y ropa de los menores, lo que infringiría el principio de proporcionalidad del artículo 82.2 y 3 del CDFa en el supuesto de custodia compartida, teniendo en cuenta que dentro de los gastos escolares se incluyen los de colegio y comedor.

Como hemos indicado en el fundamento primero de esta sentencia al resumir los pronunciamientos de la de primera instancia, confirmada por la de apelación, además de los gastos ordinarios de los menores durante la estancia con cada uno de los progenitores, se señaló una contribución mensual de 125 euros a la madre y de 275 al padre para cubrir los restantes gastos ordinarios (colegio, comedor escolar, AMPA, libros y material escolar, actividades extraescolares consensuadas, etc...), y para los gastos extraordinarios una contribución del 30% a la madre y un 70% al padre. También, como contribución a los gastos de alimentación de los hijos, la obligación de D. R. de abonar a D.ª E. 500 euros mensuales mientras ésta no perciba ingresos netos mensuales superiores al Salario Mínimo Interprofesional (SMI).

La sentencia de apelación, tras describir la posición económica de ambos progenitores, dice:

“Es apreciable, en suma, un notable desequilibrio entre las respectivas capacidades económicas de actor y demandada, situación en la que queda justificado el señalamiento del pago periódico al que el art 82.3 CDFa se refiere, cuya denominación —contribución a los gastos de alimentación— aprovecha el recurrente para en base a la referida doctrina jurisprudencial invocar una duplicación de contribuciones que realmente no es tal, pues los gastos escolares quedan cubiertos con los 275€ mensuales señalados por ese concepto y la denominada contribución a los gastos de alimentación no es sino un pago periódico a la Sra. G, como cobertura de los gastos a que en los periodos de convivencia de los hijos con ella quede abocada en su actual situación económica, que es delicada.”

Es decir, explica que la distinta proporción al pago de los gastos ordinarios, entre los que se incluyen los escolares (275 frente a 125 euros), se justifica por el notable desequilibrio entre las respectivas capaci-

des de actor y demandada y, con amparo en el pago periódico previsto en el artículo 82.3 CDFa, añade, sin incurrir en duplicación pues los gastos escolares quedan cubiertos por los 275 euros mensuales señalados al padre por ese concepto, la suma de 500 euros mensuales como contribución a los gastos de alimentación de los hijos, aunque se abone a la madre para poder atender a esos gastos durante el tiempo de estancia con ellos, a los que ella no puede contribuir dado que carece de ingresos.

Se parte, pues, de un acreditado desequilibrio porque, como la sentencia afirma dos párrafos antes, la madre carece totalmente de ingresos y debe pagar el 50% de la amortización de los préstamos hipotecario y personal sucritos y los gastos ordinarios (escolares, se entiende, como se establecen en la sentencia de primera instancia) en cuantía de 125 euros mensuales. A ello habría que añadir los gastos por suministros de la vivienda que acoge también a los hijos en las estancias con ella.

Una vez cubiertos los gastos escolares mediante las aportaciones de madre y padre de 125 y 275 euros mensuales, respectivamente, la suma de 500 euros mensuales se destina a gastos de alimentación de los hijos durante el período de estancia con la madre, entendidos en el sentido amplio de los alimentos que comprenden, además de la manutención en sentido estricto, los gastos de la vivienda que también ocupan.

Se justifica también este destino del pago periódico por la previsión de que solo durará hasta que D.ª E. perciba ingresos netos mensuales superiores al SMI, en cuyo momento podrá atender a los alimentos de los hijos con tales ingresos.

En definitiva, el pago de 500 euros mensuales se integra así en el concepto amplio de alimentos para los hijos y es justificado en la sentencia recurrida en la desproporción, debidamente acreditada, de los ingresos de los progenitores. Y no cabe apreciar que la aplicación asimétrica (sentencia n.º 11/2015, de 6 de abril, recurso 1/2015, de esta Sala) de estos criterios según las circunstancias de los progenitores desconozca el régimen de custodia compartida de los hijos pues precisamente el destino periódico —y temporal— del pago periódico de 500 euros es el de atender a los alimentos de los hijos, en particular durante los períodos semanales de estancia con la madre, por el régimen de custodia compartida.

Como dice el propio recurrente, la jurisprudencia de esta Sala ha establecido reiteradamente que el juicio de proporcionalidad para fijar la contribución de cada progenitor a la atención de las necesidades de los hijos no es susceptible de revisión casacional salvo vulneración clara del mismo o razonamiento ilógico o irracional, por, lo que, establecida la desproporción de ingresos de los progenitores por la desestimación respecto a los del padre del motivo segundo de infracción procesal, queda justificada y motivada la proporcionalidad en la contribución de ambos a la satisfacción de las necesidades de los hijos. Podrá valorar el recurrente dicha proporción como excesiva en su contribución, pero no apreciándose manifiesta vulneración de la misma o razonamiento ilógico o irracional, la consecuencia es el rechazo del motivo.

NOVENO.— El motivo quinto, referido a la asignación compensatoria del artículo 83 CDFa, dedica

unas escasas líneas a enumerar los criterios indicados en la norma para su establecimiento, sin extraer consecuencias en cuanto a la posible vulneración de uno o algunos de los mismos, salvo una apreciación genérica de que la sentencia recurrida se aparta de ellos para fijar su duración y cuantía.

La falta de contenido del motivo lleva a su rechazo.

DÉCIMO.— El motivo sexto del recurso de casación, por vulneración del artículo 82.2.3 y 4 del CDFA (gastos de asistencia de los hijos), y del artículo 83 (asignación compensatoria) lo desvirtúa el propio recurrente al afirmar que no pretende valorar la prueba practicada sino “relacionar, que no valorar, dicha prueba de forma breve a tenor de dicho articulado” para, a continuación, discutir la misma sobre sus ingresos y gastos, sobre el informe psicosocial, y sobre el informe de vida laboral de la esposa.

Debemos reiterar que el recurso de casación no permite una nueva valoración de la prueba, salvo en los casos previstos por la vía de la infracción procesal, que en este caso han sido rechazados.

En consecuencia el motivo se rechaza.

UNDÉCIMO.— El motivo séptimo vuelve a discrepar, sin otro argumento que su apreciación, de la aplicación del criterio de proporcionalidad en la contribución de gastos de los progenitores, y el motivo octavo reitera su alegación sobre vulneración de los preceptos de fondo y procesales, cuestiones ya resueltas en los anteriores fundamentos de esta sentencia.”

*** Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 24 de octubre de 2017. Pensión de alimentos. Mínimo vital

“PRIMERO.— Es objeto de recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D.ª J la sentencia de 6/2/2017.

Es motivo de recurso error de hecho y derecho en la fijación de pensión de alimentos que interesó en la cantidad de 500 euros al mes.

El Ministerio Fiscal solicitó la confirmación de la sentencia.

SEGUNDO.— En materia de alimentos y como ha venido a argumentar el Tribunal Superior de Justicia de Aragón (por todas sentencias de 17/12/2014) establece el art. 82 de la Compilación de Derecho Foral de Aragón que: 1) Tras la ruptura de la convivencia de los padres, ambos contribuirán proporcionalmente con sus recursos económicos a satisfacer los gastos de asistencia de los hijos a su cargo. 2) La contribución de los progenitores a los gastos ordinarios de asistencia a los hijos se determinarán por el Juez en función de las necesidades de los hijos, de sus recursos y de los recursos económicos disponibles por los padres. 3) El Juez asignará a los padres la realización compartida o separada de los gastos ordinarios de los hijos teniendo en cuenta el régimen de custodia, y si es necesario fijará un pago periódico entre los mismos. Como se ve, el apartado primero regula la medida de la contribución de los progenitores, es decir, su deber de hacerlo de modo proporcional a los recursos con los que cuenten. El apartado segundo señala al juzgador las pautas para fijar el quantum de la contribución. La norma ordena que uno de los parámetros para esa determinación sean los recursos de que disponen los padres. Si aquellos no son equivalentes, la contribución

a fijar será diferente para cada uno, atendiendo a lo prevenido en el apartado primero. Conforme al art. 65 tales gastos a sufragar por los progenitores abarcarán el sustento, educación, vestido, asistencia médica.

En las presentes actuaciones se fijó la pensión de alimentos a cargo del padre en términos simbólicos, casi coincidentes con el denominado mínimo vital, atendido: que la madre percibía la renta aragonesa de inserción; la falta de mención de especiales necesidades de los hijos menores (nacidos en 2010 y 2012) y que gozan de beca de comedor; la ausencia de dato objetivo alguno relativo a la capacidad económica del padre, que no consta en las bases sobre averiguación patrimonial, sin que ni siquiera la ahora apelante efectuara manifestación alguna acerca de cual fuera la actividad económica a la que se dedicara el padre, al menos durante la convivencia, y posible nivel de ingresos.”

*** Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 24 de octubre de 2017. Custodia compartida. Momento de la solicitud. Coparentalidad. Gastos. Ajuar y mobiliario doméstico de la vivienda familiar

“PRIMERO.— El primero de los motivos del recurso afecta a la adopción del régimen de custodia compartida del hijo menor. Dice el art. 79.5 CDFA que Las medidas aprobadas judicialmente podrán ser modificadas cuando concurren causas o circunstancias relevantes. En particular, cuando se haya acordado la custodia individual en atención a la edad del hijo o hija menor, se revisará el régimen de custodia en el plazo fijado en la propia Sentencia, a fin de plantear la conveniencia de un régimen de custodia compartida.

Se ha puesto de relieve la necesidad de diferenciar el periodo que mediaba en el año siguiente a la llegada de la ley que introduce el régimen de custodia compartida como preferente, y las modificaciones interesadas concluido ese año. Las Primeras tienen distinto ámbito pues se permitía la revisión de las guardas y custodias ya fijadas de modo individual ante la imposibilidad de haberse decidido en supuestos contenciosos por el Juez tal sistema sin amparo legal. En las segundas debe atenderse al criterio y exigencia de una modificación relevante de las circunstancias.

Así las STS de 2 de Diciembre de 2016 y 26 de Mayo de 2014 establecen que El art 79.5 CDFA no utiliza la misma terminología que el artículo 91 CC, 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 SSTSJA 8 y 10/2011, de 13 de julio y 30

de septiembre, en recta interpretación de la normativa aplicable, entre la que destaca como específico para los procesos de ruptura de la convivencia familiar el art. 76.2 CDFA, conforme al que: "Toda decisión, resolución o medida que afecte a los hijos menores de edad se adoptará en atención al beneficio e interés de los mismos".

En la STJA de 3 de Octubre de 2013 que versaba sobre un litigio sobre modificación del régimen de custodia que venía acordado en el procedimiento matrimonial anterior el TSJA dice que una vez transcurrido el plazo del año establecido en las disposiciones transitorias primera de la Ley 2/2010 y sexta del CDFA, no basta con la mera petición de cambio de régimen de custodia para instar y obtener el cambio de las medidas fijadas por la inicial sentencia, sino que los interesados en la modificación deben alegar y acreditar una sustancial alteración de las circunstancias que en su momento fueron valoradas, pero no es menos cierto que a continuación se justifica la denegación de la modificación pretendida porque la prueba practicada no acreditaba la conveniencia del cambio pretendido, lo que constituía verdaderamente la ratio decidendi de la decisión entonces tomada.

Y por su parte, la sentencia de la misma Sala más arriba citada, n.º 17/2013, señalaba que la diferencia de edad entre el momento de la inicial medida y aquél en el que se solicitaba la modificación (en el caso el cambio había sido de 10 a 14 años) puede ser circunstancia suficiente para el cambio del régimen de custodia.

Por consiguiente trasladado ello al presente caso, si bien la modificación debe de circunscribirse a la existencia de concurrencia de un nuevo hecho o circunstancia relevante para el menor, tanto la previsión expuesta en la resolución anterior de revisión del régimen cuando el menor llegare a la edad de cuatro años, cuanto la diferencia de edad entre el momento de adopción de la medida inicial y aquél en que se solicita la modificación, autorizan el cambio de medida, tal y como la juez de instancia pone de relieve en su resolución.

Dando un paso más, y asentado como sistema legal preferente el de custodia compartida, versa sobre quien mantiene que la tutela individual es la que favorece el superior interés del menor, la acreditación de tal hecho. Y como acertadamente mantiene la Juez de instancia tal circunstancia no ha quedado acreditada, una vez puesto de relieve a través de los informes aportados que el menor se encuentra bien adaptado al entorno y circunstancias actuales teniendo adecuadamente satisfechas sus necesidades tanto de tipo emocional como de crianza. El menor mantiene buenas relaciones con los miembros de su entorno familiar tanto paterno como materno, no habiéndose puesto de manifiesto la existencia de problemática ligadas a ninguna de estas figuras, encontrándose especialmente unido a su madre, quien representa la figura principal de su mundo afectivo, si bien también se detecta en A la necesidad de poder tener una relación frecuente y regular con su padre, verbalizando que le gustaría poder verlo con más frecuencia. En este sentido el menor conserva una positiva imagen de cada uno de sus padres, teniendo con cada uno de ellos establecidos satisfactorios procesos de identificación parental.

A nivel psicológico no se detectan en ambos alteraciones psicopatológicas, ni indicios de desajuste psicológico que conformen en la actualidad cuadro psicopatológico. Se desprenden del discurso y actitud general de ambos progenitores gran interés y fuertes sentimientos afectivos hacia su hijo, habiendo adoptado un rol activo y participativo en la crianza y educación del menor.

Acaba concluyendo el informe que la mejor alternativa para Adrián 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 del menor, de tal manera que ambos progenitores pudieran participar en su vida de manera cotidiana y el menor pudiera disfrutar de la convivencia de ambos padres.

Y si bien en el informe de referencia, de Marzo de 2017 se consideraba conveniente antes de dar inicio al cambio de régimen pasar por un intermedio de ampliación del periodo de visitas a favor del padre, para el curso actualmente ya en funcionamiento se preveía como conveniente un sistema de custodia compartida por periodos semanales.

Por otro lado en cuanto a las desavenencias y falta de comunicación entre los progenitores ya hemos dicho en muchas otras ocasiones que aun siendo cierto que es necesario un cierto grado de consenso entre los progenitores para poder realizar de manera adecuada la corresponsabilidad parental se requiere como obstáculo una fuerte hostilidad entre ambos para que pueda dejarse sin efectos los beneficios que para el menor puede conllevar la implantación de la custodia compartida, y así lo indican las sentencias del TSJA 13/2014, de 13 de marzo y la del TS de 12 de diciembre de 2012.

No apreciamos en consecuencia en la atribución del régimen de guarda el error valorativo de la prueba que en el recurso se imputa a la sentencia, debiendo en ese extremo confirmarse la sentencia.

Respecto de la fijación del lugar de entrega del menor habrá que estar a la detallada previsión que sobre tal cuestión hace la sentencia sin que observemos que el cambio propuesto sea más favorable a los intereses del menor.

En relación al tema de los puentes escolares, sí que se aprecia la conveniencia de su prórroga y que por tanto el progenitor que haya disfrutado del menor durante el periodo anterior continúe con tal disfrute, produciéndose la entrega de conformidad con lo dispuesto al día siguiente, dándose lugar a la estimación del recurso y de la adhesión del Ministerio Fiscal en este punto, y ello toda vez que con ello se beneficia la disponibilidad de los progenitores para que en compañía del menor puedan aprovechar el tiempo de ocio.

En cuanto al establecimiento de dos días intersemanales de visitas, creemos suficiente la fijación de uno en los términos expuestos en la resolución, tal y como informa el Ministerio Fiscal, debiendo confirmarse la misma en ese punto.

Tampoco vemos necesidad de modificar el sistema de vacaciones establecido, ni el sistema de comunicación, de modo expresamente previsto en la resolución.

Finalmente respecto a los días de cumpleaños de los padres, la estancia con el celebrante se recoge igualmente de modo expreso en la resolución desde las 17 a 20'30 horas, y hasta las 21 horas cuando cumpla ocho años.

Respecto de las vacaciones del Pilar, tales se circunscriben a un solo día, según la sentencia, y dado su significación tampoco se ve motivo en alterar el régimen fijado en la sentencia sobre el particular.

SEGUNDO.— Dentro de la pretensión subsidiaria se interesa que se proceda a una distribución igualitaria de los gastos entre los progenitores, habida cuenta los recursos económicos de ambos. En la resolución de instancia fijado el importe necesario para la cobertura de los mismos en el importe de 300 euros mensuales se hace una distribución a cargo de la recurrente de 175 euros y a cargo del recurrente de 125 euros al mes. La sentencia desglosa pormenorizadamente los recursos económicos de los progenitores, observándose que los ingresos de la madre superan por poco los del padre, si bien éste debe de proceder a hacer frente a las cargas hipotecarias de la vivienda, por lo que no observamos el error de la prueba ni en consecuencia infracción del contenido del art. 82 CDFA, debiendo desestimarse el motivo del recurso.

TERCERO.— Finalmente en cuanto al último de los motivos del recurso, éste se centra en la referencia de la resolución al ajuar y mobiliario doméstico de la vivienda familiar atribuida al padre. Entendemos que la previsión que hace el art. 81 CDFA no difiere en cuanto a su concepto de la previsión que hacen los preceptos del Código Civil referidos a domicilio familiar y ajuar doméstico.

La STS de 31 de diciembre de 1994, bien que referido a un supuesto bien distinto, no obstante habla del concepto de vivienda familiar para decir que el concepto de vivienda familiar al que se refiere los arts. 87, 90 B), 91, 96 y 103.2.º del Código Civil hace referencia a un bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asiente, con independencia de quien que sea el propietario. Su protección se hace patente en los supuestos del régimen normal de la familia fundamentalmente a través del art. 1.320 del Código Civil de aplicación general, con independencia del régimen patrimonial del matrimonio y conforme al cual «para disponer de los derechos sobre vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos, o, en su caso, autorización judicial». El citado artículo habla de «disponer de los derechos sobre la vivienda» por lo que tales derechos pueden ser tanto de carácter real como personal, y en consecuencia los cónyuges tendrán que actuar de consuno para enajenar la propiedad extinguir el usufructo o cualquier derecho, en virtud del cual se habite la finca y no pueda continuarse la habitación; no cabe renunciar al arrendamiento o realizar cualquier acto que genere la pérdida del derecho a ocupar la vivienda. En las situaciones de crisis de la familia, el Código establece la protección del art. 90 contenida en el convenio regulador, que ha de referirse entre otros extremos a la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar, y la protección del art. 96 en el que se contienen normas para la atribución de la vivienda, atendiendo al interés

más digno de protección y se conceden facultades al Juez para los supuestos de falta de acuerdo.

Por consiguiente aunque quepa separar ajuar o mobiliario doméstico y vivienda familiar como el continente y contenido de un contrato de seguro, hay una unidad de destino susceptible de conjunta protección. Ahora bien en el caso del art. 81.5 CDFA se dice que el ajuar familiar permanecerá en el domicilio familiar salvo que se solicite en el plan de relaciones familiares la retirada de bienes privativos. Por consiguiente de modo expreso se recoge la excepción a esta regla, cual es la pretensión formulada de separación de bienes privativos integrados en el domicilio familiar por una parte, y así se expresa en el precepto a salvo la previsión de que en el seno del proceso se haya interesado por alguno de los titulares del domicilio familiar tal retirada, la atribución de la vivienda conlleva la atribución del ajuar mientras dure el derecho de uso.

No consta que se haya ejercitado tal posibilidad por la recurrente al tiempo de formalizarse la oposición por lo que el recurso se desestima en este punto."

*** Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 27 de noviembre de 2017. Privación de la autoridad familiar. Ingreso penitenciario de progenitor. Temporalidad

"PRIMERO. La sentencia de instancia —de fecha 25 de mayo de 2017— modifica el primero de los pronunciamientos del fallo de la sentencia dictada el día 7 de octubre de 2013 en el procedimiento de Guarda y Custodia y Alimentos de Hijos Menores 430/2010 por la que se acordaban los efectos de la ruptura de la convivencia de . Dicho punto primero rezaba de la siguiente manera: "Corresponde la autoridad familiar sobre A, mientras dure su minoría de edad sin emancipación, conjuntamente a sus padres, atribuyéndose su guarda y custodia a su madre con quien convivirá"; siendo sustituido por el siguiente: "Corresponde el ejercicio de la autoridad familiar sobre A, mientras dure su minoría de edad sin emancipación, en exclusiva a su madre doña B, a quien igualmente se atribuye su guarda y custodia y con quien convivirá".

Funda el Magistrado-Juez de instancia su resolución en la dificultad que supone para la gestión ordinaria de los intereses de la menor en materia de educación, sanidad u obtención de la nacionalidad española el hecho de la privación de libertad del padre, que se encuentra interno en el Centro Penitenciario; así como en la desprecupación que ha mostrado el padre respecto a su hija en todo tiempo, incluso antes de su ingreso en prisión.

Acepta el apelante esta modificación en cuanto se atribuye la autoridad familiar en exclusiva a la madre, pero impugna la duración de la misma, por lo que interesa que se suspenda únicamente por el periodo de tiempo que permanezca en situación de privación de libertad.

SEGUNDO. Como norma general, el Código de Derecho Foral de Aragón establece el ejercicio de la autoridad familiar por ambos progenitores. Solo "en los casos de exclusión, privación, suspensión o extinción de la autoridad familiar del otro, y también cuando así se haya resuelto judicialmente, el ejercicio de la autoridad familiar corresponde a uno solo de los padres" (art. 72). La privación de dicho ejercicio, que

es realmente lo que acuerda la sentencia de instancia al atribuir la autoridad familiar en exclusiva a doña B mientras dure su minoría de edad sin emancipación, es una medida excepcional, por lo que sus causas deben estar muy fundamentadas y siempre ha de estar presidida por el criterio del interés del menor, principio expresado en el artículo 90 del Código de Derecho Foral de Aragón, con arreglo al cual "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 o dictada en causa criminal o matrimonial".

Pues bien, los motivos que se han dado en la instancia para la privación de la autoridad familiar no están suficiente fundados. Dice el fundamento jurídico cuarto de la resolución apelada que "Es evidente que la privación de libertad del progenitor entorpece la gestión ordinaria de los intereses de la menor en materia de educación, sanidad u obtención de la nacionalidad española, como se ha puesto de manifiesto por la declaración de su madre. De dicha declaración se sigue igualmente la total despreocupación del padre por su hija en todo tiempo, también antes de su ingreso en prisión. Por lo demás, el progenitor ha reconocido no haber contribuido económicamente a subvenir las necesidades de su hija". A lo que debe argüirse que "el entorpecimiento" y "la des-preocupación" en sentido general, sin concretar no solo en qué consisten sino tampoco cómo afectan a la menor, no pueden fundar una privación de la autoridad familiar respecto al padre durante toda la minoría de edad de la hija, pues el interés de ésta se erige en el eje que debe presidir el enjuiciamiento y resolución de este tipo de procesos y respecto del cual nada argumenta la sentencia apelada.

Por todo ello procede acoger el recurso interpuesto y revocar en parte la sentencia apelada, suspendiendo la autoridad familiar del apelante respecto a su hija durante el tiempo en que permanezca en prisión, sin perjuicio de lo que pueda ser acordado en dicho momento en virtud de las circunstancias concurrentes."

*** Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 27 de noviembre de 2017. Privación de la autoridad familiar. Carácter sancionatorio. Aplicación restrictiva. Incumplimiento involuntario de los deberes inherentes

"PRIMERO. Alza la demandada frente a la sentencia de instancia que, tras estimar la demanda interpuesta por E, acuerda la privación a la demandada doña H de la autoridad familiar sobre sus dos hijos menores, . El Ministerio Fiscal impugna el recurso.

Para la resolución del presente recurso de apelación debe partirse de que la autoridad familiar es una función inexcusable que se ejerce siempre en beneficio de los hijos para facilitar el pleno desarrollo de su personalidad y conlleva una serie de deberes personales y materiales hacia ellos en el más amplio sentido. Se trata de una función con un amplio contenido, no de un mero título o cualidad, y es por ello que resulta incompatible mantener la potestad y, sin embargo, no ejercer en beneficio del hijo ninguno de los deberes inherentes a la misma.

La referencia del artículo 170 del Código civil a la privación de la patria potestad que exige comprobar "el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma" debe entenderse hecha en Aragón al artículo 90 del Código de Derecho Foral de Aragón conforme al cual para la privación de la autoridad familiar se requiere "incumplimiento grave y reiterado de los deberes inherentes a la misma", enunciado que literalmente resulta más exigente que el del artículo 170 del Código Civil (sentencia del TSJA de 28/2/2013, casación 46/2012) y que comienza aludiendo al "interés del hijo".

Así pues, la privación de la autoridad familiar es una medida de carácter sancionatorio que debe aplicarse por los Tribunales de forma restrictiva y siempre en interés del menor; se trata de una decisión que únicamente puede adoptarse cuando existan razones muy graves que la puedan justificar pues la propia dicción del precepto indica que no basta cualquier incumplimiento de los deberes inherentes a la autoridad familiar.

Ciertamente, como dice la sentencia de instancia, puede un progenitor ser privado de la patria potestad cuando hay incumplimiento por su parte de las obligaciones alimenticias y cuando hay falta de relación paterno filial. No obstante, la privación requiere, como se ha indicado, que los progenitores incumplan tales deberes de forma grave y reiterada, y, sobre todo, que sea beneficiosa para el hijo. Con la privación de la autoridad familiar no se pretende sancionar una conducta en cuanto al incumplimiento de deberes de los padres, sino que se trata de defender los intereses del menor.

En el presente caso, el padre manifestó haberse ido a vivir a Francia en el año 2010 por razón de trabajo llevándose con él a los hijos menores, lo que hizo extremadamente difícil el derecho de visitas de la demandada. Por otra parte, ha reconocido el actor que aun cuando viene a España con sus hijos varias veces al año al tener aquí familia y amigos, no comunica a su mujer dichas visitas. Preguntado así mismo qué beneficios considera que tendrían sus hijos si se le priva a la madre de la autoridad familiar contestó en el juicio que podrían obtener los pasaportes, lo que no consiguen en este momento por oponerse a ello la madre. Así las cosas, no considerándose bastante esta razón por no constar que sea una decisión materna carente de justificación, y no habiéndose acreditado incumplimiento voluntario de sus deberes a la vista de las circunstancias expuestas, es por lo que procede estimar el recurso interpuesto y revocar la sentencia apelada, acordando en su lugar no acceder a la pretensión de E"

*** Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 31 de octubre de 2017. Asignación compensatoria. Alteración sustancial de circunstancias. Reducción de ingresos. Falta de prueba

"PRIMERO.— La Sentencia recaída en Primera Instancia en el presente procedimiento de modificación de medidas (art. 775 LEC), es objeto de recurso por ambas partes contendientes.

Recurso del actor (D. F)

— Solicita la extinción de la pensión compensatoria con efectos a la fecha de la Sentencia de 1.ª Instancia.

Recurso de la demandada doña M.º)

— Solicita se mantenga el importe de la pensión compensatoria fijado en el divorcio y actualizado.

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 (Art.º 217 L.E.C.). Igualmente el artículo 79, n.º 5 del Código de Derecho Foral de Aragón, indica que las medidas aprobadas judicialmente podrán ser modificadas cuando concurren causas o circunstancias relevantes.

Igualmente, la STSJA 6/2017, de 10 de marzo tiene declarado: que de acuerdo con una consolidada doctrina de esta Sala (SS 42/2013, de 3 de octubre y 17/2013, de 13 de marzo o 10/2015, de 2 de marzo) en interpretación de lo dispuesto en el art.— 79.5 CDFA y 775.1 LEC, para que pueda darse lugar a la modificación de las medidas definitivas acordadas en una previa sentencia matrimonial es inexcusable la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) Que se haya producido, con posterioridad a dictarse la resolución judicial que la sancionó, un cambio en la situación fáctica que determinó la medida que se intenta modificar.

b) Que dicha modificación o alteración, sea sustancial, esto es que afecte al núcleo de la medida, y no a circunstancias meramente accesorias o periféricas. Que haga suponer que de haber existido al momento del divorcio se habrían adoptado medidas distintas.

c) Que tal cambio sea estable o duradero, con carácter de permanencia, y no meramente ocasional o coyuntural, o esporádica.

d) Que la repetida alteración sea imprevista, o imprevisible y, por ende, ajena a la voluntad de quien entabla la acción de modificación, por lo que no puede ser buscado de propósito, por quien interesa la modificación para obtener unas medidas que le resulten más beneficiosas.

Como ha sido señalado, la exigencia de la alteración sustancial de circunstancias como presupuesto de la modificación de las medidas adoptadas en un precedente proceso matrimonial tiene por fin evitar una serie interminable de procesos de revisión de medidas ya acordadas con quiebra del principio de seguridad jurídica que se produciría de no ser así.

TERCERO.— La Sentencia de divorcio (8-06-2007) fijó una pensión compensatoria de 1.100 euros mensuales ascendiendo a la actualidad a 1262,51 euros, en los autos 652/11 de modificación de medidas se mantuvo la pensión compensatoria en la cuantía fijada considerándose vigentes las circunstancias económicas de ambas partes acreditadas en el año 2007. Obviamente no es vinculante para el Juzgador lo acordado en el auto de medidas provisionales de 30-XII-2016.

Las circunstancias económicas de ambas partes al tiempo del divorcio se relatan pormenorizadamente en la Sentencia de Divorcio de 8-6-2007.

Sobre la situación actual, esta se analiza en la Sentencia recurrida aportando datos desde el año 2013, incluyendo la aportación de prueba pericial de parte (art. 348 LEC), ciertamente puede considerarse acreditada una merma en las posibilidades económicas del actor, tal como razona el Juzgador de instancia, no obstante tal como el mismo indica, tampoco se constata cual es la situación de las empresas, al margen de la empresa C S.L., en las que participa el demandante, las reservas de las entidades Ca SA y la aludida C S.L., siguen siendo relevantes, por lo expuesto lo razonable, tal como establece la Sentencia apelada, es una reducción ponderada de la pensión fijada en su momento atendiendo a las circunstancias actuales por cuanto no está acreditada una imposibilidad absoluta para hacer frente a la pensión, la prueba aportada en este apartado no es concluyente, ni tampoco las circunstancias económicas del actor son las mismas que se tuvieron en cuenta con anterioridad, habiendo reducido sus ingresos al acumular pérdidas en alguna de sus empresas.

En cuanto a la situación de la demandada viene a ser la misma que entonces, no pudiéndose tener en consideración en la actualidad lo obtenido en su momento en la liquidación del consorcio.

Por lo expuesto, se desestima el recurso y se confirma la Sentencia apelada.”

*** Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 7 de noviembre de 2017. Uso del domicilio familiar. Temporalidad. Pernocta. Interés del menor. Gastos extraordinarios

“PRIMERO.— El primero de los motivos del recurso hace referencia a la duración del uso del domicilio familiar que se solicita se extienda hasta que la menor cumpla 18 años, siendo que la resolución de instancia concede tal derecho de uso por un periodo de tiempo de algo más de dos años, al que habrá que computar el tiempo anterior en que la ahora recurrente lo estuvo disfrutando.

Entiende la recurrente que el periodo concedido es escaso en atención a las circunstancias especiales de la hija que mantiene un déficit de madurez emocional que aconseja no someterla a cambios bruscos y mantener una situación estructurada.

Sin embargo del examen del propio informe psicológico donde tales afirmaciones se recogen tales afirmaciones, no se deduce la necesidad de que la menor deba permanecer en la vivienda que ha sido domicilio familiar por más del tiempo del reflejado en la resolución de instancia, siendo por otro lado el periodo fijado, un periodo habitual para este tipo de supuestos. Además tal y como se refleja en la resolución de instancia, el cambio de referencia no es brusco, sino con tiempo suficiente para que se pueda bien encontrar otro opción habitacional, bien obtener los medios o recursos para poder en la liquidación de la sociedad consorcial, obtener la mencionada vivienda si a tal efecto le interesare a la recurrente.

Lo que veda el art 81 del CDFA es que el uso del domicilio familiar sea indeterminado, esto es no sujeto a temporalidad. Y es más la nueva regulación ha ve-

nido a facilitar la posibilidad de que se pueda acordar la venta de la vivienda de ser necesaria para unas adecuadas relaciones familiares, lo cual fija la resolución de instancia en atención al examen de la concreta situación familiar, y de los recursos de los progenitores, concluido el tiempo del derecho concedido, conclusiones que no han venido a ser controvertidas por la prueba verificada.

Respecto de la pretensión subsidiaria, entendemos que tampoco se ha dado un error valorativo de los hechos tenidos en cuenta para delimitar los recursos económicos de los progenitores a la hora de fijar la pensión alimenticia en el momento concurrente.

Valorar como se pretende que anticipadamente pueda fijarse un aumento de la pensión alimenticia en función de la situación que pueda existir dentro de dos años, no deja de ser arriesgada por la conjunción de variantes e hipótesis que pueden darse, sin perjuicio de la posibilidad de acudir al mecanismo del art 79 CDFA.

SEGUNDO.— Los otros dos pronunciamientos del recurso atienden a la pernocta de la menor en casa del padre, invocándose igualmente el interés de la menor, en base a sus peculiaridades y necesidad de que existan unas pautas y rutinas establecidas para facilitar su evolución y madurez.

Tampoco entendemos que el motivo deba de prosperar, pues si bien tales pautas y rutinas tal y como se mencionan en el informe pericial psicológico son necesarias, el mismo informe pericial practicado en abril de 2017, revela que ambos progenitores tienen capacidad para afrontar el cuidado de la menor y cubrir sus necesidades afectivas y de desarrollo, sin que se detecten trastornos mentales que puedan limitar el mantenimiento de una relación extensa con aquélla. Igualmente se expone la necesidad de que la relación paterno filial se produzca fuera del entorno materno, permitiendo a la menor diferenciar ambos entornos y adaptarse a los cambios de la dinámica familiar, y al progenitor involucrarse de manera personalizada en la crianza y educación de su hija, su seguimiento y evolución, debiendo en consecuencia para ello organizar su disponibilidad para dar respuestas a las rutinas de la menor. De hecho respecto a la pernocta de los domingos, el informe de referencia lo prevé de modo expreso en sus conclusiones. Y por otro lado si bien el informe no establecía una pernocta intersemanal, sí fijaba dos días de visita intersemanales a favor del padre, que la resolución controvertida reduce a uno. En realidad el sistema fijado viene a ser muy parejo al sistema recomendado en el informe pericial psicológico, por lo que no vemos necesidad de su modificación.

TERCERO.— Finalmente en cuanto a la previsión de que la actividad de natación pueda ser sustituida por otra, al que solicita que se le de la misma calificación de gasto extraordinario necesario, entendemos que la sentencia lleva a cabo un esfuerzo para intentar aprehender y definir el concepto de gastos extraordinarios, que por su propia definición atiende al carácter de excepcionalidad e imprevisibilidad. Por tanto hacer hipótesis sobre la existencia de actividades que vayan a sustituir a esa actividad que no participen de los parámetros expuestos en la sentencia, porque de participar hay que entenderse integrados en la misma, no deja de ser problemático. De darse el supuesto cabrá la

posibilidad de examinar la contingencia concreta en el momento en que aquélla se produzca, caso de que se de una discrepancia de valoración entre las partes.”

*** Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 14 de noviembre de 2017. Asignación compensatoria. Criterios. Límite temporal

“PRIMERO.— Es objeto de recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D.º M la sentencia de 7/4/2017.

Son motivos de recurso error de hecho, valoración de prueba y derecho en lo relativo a la fijación de pensión compensatoria que solicita en la cantidad de 5.000 euros al mes con cargo al Sr. M hasta que la misma acredite la percepción de los emolumentos que venía percibiendo, así como solicita que el pago de los préstamos hipotecarios de los bienes consorciales, los seguros de hogar, el IBI, los seguros sociales y la cuota de autónomos sean abonadas por el Sr. M con cargo a los beneficios de la mercantil T S.L., del mismo modo que se venía haciendo desde siempre y hasta la liquidación del consorcio.

SEGUNDO.— El 29/6/2016 se dictó auto en el que fijó en 1000 euros al mes la cantidad a satisfacer el Sr. M a la Sra. L para el levantamiento de las cargas familiares, pero en el supuesto de que la mencionada Sra. dejara de percibir pensión de incapacidad laboral transitoria que percibe y no se reincorporara a la empresa familiar percibiendo una nómina de esta equivalente a 2.866,47 euros el importe de la contribución a las cargas familiares a abonar mensualmente a la actora con cargo al negocio familiar sería de 2.870 euros al mes, debiendo ser con cargo a tales rendimientos, hipotecas, IBI, seguros, cuota de autónomos, deudas de IRPF.

La sentencia ahora recurrida: a) atribuyó a cada cónyuge el uso de una vivienda consorcial abonando cada uno los respectivos gastos de suministro y cuotas de comunidad ordinaria de la vivienda que se le atribuye y siendo al 50% los gastos de propiedad, derramas, IBI y seguro de hogar; b) las rentas obtenidas del alquiler de determinadas naves consorciales se destinaría al pago de los gastos de las mismas y de no ser suficiente se abonaría el importe deficitario al 50%; c) se fijó pensión compensatoria a cargo del Sr. M y en favor de la Sra. B mientras esta se encuentre en situación de ILT o hasta la fecha de la liquidación efectiva en la suma de 1.000 euros actualizables conforme al IPC, la cual se extinguirá si cesa en su situación de ILT antes de que se proceda a la liquidación del Consorcio.

Para tales pronunciamientos el juzgador de instancia tuvo en cuenta: que las Sra. L había venido trabajando antes y después de contraer matrimonio, sin que dejara de hacerlo con motivo del nacimiento de los hijos y dándose de alta en 1995 en la sociedad familiar consorcial T S.L., con una nómina de unos 4.200 euros, hasta que ha pasado a situación de incapacidad laboral transitoria percibiendo 1.866,7 euros al mes; que el Sr. M percibía dos nóminas por importe total neto de unos 5.040 euros al mes. Acordó la fijación de compensatoria mientras se encuentre en situación de ILT y hasta que cese en tal situación y vuelva a cobrar su nómina o se liquide el Consorcio.

TERCERO.— La sentencia del Tribunal Supremo de 9/2/2017 (ROJ: STS 375/2017) recuerda que según reiterada doctrina de la Sala, que se citaba en la sentencia de 20 de julio de 2015, Rc. 1791/2014: «El artículo 97 CC exige que la separación o el divorcio produzcan un desequilibrio económico en un cónyuge, en relación con la posición del otro, para que surja el derecho a obtener la pensión compensatoria. En la determinación de si concurre o no el desequilibrio se debe tener en cuenta diversos factores, como ha puesto de relieve la STS 864/2010, de Pleno, de 19 enero. La pensión compensatoria —declara— “pretende evitar que el perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges y para ello habrá que tenerse en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge; el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso, su situación anterior al matrimonio para poder determinar si éste ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación. De este modo, las circunstancias contenidas en el artículo 97.2 CC tienen una doble función: a) Actúan como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias; b) Una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión. A la vista de ello, el juez debe estar en disposición de decidir sobre tres cuestiones: i) Si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria; ii) Cual es la cuantía de la pensión una vez determinada su existencia; iii) Si la pensión debe ser definitiva o temporal.

En análogos términos el art. 83 de la Compilación de Derecho Foral de Aragón que a los efectos de la fijación de la cuantía y naturaleza temporal o indefinida impone la ponderación equitativa de diversos criterios tales como: recursos económicos; edad del solicitante, perspectivas económicas y posibilidades de acceso al mercado laboral; edad de los hijos; atribución del uso de la vivienda familiar; funciones familiares desempeñadas; duración de la convivencia.

En el presente supuesto, la actora, nacida el 1956 consta que ha cotizado a la Seguridad Social más de 36 años y ello tanto antes de contraer matrimonio el 1981, como tras el nacimiento de los hijos en 1983 (existe un corto periodo sin actividad laboral) y en 1992, siendo de destacar que el 24/11/1994 se constituyó por ambos cónyuges al 50% la sociedad T S.L., pasando a estar de alta en la misma desde 1/1/1995, percibiendo una nómina de cerca de 4.200 euros no muy alejada a los alrededor de 5.000 que percibe el Sr. M por el mismo concepto, bastando con cotejar las respectivas declaraciones de rentas de 2014 y destacando como los ingresos brutos por renta de la Sra. L en 2015 superaron en casi 20.000 euros a los de 2014, llegando a los 83.000 euros, escapando del ámbito matrimonial y siendo más propio del societario cuestiones relacionadas con administración leal o desleal de la sociedad, posible disposición no regular de fondos ... Tales años de cotización e importe le aseguran a la Sra. L la percepción de una sustanciosa pensión de jubilación. Además todos los

bienes adquiridos constante matrimonio son consorciales y entre ellos destacan dos viviendas, naves y la sociedad, es decir un considerable patrimonio que se distribuirá por mitad entre los litigantes. Solo apreció el juzgador de instancia un desequilibrio coyuntural y provisional, derivado de la merma de ingresos de la Sra. L por su situación de incapacidad laboral transitoria, destacando esta Sala, que incluso tal posible desequilibrio podría no existir finalmente, por cuanto la Sra. L ha demandado ante el Juzgado de lo Social a Talleres T S.L. en reclamación de la diferencia entre lo que percibe por ILT y lo que venía percibiendo por salario (procedimiento ordinario 241/2016 del Juzgado de lo Social 5 del que no consta dictada sentencia o resolución que le pusiera fin). Por todo ello se considera perfectamente ajustada a derecho la decisión del juzgador de instancia al fijar cuantitativa y temporalmente la pensión compensatoria, como es ajustada a derecho la atribución a cada copropietario de gastos consecuencia de la cotitularidad de sus bienes u otros gastos personales, que se venían pagando con los sueldos que se percibían de la sociedad.”

*** Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 14 de noviembre de 2017. Divergencia entre progenitores. Asignatura de Religión. Usos o valoraciones familiares. Opinión del menor

“PRIMERO.— El auto al que el presente rollo se contrae, dictado el 12-7-17, resuelve en favor de la asignatura alternativa a Religión la divergencia familiar planteada por don M y doña M respecto de los estudios de su hija D —elección entre las asignaturas de Religión o Educación Cívica en el Ciclo de Educación Primaria—.

Recorre don M (art. 20.2 LJV), que suplica la revocación del auto dictado y se acuerde que la asignatura a cursar por D sea la de religión y, subsidiariamente que, oída la misma, se tome la decisión que le sea más favorable en la perspectiva de su superior interés.

SEGUNDO.— El art. 65.1 c) del CDFA dispone que “Corresponde a los padres decidir sobre la educación religiosa de los hijos menores de catorce años”. El art. 71.1 CDFA que “Los padres, en el ejercicio de la autoridad familiar, actuarán según lo que lícitamente hayan pactado en documento público. En defecto de previsión legal o pacto actuarán, conjunta o separadamente, según los usos sociales o familiares”. Y el art. 74 que “En caso de divergencia en el ejercicio de la autoridad familiar, cualquiera de los padres puede acudir al Juez para que resuelva de plano lo más favorable al interés del hijo, si no prefieren ambos acudir a la Junta de Parientes con el mismo fin” (art 74 CDFA).

Cuestiones como la discutida, dada la índole de los intereses en conflicto, no pueden recibir una solución uniforme y generalizada, sino que habrá que analizarse de manera cuidadosa caso por caso, acudiendo, bien a los usos sociales o familiares o en su caso al pacto habido entre las partes o incluso a las propias valoraciones que cada progenitor haga de la cuestión (SAP 4-11-2008).

En el caso, en el que no existe sobre el tema previsión legal concreta ni pacto en documento público, las hijas (D 2011- y M 12-) fueron matriculadas en un centro público —CEIP—, ambas en Educación Infantil, D, de 5 años entonces, en 3.º curso, con elección de

“Atención Educativa”, y M, de 4 años, en 2.º curso, con elección de “Valores Sociales y Cívicos” (folio 53). Lo que tuvo lugar sin oposición del padre, hecho este que no será excesivo entenderlo como expresivo de una aceptación tácita de un modo de vivir y pensar determinado, siendo en tal caso ciertamente incongruente que fuese él quien ahora quisiera modificar el modelo educativo seguido desde siempre.

En el caso la posición del padre es la de su hija, quien como pudo observarse en la exploración judicial practicada, seria y firmemente, llevando convincentemente a la exclusión de que su opción no responda a otra cosa que a un simple capricho u ocurrencia, dijo querer cursar la asignatura de religión.

Nada justifica que esa voluntad de la menor sea obviada.

El posicionamiento del padre, que como se dice es el de la hija, no consta haya de resultar perjudicial para ésta, ni que constituya un peligro para su formación, ni que anule, imposibilite o lastre decisivamente su libre desarrollo integral y su capacidad de autodesarrollo futura con respecto al hecho religioso. Incluso, ello su-puesto, podría resultar desaconsejable la imposición de la toma de postura contraria, que es la de la madre.”

*** Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 21 de noviembre de 2017. Asignación compensatoria. Origen del desequilibrio patrimonial. Dedicación a la familia

“PRIMERO.— Actora y demandado contrajeron matrimonio el 4 de septiembre de 1982. De esta unión nacieron dos hijos, J.-E., el 1986, y R.-F., el 1995.

Presentada demanda de divorcio por la esposa, tras los trámites correspondientes recayó sentencia de 19 de mayo de 2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Zaragoza, que decretó la disolución del matrimonio por divorcio y atribuyó la guarda y custodia del hijo R., declarado incapaz, a ambos progenitores de forma compartida. El uso del domicilio familiar fue atribuido a D.ª A. hasta el 31 de diciembre de 2016. Fue desestimada la solicitud de asignación compensatoria.

Interpuso la actora recurso de apelación y la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza dictó sentencia de 6 de junio de 2017 que estimó parcialmente el recurso en lo relativo al término del uso de la vivienda familiar, que se fijó en el 1 de enero de 2018, y lo desestimó respecto a la solicitud de asignación compensatoria.

SEGUNDO.— Interpuso la representación de D.ª A. recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por lo que, conforme a lo dispuesto en la regla 6.º del número 1 de la disposición final decimosexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), deberá resolverse en primer lugar el recurso extraordinario por infracción procesal.

El primero de los motivos de infracción procesal se interpuso “al amparo del motivo 4.º del n.º 1 del art. 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil “vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución”.

Alega manifiesto y patente error de hecho en la valoración de la prueba documental, que considera arbitraria e ilógica por razones que se pueden resumir

así: que la sentencia solo pone de relieve una mayor percepción de ingresos del esposo respecto a los de la esposa, ambos con ingresos estables, y que hay un patrimonio consorcial no desdeñable que proporcionará liquidez a ambas partes; que se ha atribuido a la esposa el uso del domicilio familiar, pero solo hasta el 1 de enero de 2018; que el esposo va a tener que afrontar nuevos gastos como los de vivienda, sin tener en cuenta que lo mismo será aplicable a la esposa; que no ha apreciado especial dedicación de la esposa a las tareas familiares que le haya impedido o postergado el desempeño de su actividad laboral, sin tener en cuenta que lleva más de diecinueve años dedicándose en exclusiva y sin poder trabajar al cuidado de la familia, en particular al hijo R. afectado de parálisis cerebral e hidrocefalia, mientras el esposo ha seguido una completa carrera militar, con los traslados constantes que a ella le han impedido desarrollar una buena actividad profesional; que la sentencia no ha tenido en cuenta que los ingresos del marido casi triplican a los de la esposa por lo que a ella solo le quedará una pensión de jubilación puramente asistencial.

El error en la valoración de la prueba ya había sido el motivo principal del recurso de apelación de la actora, centrado en la diferencia de ingresos entre ambas partes y en la dedicación de la madre al cuidado de los hijos, dada la carrera militar del padre y los continuos traslados de la familia que a ella le habrían impedido desarrollar su actividad profesional por tener que atender sola al cuidado de los hijos.

La sentencia de apelación resolvió lo relativo a la valoración de la prueba en su fundamento segundo en los siguientes términos:

“Llevado a ello al presente caso, y no apreciando el aludido error valorativo del juez de instancia sobre las pruebas practicadas que dan lugar a la fijación de los hechos declarados probados, no creemos que el criterio sustentado en la instancia deba en este punto modificarse. Así dentro de los parámetros que al efecto viene a exigir el art. 83 CDFA, lo único que cabe poner de relieve es una mayor percepción de ingresos por parte del esposo respecto de los cobrados por la esposa, lo cual es sólo una parcela del parámetro más amplio de “recursos económicos” de la que trata el párrafo 1 del 83.2. La solicitante lleva trabajando mucho tiempo dentro de la misma actividad donde es previsible continúe percibiendo sus ingresos de modo regular, al igual en este punto que el esposo. No encontramos incidencias en el tema de los hijos, habida cuenta la edad de uno, y las características especiales del otro que incidan sobre ambos progenitores; la atribución del uso familiar se ha otorgado a la esposa; no se ha apreciado una especial dedicación de la esposa a las tareas familiares que le haya impedido o postergado para el desempeño de su vida laboral; tampoco se ha acreditado que se abandonara los estudios que cursara para dedicarse a la familia; ha habido una prolongada vida en común, y se han observado la existencia de bienes consorciales de importancia cuya finalidad última será el reparto igualitario entre los consortes.

Con esos parámetros no observamos la existencia de ese desequilibrio económico exigible si nos atenemos a que el esposo en razón del divorcio también

va a tener que afrontar nuevos gastos como son los relacionados con la vivienda.”

Entre los motivos de infracción procesal del artículo 469 LEC no se encuentra específicamente el de manifiesto error en la valoración de la prueba, si bien la Sala Primera del Tribunal Supremo la admite al amparo del número 1. 4.º de dicho precepto por vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 CE. Pero por este medio no se trata de desvirtuar una valoración de la prueba sino de acreditar que la valoración de la prueba realizada no respeta el derecho a la tutela judicial efectiva por resultar manifiestamente arbitraria, irracional o ilógica. Dice la STS 785/2013, de 16 de diciembre:

«La revisión de la valoración probatoria no está expresamente prevista en ninguno de los motivos de infracción procesal recogidos en el artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Dicha valoración sólo puede, excepcionalmente, ser denunciada como infracción procesal mediante un soporte adecuado (STS de 16 de marzo de 2013), bien la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de alguna prueba (SSTS de 20 de junio de 2006 y 17 de julio de 2006), bien la concreta infracción de una norma tasada de valoración de prueba (SSTS de 16 de marzo de 2001, 10 de julio de 2000, 21 de abril de 2005, entre otras) y, en tales casos, habrá de hacerse al amparo del artículo 469.1.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por cuanto, al resultar manifiestamente arbitraria o ilógica la valoración de determinada prueba no supera, conforme a la doctrina constitucional, el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE (SSTS 28 de noviembre de 2008, RC n.º 1789/03, 30 de junio de 2009, RC n.º 1889/2006, 6 de noviembre de 2009, RCI n.º 1051/2005). En defecto de todo ello la valoración de la prueba es función de la instancia y es ajena a las potestades de casación (27 de mayo de 2007, RC n.º 2613/2000, 15 de abril de 2008, RC n.º 424/200)».

La parte recurrente asegura que la sentencia recurrida ha incurrido en manifiesto y patente error de hecho en la valoración de la prueba documental obrante en autos y la considera manifiestamente arbitraria e ilógica. En el desarrollo del motivo se hace un repaso a las circunstancias resumidas al comienzo de este fundamento (ingresos de ambos esposos; atribución del domicilio familiar a la esposa hasta enero de 2018; dedicación de la esposa a las tareas familiares, especialmente al hijo discapacitado, sin poder estudiar su carrera universitaria) y se propone un análisis de todos los antecedentes fácticos relativos a tales circunstancias, realizando de ese modo una completa revaloración de la prueba. Como prueba documental que justificaría el error sufrido por la sentencia recurrida se citan las declaraciones de IRPF y nóminas de ambos esposos, documento de traslado de su matrícula a la Universidad de Lérida y certificación de su vida laboral más sus contratos e ingresos desde 2001.

No se siguen, por lo tanto, los requisitos señalados por la jurisprudencia para poder apreciar error en la valoración de la prueba basada en error patente relativo a los aspectos fácticos inmediatamente verificable

de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.

La STS 445/2016, de 1 de julio (recurso 329/2014) reitera la doctrina extraída de la n.º 273/2016, de 22 de abril (recurso 63/2014):

«1.— En nuestro sistema procesal no cabe una tercera instancia y para que un error en la valoración de la prueba tenga relevancia para la estimación de un recurso extraordinario por infracción procesal, con fundamento en el art. 469.1.4.º LEC, debe ser de tal magnitud que vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva de art. 24 CE. En relación con lo cual, el Tribunal Constitucional (TC) ha elaborado la doctrina del error patente en la valoración de la prueba, destacando su directa relación con los aspectos fácticos del supuesto litigioso. Así, por ejemplo, en las sentencias 55/2001, de 26 de febrero, 20/2005, de 14 de febrero, y 21/2009, de 26 de noviembre, destacó 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”. Asimismo, en la mencionada sentencia núm. 55/2011, de 26 de febrero, el TC identificó los requisitos de necesaria concurrencia para que quepa hablar de una vulneración de la tutela judicial efectiva por la causa que examinamos y se refirió, en particular, a que el error 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 la experiencia”.

»2.— A su vez, en las sentencias de esta Sala núm. 418/2012, de 28 de junio, 262/2013, de 30 de abril y 44/2015, de 17 de febrero (entre otras muchas), tras reiterar la excepcionalidad de un control, por medio del recurso extraordinario por infracción procesal, de la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de segunda instancia, recordamos que no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia constitucional, dado que es necesario que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: 1.º) que se trate de un error fáctico —material o de hecho—, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2.º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.

»3.— En este caso, los errores denunciados no son fácticos, sino de valoración jurídica, pues se refieren a dos cuestiones de naturaleza estrictamente sustantiva y de interpretación de la póliza de seguro (...)

»Podrá discutirse si desde un punto de vista jurídico las conclusiones de la sentencia recurrida son acertadas, pero ello es ajeno al marco revisor del recurso extraordinario por infracción procesal, al corresponder a la valoración jurídica propia de un recurso de casación. Como decíamos en la Sentencia núm. 77/2014, de 3 de marzo:

»“No debe confundirse la revisión de la valoración de la prueba que, al amparo de ordinal 4.º del artículo 469.1 LEC, excepcionalmente puede llegar a realizarse en caso de error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que

comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (...) con la revisión de la valoración jurídica... Como ya hemos declarado en otras ocasiones, una valoración como esa, al margen de que sea o no acertada, es jurídica y debería ser impugnada, en su caso, en el recurso de casación, si con esa valoración se infringe la normativa legal reguladora de la materia y su interpretación jurisprudencial».

En el presente caso lo que intenta la parte recurrente es que se revise la totalidad de la prueba o, más bien, la valoración jurídica sobre el concepto de desequilibrio que permite atribuir una asignación compensatoria, lo que será objeto, en su caso, del recurso de casación.

De la mera enumeración que hace la recurrente de la prueba documental a la que hemos hecho referencia no se desprende error en la valoración de la misma en los términos exigidos en el artículo 469.1.4.º LEC, por lo que este motivo ha de ser desestimado.

TERCERO.— El segundo motivo de infracción procesal se interpone “al amparo del motivo 2 del n.º 1 del art. 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil “infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia”.

Considera la parte recurrente que la sentencia recurrida infringe el deber de motivación exigido por el artículo 218.2 LEC porque “la motivación contenida en su fundamento primero para denegar la existencia de desequilibrio patrimonial en la recurrente es total y absolutamente insuficiente pues está desprovista de razonabilidad y desconectada con la realidad de la prueba obrante en autos, siendo la escasa motivación que contiene una mera apariencia, lo cual conduce a afirmar la arbitrariedad e irrazonabilidad de la misma y, con el fin de evitar reiteraciones innecesarias damos por reproducidas las alegaciones formuladas en el anterior motivo de impugnación”.

Frente a esta escueta argumentación, de contenido genérico y sin concretar en qué aspectos encuentra la falta de motivación, comprobamos que en la fundamentación de la sentencia que hemos transcrito se recogen no solo los mayores ingresos del marido respecto a los de la esposa, sino también el tiempo en el que ella viene desarrollando una actividad laboral con ingresos regulares; la no especial incidencia de los hijos respecto a los progenitores; la atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa; que no se ha apreciado una especial dedicación de la esposa a las tareas familiares que le hayan impedido o postergado el desempeño de su vida laboral; que no se ha acreditado que abandonara los estudios que cursaba para dedicarse a la familia; que ha habido una prolongada vida en común y que existen bienes consorciales de importancia para su reparto igualitario.

En este motivo no justifica la parte recurrente en qué aspecto concreto de los antes aludidos encuentra falta de motivación, salvo que considere que la sentencia hubiera debido rebatir todos y cada uno de los elementos fácticos que a su juicio debieron llevar a la conclusión de concederle la asignación compensatoria solicitada. Como se ha dicho, tales elementos habían sido ampliamente desarrollados en su recurso de apelación desde la perspectiva de error en la valoración de la prueba, que la sentencia rechaza en el fundamento antes transcrito.

El Tribunal Constitucional ha circunscrito los límites de la exigencia de motivación en sentencias tales como la n.º 13/2001 y la 9/2015, en la primera de las cuales se dice, con criterio reiterado en la segunda:

“Ahora bien, de acuerdo con una consolidada doctrina constitucional, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, como derecho a obtener una decisión fundada en Derecho, no es exigible un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se debate, sino que basta con que el Juzgador exprese las razones jurídicas en las que se apoya para tomar su decisión, de modo que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengán apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, esto es, la ratio decidendi que determina aquélla. No existe, por lo tanto, un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación, puesto que su función se limita a comprobar si existe fundamentación jurídica y, en su caso, si el razonamiento que contiene constituye, lógica y jurídicamente, suficiente motivación de la decisión adoptada, cualquiera que sea su brevedad y concisión, incluso en supuestos de motivación por remisión (por todas, SSTC 184/1998, de 28 de septiembre, FJ 2; 187/1998, de 28 de septiembre, FJ 9; 215/1998, de 11 de noviembre, FJ 3; 206/1999, de 8 de noviembre, FJ 3, 187/2000, FJ 2).”

La sentencia recurrida explica suficientemente el conjunto de factores por los que considera que la recurrente no es acreedora de una asignación compensatoria, y la discrepancia frente a tal valoración no es falta de motivación.

En consecuencia, no se aprecia infracción del artículo 218.2 LEC, por lo que este motivo debe ser rechazado.

CUARTO.— El motivo único del recurso de casación se interpone “al amparo del motivo 3.º.3 del artículo 477.2 LEC y del artículo 3.1 de la ley de casación foral aragonesa, por presentar interés casacional la sentencia recurrida, por manifiesta infracción en su aplicación del artículo 83 apartado 1 y 2 del CDFa, y de la doctrina jurisprudencial establecida por la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en sus sentencias..., así como de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo...”.

Afirma la parte recurrente que la sentencia recurrida ha realizado una interpretación arbitraria y sesgada de los parámetros establecidos en el artículo 83.2 del CDFa y ha obviado realizar una ponderación equitativa de dichos criterios, siendo manifiestamente ilógico e irracional el juicio prospectivo realizado para denegar la asignación compensatoria a la esposa por el desequilibrio patrimonial que le produce el divorcio en relación con la posición económica de su esposo.

Achaca a la sentencia, fundamentalmente, que no ha tenido en cuenta la razón por la que la esposa estuvo diecinueve años dedicada al cuidado de la familia y no accedió al mercado laboral hasta el año 2001, y la razón por la que tuvo que trabajar con jornada reducida desde 2002 hasta marzo de 2015, mientras que el esposo se habría podido dedicar plenamente a su carrera como militar hasta su pase a la

reserva como coronel de Artillería en el año 2011, por lo que no puede comprender que la sentencia no haya apreciado su especial dedicación a las tareas familiares que le impedirían el desarrollo de su vida laboral.

Asegura la recurrente que desde su matrimonio en septiembre de 1982 siguió a su esposo a todos sus destinos hasta el último y definitivo en Zaragoza en 1987, razón por la que no pudo continuar sus estudios de Filología Inglesa que cursaba en la Universidad de Zaragoza. Y que solo en 1990 pudo realizar una sustitución en el INNS durante 181 días y otras más muy cortas entre 1991 y 1993, habiendo tenido que renunciar a una plaza de funcionaria de carrera al cuerpo auxiliar de la Administración de la Seguridad Social, en Teruel, obtenida por oposición en 1992, que no llegó a ocupar.

La sentencia recurrida considera que no se ha acreditado que abandonara sus estudios para dedicarse a la familia, y resulta justificada tal afirmación si se tiene en cuenta que cuando contrajo matrimonio tenía 25 años de edad y ya había prácticamente abandonado los estudios tras varios años sin aprovechamiento. Su primer hijo nació en 1986, un año antes de ser destinado definitivamente el esposo a Zaragoza, y a partir de 1990 realizó sustituciones e incluso aprobó en 1992 una oposición al cuerpo auxiliar de la Administración. Su segundo hijo, afectado de una grave discapacidad, nació en abril de 1995, pese a lo cual pudo la recurrente empezar a trabajar de forma regular a partir de 2001, contando el primer hijo con quince años y el segundo con seis, es decir, en situación bastante más difícil que en 1990 cuando inició su actividad laboral haciendo sustituciones.

Hubo una reducción de la jornada laboral de la recurrente en el año 2002 (de un 31%) hasta marzo de 2015 en que recuperó la jornada completa. A su vez, el esposo, en la reserva desde mayo de 2011, se dedicó desde entonces a llevar y traer a su hijo discapacitado al colegio y a realizar con él los ejercicios de natación (así se afirma en el escrito del recurso, página 30 del mismo), lo que no contradice la apreciación de la sentencia recurrida de que no encuentra incidencias en el tema de los hijos que incidan sobre ambos progenitores.

Así pues, la sentencia recurrida pone en relación los distintos factores recogidos en el artículo 83.2 del CDFa (recursos económicos de ambos, edad y perspectivas laborales del solicitante, edad de los hijos, atribución de la vivienda a la esposa hasta 2018, funciones desempeñadas por ambos progenitores y duración de la convivencia), y concluye que no se aprecian razones que justifiquen la asignación compensatoria solicitada. Tiene en consideración la doctrina jurisprudencial (SSTS de 22 de junio de 2011, 10 de octubre de 2011 y 23 de enero de 2013) conforme a la cual la pensión compensatoria no tiene como finalidad una garantía vitalicia de sostenimiento, o perpetuar el nivel de vida que venían disfrutando, o equiparar económicamente los patrimonios, y que se deben confrontar las condiciones económicas de cada cónyuge antes y después de la ruptura, debiendo tener su origen el desequilibrio en la pérdida de derechos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia.

Las perspectivas económicas de ambos cónyuges antes del matrimonio eran distintas dada su diferente cualificación profesional (él militar de carrera y ella estudiante de Filología con escaso aprovechamiento —folio 330— certificado de UNED con suspenso o no presentado en el curso 1982-83) y, según la sentencia, el distinto desarrollo profesional posterior no aparece específicamente lastrado en el caso de la esposa por la especial dedicación al cuidado de la familia. Y no es la finalidad de la asignación compensatoria la de restablecer el desequilibrio patrimonial que le produce a la esposa el divorcio en relación con la posición económica en la que queda su esposo, como expresamente pretendía la recurrente, si, como hemos visto, el desequilibrio tiene su punto de partida en la diferente cualificación profesional de ambos y no en la especial dedicación de la esposa a la familia que le hubiera provocado detrimento en sus expectativas profesionales.

Por todo ello no se aprecia que la sentencia recurrida haya incurrido en una inadecuada valoración jurídica de las circunstancias y parámetros que deben tenerse en cuenta en la aplicación del artículo 83 del CDFa."

*** Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 21 de noviembre de 2017. Extinción de pensión alimenticia a hijos mayores de edad. Fecha de la sentencia. Irretroactividad de los alimentos. Edad de 26 años

"PRIMERO.— La sentencia de instancia extingue la pensión de alimentos de las dos hijas del matrimonio, N (90) y S (94), con efectos al 6 mayo 2016, fecha en que N cumplió los 26 años de edad, en el caso de la mayor, y al 20-1-2017, fecha de presentación de la demanda, en el caso de S, pronunciamientos frente a los que se alza la demandada, que se opone a la extinción de la pensión de S, y para el caso de que la misma se ratifique lo sea con efectos a la fecha de firmeza de la sentencia, discrepando en el caso de N de la fecha de efectos fijada, que pide lo sea al 20 enero 2017, fecha de interposición de la demanda.

SEGUNDO.— S, de 22 años de edad, convive con su madre, y consta que trabaja por cuenta ajena desde el mes de octubre de 2016, siendo sus ingresos medios en torno a los 1000 € mensuales, por lo que debe ratificarse la extinción de su pensión ex art 152 C.C., a cuyo tenor cesará la obligación de dar alimentos: "3.º) Cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia".

En cuanto a los efectos de la extinción se producirán, no con efectos a la interposición de la demanda, como resolvió el Juzgado a la vista de la reciente incorporación de esta hija mercado laboral, sino desde la fecha de la sentencia, pues los mismos no pueden retrotraer su eficacia a momentos anteriores a la resolución que contiene el pronunciamiento supresor, al implicar el mismo, no una mera constatación de hechos antecedentes, sino una valoración de la subsistencia de aquellas razones o factores que impulsaron su señalamiento, de donde se sigue que habrá de seguir surtiendo sus plenos efectos mientras no quede sustituido

por otro pronunciamiento y, por tanto, desde la fecha de la sentencia que extinguió la pensión.

Dicha doctrina —dice la STS 20-7-2017— “se asienta en que, de una parte, el art. 106 del Código Civil establece que los «los efectos y medidas previstas en este capítulo terminan en todo caso cuando sean sustituidos por los de la sentencia o se ponga fin al procedimiento de otro modo», y de otra, el art. 774.5. LEC dispone que «los recursos que conforme a la Ley se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieran adoptado en ésta», razones que llevan a la Sala a entender que cada resolución habrá de desplegar su eficacia desde la fecha en que se dicte, siendo solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de interposición de demanda (porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación), no así las restantes resoluciones que modifiquen su cuantía (sea al alza o a la baja), las cuales solo serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las dictadas anteriormente.

En segundo lugar, es también reiterada doctrina, desde la vieja sentencia de 18 de abril de 1913, que confirma la línea jurisprudencial de las sentencias de 30 de junio de 1885 y 26 de octubre de 1897, citadas en la de 24 abril 2015 y 29 septiembre 2016, que los alimentos no tienen efectos retroactivos, «de suerte que no puede obligarse a devolver, ni en parte, las pensiones percibidas, por supuesto consumidas en necesidades perentorias de la vida».

TERCERO.— En lo que respecta a N, que ya había cumplido los 26 años cuando se interpuso la demanda, la cuestión referente a si la extinción de su pensión surtirá efectos desde la fecha en que cumplió los 26 años o desde la fecha de la sentencia, debe resolverse en el primer sentido, pues el artículo 69.2 CDFA ordena el fin de la obligación cuando el descendiente alcance los 26 años de edad, con la única salvedad de que convencional o judicialmente se haya fijado una edad distinta, de forma que, ajeno el caso a una y otra circunstancia, la pro-longación del deber de crianza de educación expiró al cumplir el alimentista la edad de 26 años, como así resulta de la norma. sin que tal declaración perjudique la posibilidad que al particular asiste siempre de reclamar alimentos.”

*** Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 21 de noviembre de 2017. Modificación de medidas. Alteración sustancial de circunstancias. Cuantía de pensión alimenticia. Reducción de ingresos

“PRIMERO.— La sentencia dictada en el presente procedimiento de modificación de medidas estima en parte la demanda del Sr. L y reduce a 400 € mensuales —200 para cada hija—, con efectos 1 de abril de 2017, la pensión de alimentos estipulada en su favor en el Pacto de Relaciones Familiares aprobado en el divorcio —600 € en total, 300 € para cada una—, pronunciamiento frente al que se alza la demandada, que alega error en la valoración de la prueba y solicita la íntegra desestimación de la demanda, con imposición a la apelada de las costas de la primera instancia.

SEGUNDO.— El art. 775 LEC permite la modificación de las medidas judicialmente aprobadas cuando se produzca un cambio sustancial de las circunstancias concurrentes. En Aragón el art. 79.5 CDFA dispone

que las medidas aprobadas judicialmente podrán ser modificadas cuando concurren causas o circunstancias relevantes. Y en la doctrina y jurisprudencia se dice que la modificación de las medidas ya fijadas en anteriores procesos matrimoniales requiere de una alteración en las circunstancias que para que pueda ser tenida en cuenta ha de ser trascendente y no de escasa o relativa importancia, permanente o duradera y no aleatoria o coyuntural, no imputable a la propia voluntad de quien solicita la modificación ni preconstituida y no prevista por los cónyuges o el Juzgador en el momento en que las medidas fueran establecidas, incumbiendo al actor la prueba de los hechos que la sustentan.

Basada por el Sr. L su pretensión en el descenso registrado por sus ingresos, que dice no le permiten pagar la pensión asumida, alega la recurrente que la situación económica del apelado no se ha visto alterada de manera tan sustancial.

En el momento del divorcio —diciembre 2014— el Sr. L cobraba una pensión de clases pasivas de 538 € por 14 pagas, equivalentes a 1794 € mensuales, y trabajaba en “Z S.A.” con una nomina en torno a los 1000 € mensuales, que perdió en marzo de 2015 cuando fue despedido de esta empresa, sin derecho a indemnización y con único cobro de un finiquito de 1600 €. Con el divorcio se le atribuyó el uso de la vivienda familiar por periodo de un año, durante el cual tuvo que abonar unos gastos —hipoteca, comunidad, suministros y mitad del IBI y seguros— en torno a los 900 € mensuales.

De la pérdida de los 1000 € de “Z S.A.” no cabe decir que por ser consecuencia de un despido de carácter disciplinario y, por tanto, de un acto no ajeno por completo a la voluntad del solicitante de la modificación, carezca de virtualidad como factor de la alteración en las circunstancias que la condiciona, pues lo cierto es que el término voluntario debe ser interpretado restrictivamente, como sinónimo de dolo civil, esto es, dirigido al incumplimiento de la obligación alimenticia, sin que esta voluntariedad pueda asentarse en cualquier otro acto voluntario de una persona que, por una razón u otra, determine en el ámbito laboral el despido, siendo el caso en el de autos que no es ya que del mismo no se haya dado más detalle que su cita, sino que ni siquiera se afirma que con él se hubiese buscado disminuir la capacidad económica del Sr. L.

Despedido de “Z S.A.”, pasó al desempleo, en el que percibió una prestación de 661,95 € que finalizó en febrero de 2017.

No obstante, esta pérdida quedó compensada con el hecho de no tener que pagar —recibos hay únicamente hasta septiembre 2016— el alquiler de la vivienda que en marzo de 2015 había tomado en arrendamiento en Cuarte de Huerva —633,50 €, gastos de comunidad incluidos— y que dejó con la finalización de la prestación de desempleo al no poder hacer frente simultáneo a piso y pensiones, pasando entonces a vivir en casa de su madre, a la que sin prueba que lo acredite dice entregar 400 € mensuales como contribución a los suministros de la vivienda y su alimentación, aunque lo verosímil es que alguna cantidad pague.

En cuanto a la demandada, no es de apreciar variación sustancial. Continua trabajando en “H”, osci-

lando sus ingresos entre los 900 y los 1057 € (doc 7 a 12 de la contestación), cantidades no alejadas de las que percibía cuando en octubre de 2014 se firmó el Pacto de Relaciones Familiares. Por entonces vivía con sus hijas en casa de sus padres, sin gastos de vivienda. Hoy reside con su actual marido en una vivienda cuyos gastos de comunidad —100.37 €— e hipoteca —324 € mes— comparten.

Señalar también que en marzo de 2015 actor y demandada vendieron la que fue vivienda familiar, perdiendo cada uno 56.427 €.

En cuanto a las hijas, M 2005) y A 2008), sus gastos no han experimentado ninguna variación. En el momento de la firma del Pacto de Relaciones Familiares ya habían dejado el Colegio Británico y asistían a un colegio concertado de Casetas, en el que sus gastos mensuales son de 330 €, incluido el comedor escolar.

TERCERO.— De todo lo precedentemente considerado se sigue que los ingresos del Sr. L ascendían en diciembre 2014 a 2794 € mensuales —1794 € + 1000 €—, cantidad que se mantuvo hasta marzo de 2015, pasando a 2455,95 € desde esa fecha a febrero de 2017. La demanda de modificación se había interpuesto el 10-10-2016, momento en el que sus ingresos eran los referidos 2455,95 € (1794 + 661,15), que se vieron reducidos a los 1794 € de la pensión cuando finaliza la prestación de desempleo, siquiera el descenso económico producido vino a quedar compensado con el cese en el pago del alquiler —633,50 €— tras el traslado a la vivienda de su madre, que a la vista de la documental aportada hay que entender tuvo lugar en octubre de 2016.

Elementos que, acreditada la alteración en las circunstancias económicas del Sr. L y tenida en cuenta además la presumible contribución del hijo a los suministros de la casa de su madre, apuntan como más adecuada la reducción de la pensión de las hijas a un total de 480 € mes.“

*** Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 1 de diciembre de 2017. Modificación de medidas. Alteración sustancial de circunstancias. Cambio de residencia. Exploración judicial del menor de 13 años. Seguimiento por Servicios Sociales

“PRIMERO.— Se recurre por la representación de D. K, la Sentencia recaída en 1.º Instancia en el presente procedimiento de modificación de medidas Art.º 775 Ley de Enjuiciamiento Civil).

En su recurso considera el apelante; que procede desestimar la modificación de medidas solicitada por la actora, manteniéndose al demandado en la guarda y custodia de la menor, conforme a lo establecido en la Sentencia n.º 401/2015, de 12 de Mayo del Juzgado de 1.º Instancia n.º 6 de Zaragoza o, subsidiariamente, se fije un régimen de visitas forzoso de la menor para con su padre.

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 (Art.º 217 L.E.C.). Igualmente, el Art.º 79, n.º 5 del Código de Derecho Foral de Aragón, indica que las medidas aprobadas judicialmente podrán ser modificadas cuando concurren causas o circunstancias relevantes.

Igualmente, la STSJA 6/2017, de 10 de marzo tiene declarado: que de acuerdo con una consolidada doctrina de esta Sala (SS 42/2013, de 3 de octubre y 17/2013, de 13 de marzo o 10/2015, de 2 de marzo), en interpretación de lo dispuesto en los Arts. 79.5 CDFA y 775.1 LEC, para que pueda darse lugar a la modificación de las medidas definitivas acordadas en una previa sentencia matrimonial, es inexcusable la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) Que se haya producido, con posterioridad a dictarse la resolución judicial que la sancionó, un cambio en la situación fáctica que determinó la medida que se intenta modificar.

c) Que dicha modificación o alteración, sea sustancial, esto es que afecte al núcleo de la medida, y no a circunstancias meramente accesorias o periféricas. Que haga suponer que de haber existido al momento del divorcio se habrían adoptado medidas distintas.

c) Que tal cambio sea estable o duradero, con carácter de permanencia, y no meramente ocasional o coyuntural, o esporádica.

d) Que la repetida alteración sea imprevista, o imprevisible y, por ende, ajena a la voluntad de quien entabla la acción de modificación, por lo que no puede ser buscado de propósito, por quien interesa la modificación para obtener unas medidas que le resulten más beneficiosas.

Como ha sido señalado, la exigencia de la alteración sustancial de circunstancias como presupuesto de la modificación de las medidas adoptadas en un precedente proceso matrimonial, tiene por fin evitar una serie interminable de procesos de revisión de medidas ya acordadas con quiebra del principio de seguridad jurídica que se produciría de no ser así.

TERCERO.— El apelante considera, que el simple cambio de residencia del progenitor no implica una alteración de las circunstancias, debiéndose estar al criterio del interés del menor, no habiéndose valorado correctamente la prueba obrante en autos, deduciéndose de ésta (exploración judicial e informe psicológico de 13-12-2016 y documental aportada), que debe mantenerse la custodia paterna, incidiendo la Sentencia apelada, en falta de motivación al no valorarse la totalidad de la prueba practicada.

CUARTO.— Se ha practicado, en ambas instancias, exploración judicial de S de 13 años de edad, sobre esta cuestión debe indicarse que la exploración judicial es el medio por el que el menor afectado por un procedimiento, da a conocer al Juez su opinión, adquiriendo a través del principio de inmediatez su mayor importancia, pues es precisamente esa percepción o impresión captada por el Juez la que debe valorarse en su justa medida, así el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en Sentencia de 25 de marzo de 2013 indica que es el Juzgador de instancia a quien corresponde ponderar la capacidad y grado de dis-

cernimiento del menor. Igualmente, el Tribunal Constitucional (Sentencias de 25 de noviembre de 2002, 6 de junio de 2005 y 30 de enero de 2006) ha establecido que en aquellos casos en que se afecte a la esfera personal y familiar de menores y gozando éstos de juicio suficiente, procede que sean oídos por el Tribunal, con el fin de hacer efectivo el derecho a ser oídos en cualquier procedimiento judicial en que estén directamente implicados y que concluyan en una decisión que afecte a su esfera personal, familiar y social. No se trata, es obvio, que la voluntad del menor decida el litigio, pero sí que es claro que se trata de un factor que resulta relevante, valorándose junto con los demás factores concurrentes (artículo 80-2 del Código de Derecho Foral de Aragón y 76-4 y 6 del mismo texto legal, artículo 9 de la Ley Orgánica de Protección del Menor y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de Noviembre de 1989).

QUINTO.— En el presente supuesto, teniendo en cuenta la edad de la menor (13 años de edad), la situación laboral del recurrente residiendo en Londres, así como la adaptación de la menor a su actual entorno en Zaragoza, procede mantener la custodia individual materna fijada desde el auto de 30-11-2016, así como el sistema de visitas que debe dejarse a elección de la menor, teniendo en cuenta la actual residencia del apelante y sus mani-festaciones realizadas en la exploración.

No obstante, y teniendo en cuenta, lo expresado en el informe pericial (folio 182 y ss), parece razonable en beneficio de la menor, la intervención y seguimiento por parte de los Servicios Sociales del Gobierno de Aragón de la menor, y su actual entorno, para un adecuado desarrollo de la misma, debiendo informar al Juzgado al respecto."

*** Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 1 de diciembre de 2017. Modificación de medidas. Alteración sustancial del circunstancias. Guarda de menor

"PRIMERO.— Se recurre por la representación de la parte demandada (D. M), la Sentencia recaída en Primera Instancia en el presente procedimiento sobre guarda, custodia y alimentos (art. 748.4.º, 769.3 y 770 y ss. LEC).

En su apelación (art. 458 LEC), considera el recurrente; que procede acoger el plan de relaciones familiares propuesto, que supone un sistema de guarda y custodia compartida por semanas de lunes a lunes y dos visitas intersemanales junto con las medidas que en el mismo se contemplan.

SEGUNDO.— Sobre la guardia y custodia, 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 coyuntu-ral, que no sea imputable a la propia voluntad de quien solicita la modificación ni pre-constituida y que sea ante-rior y no haya sido prevista por los cónyuges o el Juzgador en el momento en que las medidas fueran establecidas. Correspondiendo la carga de la prueba a la parte que propone la revisión

de las medidas (art. 217 L.E.C.). Igualmente el artículo 79, n.º 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 pre-supuesto 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 SSTSJA 8 y 10/2011, de 13 de julio y 30 de septiembre, en recta interpretación de la normativa aplicable, entre la que destaca como específico para los procesos de ruptura de la convivencia familiar el art. 76.2 CDFA, conforme al que: "Toda decisión, resolución o medida que afecte a los hijos menores de edad se adoptará en atención al beneficio e interés de los mismos.-".

TERCERO.— La Sentencia fija un régimen de estancias con el menor de fines de semana alternos (viernes a Lunes por la mañana) y dos tardes intersemanales, una de ellos con pernocta a favor del recurrente, calificando la guarda como compartida, tal como tiene declarado el TSJA S3/2017 de 30 de Enero, dicho régimen de estancias es equiparable a una guarda y custodia compartida.

Se ha practicado en Primera Instancia informe pericial psicológico, del mismo conviene destacar; que la perito no considera conveniente introducir cambios significativos en las condiciones del niño, este se encuentra en buen estado manteniendo buena relación con sus progenitores y sus respectivos entornos. Actualmente, la relación paterno-filiar se ha ampliado, con buena adaptación y satisfacción por parte del menor. No obstante, se observa en él la necesidad de una atención más directa y personalizada por parte de su padre. Se detecta que la interacción padre-hijo podría ser mayor pero la actitud del padre no va dirigida a cubrir necesidades del niño, observándose escasa iniciativa para compartir con él el tiempo del que dispone. El Sr. R ha tenido la oportunidad de disfrutar más tiempo junto a él, si bien, no ha mostrado una actitud tan activa como sería esperable, y congruente con su solicitud.

Finalmente recomienda que el menor permanezca con su madre, siendo necesario que mantenga con su padre una relación regular y continuada tan amplia como sea posible y con una implicación más activa, en cuanto a las estancias del mismo con su padre, para cubrir sus necesidades afectivas de manera adecuada.

En el presente supuesto, ninguna duda cabe que el sistema de estancias y visitas fijado en la resolución apelada, se revela como el más adecuado en beneficio o interés del menor.

CUARTO.— En cuanto al resto de medidas, las solicitadas por el recurrente son correlativas al sistema de estancias de custodia semanal alterna propuesta propuesto, tal como se razona pormenorizadamente por el Juzgador de instancia, existiendo conformidad sobre la atribución del uso del que fuera domicilio familiar, tanto la pensión alimenticia a cargo del apelante como la contribución a los gastos extraordinarios, es adecuada a los ingresos de ambos (1673 €/mes sobre los 775 €/mes), así como a los gastos de los progenitores y los del menor escolarizado en Colegio público.”

*** Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 28 de noviembre de 2017. Pensión de alimentos. Cuantía. Asignación compensatoria. Inexistencia de desequilibrio económico justificante

“PRIMERO.— Es objeto de recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D.ª M la sentencia de 27/4/2017.

Es motivo de recurso error de valoración de prueba y de derecho en lo relativo a pensión de alimentos a hija menor que solicita en la cantidad de 365 euros al mes y a la pensión compensatoria que solicita en la cantidad de 150 euros al mes con carácter vitalicio.

SEGUNDO.— Los litigantes contrajeron matrimonio el 8/6/1991 fruto del cual fueron dos hijas nacidas el 1992 (mayor de edad, económicamente independiente y respecto de la que se renunció a la petición de alimentos inicialmente solicitada) y el 2000.

Se impugna la pensión de alimentos fijada para la hija menor, en cuantía de 300 euros al mes, solicitando se eleve a 365 euros.

Como ha venido a argumentar el Tribunal Superior de Justicia de Aragón (por todas sentencia de 17/12/2014) establece el art. 82 de la Compilación de Derecho Foral de Aragón que: 1) Tras la ruptura de la convivencia de los padres, ambos contribuirán proporcionalmente con sus recursos económicos a satisfacer los gastos de asistencia de los hijos a su cargo. 2) La contribución de los progenitores a los gastos ordinarios de asistencia a los hijos se determinará por el Juez en función de las necesidades de los hijos, de sus recursos y de los recursos económicos disponibles por los padres. 3) El Juez asignará a los padres la realización compartida o separada de los gastos ordinarios de los hijos teniendo en cuenta el régimen de custodia, y si es necesario fijará un pago periódico entre los mismos. Como se ve, el apartado primero regula la medida de la contribución de los progenitores, es decir, su deber de hacerlo de modo proporcional a los recursos con los que cuenten. El apartado segundo señala al juzgador las pautas para fijar el quantum de la contribución. La norma ordena que uno de los parámetros para esa determinación sean los recursos de que disponen los padres. Si aquellos no son equivalentes, la contribución a fijar será diferente para cada uno, atendiendo a lo prevenido en el apartado primero.

La fijada por el tribunal de instancia se considera ajustada a derecho y a las circunstancias económicas de los litigantes por cuanto la apelante dispone de ingresos por dos trabajos por importe conjunto de unos

900 euros, con los que atiende al 50% de préstamo hipotecario de vivienda de su exclusiva propiedad y cuyo uso tiene atribuido y el Sr. P unos ingresos que rondan los 1700 euros al mes (incluidas extras) con los que además de los 200 euros del 50% del préstamo hipotecario antes mencionado que debe atender por decisión judicial, debe asumir un gasto por alquiler de vivienda de 450 euros al mes. Con tales datos y no constando acreditadas especiales necesidades de la menor que estudia FP en centro gratuito además de seguir un cursillo voluntario por coste fijado en 100 euros, sin prueba de otros gastos de naturaleza médica - farmacológica que, en todo caso, deberán sufragarse al 50% como gastos extraordinarios, la cantidad de 300 euros fijada para alimentos se considera adecuada.

TERCERO.— La sentencia del Tribunal Supremo de 9/2/2017 (ROJ: STS 375/2017) recuerde que según reiterada doctrina de la Sala, que se citaba en la sentencia de 20 de julio de 2015, Rc. 1791/2014: «El artículo 97 CC exige que la separación o el divorcio produzcan un desequilibrio económico en un cónyuge, en relación con la posición del otro, para que surja el derecho a obtener la pensión compensatoria. En la determinación de si concurre o no el desequilibrio se debe tener en cuenta diversos factores, como ha puesto de relieve la STS 864/2010, de Pleno, de 19 enero. La pensión compensatoria —declara— “pretende evitar que el perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges y para ello habrá que tenerse en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge; el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso, su situación anterior al matrimonio para poder determinar si éste ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación. De este modo, las circunstancias contenidas en el artículo 97.2 CC tienen una doble función: a) Actúan como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancia; b) Una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión. A la vista de ello, el juez debe estar en disposición de decidir sobre tres cuestiones: i) Si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria; ii) Cual es la cuantía de la pensión una vez determinada su existencia; iii) Si la pensión debe ser definitiva o temporal.

En análogos términos el art. 83 de la Compilación de Derecho Foral de Aragón que a los efectos de la fijación de la cuantía y naturaleza temporal o indefinida impone la ponderación equitativa de diverso criterios tales como: recursos económicos; edad del solicitante, perspectivas económicas y posibilidades de acceso al mercado laboral; edad de los hijos; atribución del uso de la vivienda familiar; funciones familiares desempeñadas; duración de la convivencia.

En el presente supuesto existe solo una diferencia de ingresos de la que no derivar desequilibrio justificador de la concesión de pensión compensatoria por cuanto del informe de vida laboral de la actora se desprende la ausencia de desempeño de trabajo con anterioridad

a contraer matrimonio y trabajo prácticamente ininterrumpido desde abril de 1994, por lo que el matrimonio y nacimiento de hijos no le han impedido actividad laboral durante 14 los años cotizados y siendo la titular única del bien más valioso del matrimonio, que es la vivienda conyugal y que le fue donado, según parece para evitar que pudiera verse afectado por un posible mal resultado de actividad negocial del esposo, pese a lo cual consta que este asumió voluntariamente pagos derivados de la titularidad (préstamo hipotecario), de suerte que habría quedado más que compensada una posible actividad laboral a tiempo parcial en lugar de a tiempo completo por mayor dedicación a los hijos.”

*** Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 19 de diciembre de 2017. Modificación de medidas. Alteración sustancial de circunstancias. Pensión alimenticia. Reducción relevante de ingresos. Voluntariedad. Necesidades de los menores discapacitados

“PRIMERO.— Es objeto de recursos de apelación interpuestos por las representaciones procesales de la sentencia de 10/5/2017.

Son motivos del recurso interpuesto por el Sr. M error de derecho y de valoración de la prueba por cuanto: a) al tiempo de la sentencia de divorcio percibía unos 7.000 euros al mes como transportista autónomo, lo que le permitió asumir en el convenio el pago de diversas deudas, pagar 500 euros de alimentos y pagar 11.000 euros a la Sra. R; b) en la actualidad trabaja con contrato temporal a tiempo parcial con salario de 600 euros al mes, reducido en 50 euros por embargo acordado en ejecutoria 10/2014 del Penal; c) además tiene otro hijo de nueva relación, hace frente a 364 euros al mes de ejecutoria 323/2015 del Penal 7, está incurso en procedimiento de ejecución hipotecaria y ha recibido nueva denuncia por impago de pensión de alimentos; d) destacó que se vio obligado a cesar como transportista por falta de liquidez que le impedía sufragar incluso el combustible, añadiendo que en septiembre de 2014 se acordó judicialmente precinto y prohibición del uso de la furgoneta, por lo que no pudo trabajar, sin que ni siquiera sirviera el embargo para dar satisfacción al impago de pensiones, pues no se llevó a cabo la subasta. Interesó la fijación de pensión de alimentos en la cantidad de 100 euros al mes por hijo.

Son motivos del recurso interpuesto por la Sra. R error de valoración de la prueba por cuanto la situación económica del Sr. M es una pura pose de estrategia fríamente calculada para generar una apariencia que no se compadece con la realidad. Destacó: a) las necesidades de los hijos que tienen reconocidos sendos grados de incapacidad del 40% y 67%; b) indicios racionales de capacidad económica del Sr. M por sus antecedentes jurídicos derivados del grosero y temerario incumplimiento de responsabilidades económicas, por la renuncia voluntaria a un trabajo estable y económicamente privilegiado, por la evidencia lógica de disponer de recursos económicos superiores, sin que nunca instara modificación de medidas.

SEGUNDO.— Los ahora litigantes contrajeron matrimonio el 17/8/2002, fruto del cual fue el nacimiento de dos hijos en 2004 y 2007. Las crisis matrimoniales fueron resueltas por sentencia de 22/7/2008

que declaró la disolución matrimonial por divorcio y aprobó convenio regulador del que, en lo que aquí interesa, destacamos: a) la atribución a la madre de la guarda y custodia individual sobre los hijos, con patria potestad compartida y régimen de visitas entre padre e hijos; b) la fijación de pensión de alimentos a cargo del padre por importe de 250 euros al mes para cada hijo y gastos extraordinarios por mitad, c) la atribución al padre del uso de la vivienda familiar; d) la liquidación del régimen económico matrimonial y en concreto se atribuyó al esposo (entre otros) la vivienda familiar gravada con hipoteca de la que pendían 254.724 euros, una furgoneta y deudas por algo más de 38.000 euros, compensando a la esposa, por la adjudicación de la vivienda, en la cantidad de 11.000 euros de los que entregaba 3.000, comprometiéndose a pagar el resto en plazos mensuales de 500 euros.

Por el Sr. M se instó modificación de medidas con rebaja de la pensión de alimentos a la cantidad de 100 euros al mes, alegando como hechos justificadores: haber pasado de ingresar 7.000 euros al mes como autónomo a no tener trabajo; haber perdido la furgoneta con la que se dedicaba al transporte; trabajar en la actualidad con contrato temporal y a tiempo parcial, ganando 639,44 euros; haber contraído otro matrimonio fruto del cual fue un hijo, hallándose en trámites de divorcio; haberse instado ejecución hipotecaria respecto a la que fue vivienda familiar; pagar 364 euros al mes procedente de abreviado 317/2014 por impago de pensiones.

TERCERO.— 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 (Art.º. 217 LEC). Igualmente, el artículo 79 n.º 5 del Código de Derecho Foral de Aragón, indica que las medidas aprobadas judicialmente podrán ser modificadas cuando concurren causas o circunstancias relevantes.

Tales requisitos serán de aplicación al presente supuesto en que se trata de modificar la obligación de prestación de alimentos a favor de hijos.

Como ha venido a argumentar el Tribunal Superior de Justicia de Aragón (por toda sentencia de 17/12/2014) establece el art. 82 de la Compilación de Derecho Foral de Aragón que: 1) Tras la ruptura de la convivencia de los padres, ambos contribuirán proporcionalmente con sus recursos económicos a satisfacer los gastos de asistencia de los hijos a su cargo. 2) La contribución de los progenitores a los gastos ordinarios de asistencia a los hijos se determinarán por el Juez en función de las necesidades de los hijos, de sus recursos y de los recursos económicos disponibles por los padres. 3) El Juez asignará a los padres la realización compartida o separada de los gastos ordinarios de los hijos teniendo en cuenta el régimen de custo-

dia, y si es necesario fijará un pago periódico entre los mismos. Como se ve, el apartado primero regula la medida de la contribución de los progenitores, es decir, su deber de hacerlo de modo proporcional a los recursos con los que cuenten. El apartado segundo señala al juzgador las pautas para fijar el quantum de la contribución. La norma ordena que uno de los parámetros para esa determinación sean los recursos de que disponen los padres. Si aquellos no son equivalentes, la contribución a fijar será diferente para cada uno, atendiendo a lo prevenido en el apartado primero.

Conforme al art. 65 tales gastos a sufragar por los progenitores abarcarán el sustento, educación, vestido, asistencia médica.

Para que prosperara la pretensión del recurrente sería preciso que se acreditara su empobrecimiento, el enriquecimiento de la madre o la disminución de necesidades de los menores.

CUARTO.— No consta acreditada disminución de las necesidades económicas de los hijos (tienen reconocidos grados de discapacidad del 67% y 40%).

Respecto a las condiciones económicas de la Sra. R (no consta actividad laboral y percibió en 2016 subsidio exento de tributación), aunque alguna actividad retribuida debe desarrollar o ayuda percibir, pues aporta diversos recibos de pagos relacionados con los hijos, no habiéndose practicado prueba acerca de la titularidad de saldos de cuentas bancarias en que aparece como cotitular al 50% y cuyo importe ronda los 60.000 euros.

Por lo que se refiere a la capacidad económica del Sr. M la duda es si efectivamente nos encontramos ante una alteración sustancial, permanente o duradera, no buscada, o por el contrario se está dejando llevar, voluntariamente, a una situación de total crisis económica para no hacer frente al pago de la pensión de alimentos, ni de ninguna otra deuda.

Se desprende de las actuaciones: a) que desde mediados de 2013 impagó pensiones que motivaron actuaciones penales condenatorias por entender que además del hecho objetivo del impago concurría el subjetivo de la voluntariedad por afirmarse que disponía de medios económicos para atender sus obligaciones y de las que pende el pago de importantes cuantías; b) que se ha instado ejecución hipotecaria contra los hipotecantes y el avalista (hermano de la Sra. R), constando como capital pendiente de pago el de 232.255,23 euros; c) que se aporta contrato temporal a tiempo parcial de la actividad económica de fontanería e instalaciones de sistemas de calefacción y aire acondicionado, con nóminas con ingresos netos que rondan los 640 euros al mes, reducidos con un embargo de 50 euros.

No se ha acreditado en modo alguno la razón por la que en 2014 el actor decidió dejar de prestar sus servicios como transportista autónomo por los que ingresaba importantes cantidades de dinero, afirmando que ello lo fue por falta de efectivo para asumir los gastos de la actividad atendida su situación de endeudamiento, pero está acreditado que, por el embargo, precinto y prohibición de uso del vehículo destinado a tal actividad, aunque su decisión inicial fuera voluntaria para ocultar ingresos, a la postre no habrá podido desarrollar la actividad.

No parece muy lógico que de disponer el Sr. M de medios económicos bastantes asumiera el grave riesgo de la reiteración de condenas penales por impago de pensiones y la pérdida de una vivienda por la que ha abonado importantes cantidades de dinero para amortizar el préstamo hipotecario que la gravaba, lo que, unido a la ausencia de prueba alguno acerca de disponer de mayores ingresos ocultos o indicios de riqueza, hace compartir la decisión del Tribunal de Instancia acerca del empeoramiento de su situación económica.

Pero tampoco puede primar su pretensión de una rebaja de pensión, en los límites de los mínimos vitales, cuando nos encontramos ante persona con capacidad de trabajar, con una vida laboral acreditativa de sus aptitudes para proporcionarse medios de vida para él y para sus hijos, debiendo de destacar que en el presente supuesto nos encontramos ante hijos que por sus circunstancias de salud son especialmente vulnerables y deben ser objeto de protección y atención en todos los órdenes por sus progenitores, que deberán procurarse los medios económicos precisos a tales efectos."

*** Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 19 de diciembre de 2017. Pensión alimenticia. Cuantía. Custodia compartida

"PRIMERO.— Se recurre por la representación de la parte actora, D.º V, la Sentencia recaída en 1.º Instancia en el presente procedimiento sobre guarda, custodia y alimentos (Arts. 748.4.º, 769.3 y 770 y ss. Ley de Enjuiciamiento Civil), en el único apartado relativo a la pensión de alimentos, considerándose infringidos los Arts. 82.2 del Código de Derecho Foral de Aragón y el 146 del Código Civil, debiéndose elevar a 300 €/mensuales.

SEGUNDO.— La Sentencia recurrida fija la pensión de alimentos a favor de la menor, , en 210 €/mensuales y el Ministerio Fiscal (folio 145), considera adecuada la cantidad indicada.

La Sentencia establece la guarda y custodia compartida con un sistema de estancias que ratifica el acordado, en su momento, en el auto de 23-01-2017 en el que ambas partes han mostrado su conformidad. Igualmente, se muestran de acuerdo con la contribución al 50% de los gastos extraordinarios y que el recurrido asuma el coste de la adquisición de los libros del colegio.

La menor asiste a un centro público, la recurrente percibe sobre los 1.300 €/mes, según la declaración del I.R.P.F. del ejercicio 2016.

Se han aportado nóminas del recurrido en esta instancia, de 1.500 €/mensuales, de los primeros meses del año 2017.

Por lo expuesto, se considera razonable la pensión fijada en la Sentencia apelada conforme a los parámetros establecidos en el Art.º. 82.1, 2 y 3 del C.D.F.A., desestimándose el recurso."

*** Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 22 de diciembre de 2017. Modificación de medidas. Custodia compartida. Extinción de pensión compensatoria. Suspensión de su exigibilidad

"PRIMERO.— La Sentencia recaída en el presente procedimiento sobre modificación de medidas es recu-

rrida por el actor, que reproduce los pedimentos de su demanda y solicita se acuerde:

La modificación del régimen de custodia individual a compartida, con estancia de los hijos por semanas alternas con cada uno de sus progenitores.

La extinción de la pensión compensatoria señalada en el divorcio, por la variación sustancial de sus circunstancias económicas, en ese momento en el desempleo.

La extinción de la pensión de alimentos por la modificación del régimen de custodia individual a compartida, debiendo hacerse cargo cada uno de los progenitores de los gastos ordinarios que genere los menores durante la semana que permanezcan con cada uno.

La supresión del uso y disfrute de la vivienda por la demandada, consecuencia del cambio de régimen de custodia individual a la compartida, que deberá tener lugar tras el transcurso de un año, plazo otorgado a la Sra. S para encontrar vivienda, momento en el que se podrá a la venta dentro de los dos meses al abandono de la vivienda, previa valoración por la empresa tasadora, pudiendo dentro de esos dos meses la demandada co-municar de forma fehaciente al Sr. L su deseo de adquirir parte de su vivienda por el precio tasado, debiendo formalizarse la compraventa en el mes siguientes.

SEGUNDO.— El art 775 LEC permite la modificación de las medidas aprobadas en sentencia firme cuando se produzca un cambio sustancial de las circunstancias concurrentes. En similares términos el art 79.5 LEC dice que las medidas judicialmente aprobadas podrán ser modificadas cuando concurran causas o circunstancias relevantes, de modo que los interesados en la modificación del régimen de custodia deben alegar y acreditar esa alteración en las circunstancias que en su momento fueron valoradas.

Debe, pues, resolverse de entrada si a la vista del cambio de las circunstancias concurrentes, resulta necesario modificar el régimen de custodia en los términos interesados por el actor.

La apelada niega que las circunstancias hayan variado por el simple paso del tiempo, pero debe estimarse lo contrario cuando los hijos, de 5 años A y 1 año y 8 meses A cuando se firma el Pacto de Relaciones Familiares aprobado por la sentencia de divorcio, tenían 10 y 6 años cuando se interpone la demanda que inició el procedimiento, crecimiento vital que, como dijo la STSJA 7-9-16, citada en la de 30-1-17, "afecta al desarrollo de su personalidad, a sus hábitos y costumbres, así como a sus posibilidades de relación social, todo lo cual implica un cambio cualitativo a considerar, a los efectos de aplicación de los preceptos citados. por lo que puede plantearse legítimamente un cambio del régimen de custodia, considerando siempre el superior interés de la menor".

Todo lo cual implica un cambio que no puede ser ignorado a los efectos de la aplicación de los arts 775 LEC y 79.5 CDFA, por lo que puede legítimamente plantearse un cambio del régimen de custodia, considerando siempre el superior interés de los menores.

TERCERO.— La custodia es una medida que debe implantarse siempre en beneficio de los menores, adoptándose en Aragón con carácter general la compartida, como régimen preferente y predeterminado por el legislador, que cederá a favor de la individual

cuando la prueba practicada acredite que es lo más conveniente para el menor y se motive adecuadamente la decisión atendiendo a los factores del art 80.2 CDFA (por todas SSTSJA 5-7-12 y 11-3-13).

Se trata en el caso de dos hijos, A 2007) y A 2003), que según acuerdo aprobado en la sentencia de divorcio (30-4-12) quedaron bajo la guarda y custodia de la madre, con un régimen de visitas a favor del padre.

La Psicóloga del Juzgado, en la evaluación realizada a los progenitores no aprecia en ninguno de ellos elementos que indiquen déficits en sus recursos personales que pudieran limitar el ejercicio de sus funciones parentales; pero además de observar un desigual reparto de responsabilidades en la crianza y educación de los menores por parte de sus progenitores que ha dado lugar a que la madre se haya convertido en el principal referente para ellos y el entorno materno el de referencia en la organización de sus rutinas, dice que el hecho de que los contactos paterno filiales no se produzcan siempre en el domicilio materno —por alguna razón que no se precisa ello sucede así— dificulta a los menores integrarse en este espacio, haciéndolo suyo. Concluyendo que en estas condiciones la dinámica de las relaciones familiares no es la más adecuada para introducir un reparto equitativo de responsabilidades; que la alternativa que puede proporcionar mayor estabilidad a las menores y permite cubrir sus necesidades resulta del mantenimiento del sistema de organización que se viene realizando; y que, no apreciándose dificultades en su relación afectiva con su padre y que en la actualidad este manifiesta su deseo de implicarse en todos los ámbitos en la vida de sus hijos, considera necesaria una mayor presencia en la vida de estos —organización y seguimiento escolar o actividades extraescolares—, así como posibilitar que las interacciones se produzcan en el entorno paterno y este forme parte de las rutinas de los menores.

Se recomienda, en suma, que los menores se relacionen con su padre en fines de semana alternos, de viernes a la salida del colegio al lunes a la entrada en el mismo, los miércoles desde la salida del colegio hasta la entrada al día siguiente, y mitad de las vacaciones escolares.

La custodia individual a favor de la madre es, por tanto, el sistema que se revela más adecuado para preservar el superior interés de los menores, designio al que debe ajustarse toda decisión, resolución o medida que les afecte (art 76.2 CDFA).

CUARTO.— La extinción de la pensión de alimentos se pidió vinculada a la modificación del régimen de custodia, por lo que, no habiendo mediado cambio alguno, la sentencia de instancia debe ser en este punto confirmada.

Lo que es asimismo de aplicar en el caso de la solicitada supresión del uso y disfrute de la vivienda familiar, prevista como consecuencia del cambio de régimen de custodia individual a la compartida, no producido, razón por la que, salvo alteración en las circunstancias, deberá estarse al pacto aprobado en el divorcio —atribución del uso a madre e hijos hasta que el menor obtenga independencia económica y, en su defecto hasta que tenga 26 años—.

QUINTO.— La asignación compensatoria, al contrario que la pensión de alimentos, no aparece vinculada a un cambio de custodia.

El aquí recurrente, ingeniero con una amplia trayectoria laboral, cayó en el desempleo con percibo de una prestación de 1133,40 €, cantidad evidentemente insuficiente para la cobertura de las cargas que debía atender —una asignación de 414,56 € mensuales y una pensión por alimentos de 829,12 €, 1243,68 € en total—, además de sus necesidades más básicas. Situación en la que, tratándose para el Sr. L de una alteración en las circunstancias que a la vista de su hoja histórica laboral solo puede tenerse como transitoria, más adecuada que la extinción de la asignación parece la suspensión de su exigibilidad.

Ni el Código Civil ni el CDCA contemplan la suspensión temporal del abono de la pensión, aunque tampoco la prohíben, reconociendo la doctrina su admisibilidad en aquellos casos en que con posterioridad al señalamiento de la pensión sobreviene una modificación sustancial en las circunstancias que cabe prever como pasajera o transitoria, como sucede en el caso, en el que con posterioridad a la deliberación y votación del recurso incluso parece que el Sr L consiguió un empleo. De modo que, transitoria esa situación y subsistente en la apelada el desequilibrio al que en la sentencia de divorcio se proveyó, solo debe suspenderse la exigibilidad de la pensión en tanto subsistan las anteriores dificultades económicas, con renacimiento de la misma cuando cese la situación contemplada y sus dificultades.

Lo que la aquí apelada podrá solicitar en ejecución de sentencia.”

*** Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 28 de diciembre de 2017. Gastos extraordinarios. Concepto. Entorno económico, educativo y social

“PRIMER.— Es objeto de recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. O y de la impugnación de la resolución formulada por la representación procesal de D.ª M el auto de 8 de mayo de 2017.

Son motivos del recurso interpuesto por el Sr. R error de derecho y valoración de prueba: a) en lo relativo al viaje del hijo a Johannesburgo, que no fue de placer, sino para aprender inglés, acorde al viaje del otro hijo a EEUU; b) en relación al viaje a EEUU, además de pagarlo, hizo efectivo el importe mensual de la pensión de alimentos, no acreditado la Sra. G el pago de su parte con su dinero; c) en relación a los gastos de vehículo se efectúa un pronunciamiento que no resuelve la controversia, destacando que comenzó a pagarse por mitad por ambos progenitores, configurándolo como extraordinario necesario; d) en relación a los gastos de ortodoncia que vayan a nombre del Sr. R no significa que no se haya producido el gasto, además de aportar un recibo de abono de 2.470 euros y orden de transferencia; e) en relación al tratamiento dermatológico las consultas debe asumirlas quien tiene la custodia y lo mismo respecto a los fármacos; f) en relación a los gastos extraordinarios reclamados por la Sra. G deben incluirse en la pensión los gastos de viajes a Roma, Palma, Zaragoza, gastos de matrícula en Escuela Oficial y matrícula universitaria, así como dermatológicos, no se ha acreditado la necesidad de fisioterapia, se opone la actividad de fútbol 7 por no

consentida y se muestra conforme con el carácter extraordinario de gastos de óptica .

Son motivos de impugnación de sentencia formulado por la Sra. G, error de derecho y valoración de prueba: a) en lo relativo a viajes escolares dentro del programa académico de segundo de bachillerato y el fin de curso, realizados a Zaragoza, Roma y Palma de Mallorca están acreditados y han sido consentidos por el padre; b) en lo relativo a Tasas en la Escuela Oficial de Idiomas de Teruel en concepto de matrícula para homologar el nivel de inglés adquirido en EEUU; c) en lo relativo a las matrículas universitarias de Odontología y Gastronomía, consensuados por ambas partes y los cuales exceden muy mucho del concepto gasto ordinario; d) Que el gasto de carnet de conducir no es necesario y para que fuera abonado sería preciso el consenso entre los litigantes .

SEGUNDO.— Los litigantes contrajeron matrimonio el 3/7/1993, fruto del cual fue el nacimiento de dos hijos, O (nacido el 1995) y L (nacido el 1997). La crisis matrimonial entre los ahora litigantes fue resuelta por sentencia de 20/6/2005 que aprobó convenio regulador que, en lo que aquí nos interesa : a) atribuyó a la madre la guarda y custodia de los hijos menores, con autoridad familiar compartida y régimen de visitas a favor del padre; b) atribución a la madre del domicilio familiar sito en Zaragoza; c) pensión de alimentos a cargo del padre en la cantidad de 2.400 euros al mes actualizables, así como el 50% de gastos extraordinarios necesarios para la salud de los hijos que no estén cubiertos por la Seguridad Social, o los acordados por ambos progenitores como convenientes; d) pensión compensatoria a favor de la Sra. G por importe de 500 euros al mes durante dos años .

En fecha 26/6/2006 se modificó la anterior sentencia, con ocasión de trasladarse la Sra. G a Valencia con sus hijos, siendo aprobado convenio regulador por el que: a) dejaba de existir como tal el domicilio familiar; b) en concepto de pensión para los hijos que van a asistir a Valencia a un Colegio de similar al que estudian actualmente en Zaragoza, se fijó la cantidad de 2.496 euros al mes actualizables; c) los gastos extraordinarios relativos a los hijos tales como sanitarios que no entren en la Seguridad Social, serán sufragados por ambas partes y el resto de los gastos extraordinarios serán abonados por ambas partes siempre y cuando sean de mutuo acuerdo, siendo tales gastos siempre independientes de la pensión de alimentos.

TERCERO.— Instó el Sr. R demanda ejecutiva en solicitud de declaración de determinados gastos como extraordinarios, a lo que la Sra. G se opuso, al tiempo que reclamó a su vez otros gastos a los que atribuía tal carácter.

La acción ejercitada tiene su encaje en el art. 776.4 LEC.

Aparte de lo convenido y sobre el concepto genérico de que sea gasto extraordinario ya dijimos en nuestro auto de 27/9/2011 (Roj: AAP Z 1984/2011) que tiene declarado esta Sala (autos 8-03-05, 5-12-06 y 24-07-08), que los gastos extraordinarios son aquellos que no están comprendidos en el artículo 142 del Código 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 su caso fijada como pensión alimenticia puede difuminar claramente los límites entre lo ordinario y lo extraordinario.

CUARTO.— A la hora de imputarse un gasto como necesario deberá tenerse en cuenta como dijimos en nuestro Auto de 14 de junio de 2011, el entorno económico, educativo y social en que se desenvuelven los hijos del matrimonio, de suerte que las actividades educativas aconsejables o conveniente (por ejemplo aprendizaje de idiomas en academias), no obstante la simple negativa de uno de los progenitores si dispone de medios económicos para su desempeño, no basta para que recaiga en el otro la totalidad del gasto si éste redundante claramente en beneficio del menor, otra interpretación iría en perjuicio de la formación integral de los menores (artículo 39,3 de la Constitución Española). Por ello y por su naturaleza académica se califican como extraordinarios necesarios los gastos de clases de inglés.

Pero en el supuesto litigioso lo que se debe discernir es si el viaje que se afirma realizó el hijo a Johannesburgo, con un amigo, a casa de su tía tuvo carácter formativo o meramente lúdico. El viaje se produjo entre 18 de julio y 4 de agosto. No existe constancia alguna de haberse realizado actividades formativas, por lo que, con la prueba obrante en autos, cabe calificar el viaje como de simple turismo, no teniendo la consideración de gasto extraordinario necesario, por lo que, faltando acuerdo, deberá ser asumido por el progenitor que haya decidido tal gasto (art. 82.4 CDF).
Respecto al viaje a EEUU, no se niega la consideración de extraordinario, pero resulta irrelevante, por cuanto se ha acreditado que la Sra. G pagó el 50% del mismo, sin que la asunción de un gasto extraordinario excluya la obligación del padre de pagar la pensión de alimentos.

En lo que se refiere a otros gastos en concepto de viajes lúdico educativos y matrículas diversas en Escuela de Idiomas y Escuelas Universitarias, debemos tener en cuenta el alto importe de la pensión de alimentos en la que se tuvo en cuenta el hecho de estudiar los hijos en un Colegio de que en Zaragoza es privado, por lo que deberá entenderse incluido en el concepto de gastos ordinarios, siendo acto propio de la Sra. G en este sentido haber solicitado el incremento del importe de la pensión de alimentos precisamente por estimar que los gastos educativos exceden de los existentes al tiempo de la fijación de la pensión.

Es un contrasentido negar la consideración de gasto extraordinario relacionado con la formación integral el preciso para sacarse un carnet de conducir, que beneficia al hijo en sus desplazamientos entre el domicilio de la madre y la universidad, con un vehículo de alquiler cuyo coste, según manifestó documentalmente el hijo se habían comprometido los padres a pagar al 50%, y que como acto propio ha venido satisfaciendo la madre, por lo que deberá atribuírsele tal consideración de gasto extraordinario, siendo cuestión distinta la existencia de irregularidades fiscales del padre si se desgrava como gasto de actividad el que evidentemente no lo es. Pero no cabrá estimar can-

tididad concreta como pagada en exceso por el actor pues simplemente constan facturas a su nombre, una fotocopia de libreta bancaria de titular desconocido y cuya mayor parte de apuntes se ignora a que corresponden, una afirmación de haber pagado la Sra. G 400 euros sin manifestación de cuando, ni a quien y así-mismo aportó la Sra. G justificantes de ingresos en la cuenta del hijo con concreta referencia a este concepto que prácticamente representaría el 50% del coste reclamado.

QUINTO.— En nuestro auto de 12/12/2011 (Roj: AAP Z 2404/2011) ya calificamos los gastos de dentista, como gastos que redundan en la salud del menor, gastos no superfluos, arbitrarios o caprichosos, sino gastos necesarios que no requieren el consenso del otro progenitor, habiéndose acreditado su devengo. En análogo sentido nuestro auto de 30/1/2008 (Roj: AAP Z 195/2008). Y en nuestro auto de 7/2/2012 (Roj: AAP Z 482/2012) admitimos como gasto extraordinario el de ortodoncia .

En el supuesto litigioso se pretende acreditar la necesidad y realización del gasto con un documento completamente ilegible y otro parcialmente redactado en idioma extranjero. No se ha aportado informe facultativo acreditativo de la naturaleza de la actuación y necesidad de la misma.

En relación a consulta dermatológica se ignora si los hijos son beneficiarios de la Seguridad Social o de alguna Mutua Privada, la razón del concreto acto médico (solo se habla de acné) y si existía o no cobertura del mismo, siendo absolutamente ilegible el documento que pretende amparar el gasto farmacéutico. El mismo argumento de no acreditación de falta de cobertura sirve para rechazar la naturaleza de gastos extraordinario de las consultas y medicación dermatológica interesada por la Sra. G.

La actividad de fútbol del hijo L, que cuenta con 20 años de edad, tiene naturaleza puramente lúdica, debiendo asumirla el progenitor que admita el gasto a falta de acuerdo entre ambos progenitores. De tratarse de deportista federado, las lesiones en el ejercicio del deporte están amparadas a través de los Convenios entre Centros Médicos y la Mutua de la correspondiente Federación Deportiva, lo que determina la exclusión como extraordinario del gasto de fisioterapia que se ignora a que responde."

65. TUTELA. ADOPCIÓN. JUNTA DE PARIENTES

*** Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 21 de febrero de 2017. Necesidad de asentimiento de padre biológico para adopción de menor. Interés del adoptando. Incumplimiento de los deberes inherentes a la autoridad familiar. Causas de privación

"PRIMERO.— Es objeto de recurso interpuesto por la representación procesal de D. R, el auto de 4/7/2016 que desestimó la adopción de M, nacida en Zaragoza el , por R.

Son motivos de recurso: error en la valoración de la prueba por cuanto no se ha tenido en cuenta el beneficio de la menor, no siendo necesario el asentimiento de su progenitor biológico que no se ha relacionada con su hija durante más de seis años, ni la ha atendido económicamente, estando conforme la menor con ser adoptada por quien ha ejercido como padre; aplica-

ción rígida y taxativa de la norma, contraviniendo el interés de la menor; que al tiempo de instarse el procedimiento se contaba con el asentimiento expreso del padre biológico, resultando sorprendente su cambio de proceder; que el padre biológico no instó la necesidad de reconocimiento de asentimiento regulada en el art. 781 LEC.

El Ministerio Fiscal interesó asimismo la revocación de la resolución recurrida y que se constituyera la adopción interesada.

SEGUNDO. — La menor M, a que se refiere la adopción, nació en Zaragoza el 2002, es hija biológica de D.º M y P. Sus padres se divorciaron en virtud de sentencia de 9/2/2007 que aprobó convenio regulador que establecía un régimen de custodia compartida, estableciéndose un sistema de distribución de gastos sin fijación de concreta pensión mensual. Dichas medidas fueron modificadas por sentencia de 30/3/2012 que estableció el sistema de custodia individual por la madre, régimen de visitas y obligación de pagar el padre una pensión de alimentos de 300 euros al mes, más determinados gastos.

Tras convivencia estable y continuada, R contrajo matrimonio el 11/7/2009 con D.º M, siendo fruto del matrimonio la hija D.

Con amparo en el art. 176 del CC., R interesó la adopción de M, hija de su cónyuge, alegando que desde 2008 viene ejerciendo de hecho como padre, por cuanto el biológico no ha ejercido su rol de padre, ni en cuanto a derechos, ni en cuanto a obligaciones, no manteniendo ningún tipo de comunicación ni visitas con la menor desde 2011, ni abonado ni una sola mensualidad de alimentos, siendo la madre de la menor y el Sr. M quienes han asumido la totalidad de gastos ordinarios y extraordinarios de la menor, aportando nóminas acreditativas de su actividad laboral e ingresos que percibe.

Prestaron su consentimiento a la adopción, a presencia judicial:

— D. R.

— D.º M, madre de la menor, que manifestó que desde el inicio la convivencia lo fue con la menor y que desde 2008 está ejerciendo como padre, pues del biológico no sabe nada hace seis años, nunca ha pagado la pensión, no ve a su hija desde hace 5 o 6 años y tampoco la ha llamado telefónicamente; que quiere que su hija lleve como primer apellido el del adoptante () y como segundo el de su madre (), es decir como su hermana.

— La menor M que manifestó que Rubén le trata muy bien y le considera su padre, que al biológico no lo ve hace seis años y que sus abuelos y tíos paternos los ve poco pero los ve y que quería llevar los mismos apellidos que su hermana.

Fueron examinados como testigos:

— I, que manifestó que era cuñado de R desde 2012, pero que tenía relación de amistad con el mismo desde hace 14 años; que sabe desde el primer momento de la relación entre R y M y su convivencia con la menor desde 2008, que desde siempre le ha llamado papa y tío al testigo; que sabe de la existencia de un padre biológico; que considera útil y beneficiosa para la menor la adopción interesada.

— H, que manifestó que es padre del adoptante; que conoce a M desde que empezaron la relación en

2008 y desde ese primer momento convivieron con la menor M; que sabe de la existencia de un padre biológico; que M trata a R como padre y a la familia extensa de este como a su propia familia llamando al testigo abuelo; que considera útil y beneficiosa para la menor la adopción interesada.

— M que manifestó que tiene relación con M desde hace 10 años, por lo que sabe de la convivencia y posterior matrimonio con el Sr. M, conviviendo desde el primer momento y teniendo relación de padre/hija; que sabe de la existencia de un padre biológico; que considera útil y beneficiosa para la menor la adopción interesada.

Compareció el progenitor biológico de la menor D. P, que manifestó no prestar su asentimiento a la adopción por que es su hija; que desde hace un año y medio no ha estado con ella, la última vez fue una tarde; que anteriormente la veía en muy pocas ocasiones dado su trabajo en una taberna por la noche; que ha pasado años muy malos, de despido en la empresa, montar un negocio y no salir bien de éste. Lo ha pasado mal económica y psicológicamente. En los años que estuvo trabajando en la taberna no vio a su hija, seguramente un par de años. Cuando él se encuentra un poco mejor, intentó ver a su hija y la madre lo puso muchas trabas, que esas dificultades las han tenido los abuelos paternos. Que quisiera recuperar la relación con su hija y antes de saber de la existencia de este procedimiento (del que se enteró a través de su padre) ha interpuesto unas medidas.

El Ministerio Fiscal informó que aún constando la oposición del padre biológico no es menos cierto que no sería necesario su asentimiento dado que la menor, próxima a cumplir los 14 años, ha reconocido que no tiene relación con el padre desde hace más de seis años, quien no ha realizado acción alguna en defensa de su derecho a relacionarse con la menor ni se ha preocupado de la misma en ningún momento, salvo al tener conocimiento del presente procedimiento en el que ha presentado demanda de modificación de medidas, evidentemente con una actitud poco beneficiosa para el interés de la menor y pensando exclusivamente en sí mismo, ya que durante esos 6 años no ha hecho nada para mantener el contacto con la niña y preocuparse por la misma ni emocional ni económicamente, por lo que la interposición del correspondiente procedimiento lo es en su propio interés y no de la menor. El propio padre reconoce llevar más de dos años sin relacionarse con la menor, plazo que la niña reconoce abiertamente ser muy superior y no ha interesado la necesidad de reconocimiento de asentimiento conforme al art. 781 LEC, limitándose a manifestar que había interpuesto un procedimiento de modificación de medidas, posterior a la presentación de la solicitud por el actor del presente, es decir una vez conocido este.

El auto recurrido desestima la adopción por cuanto "... la propuesta cuenta con la oposición de D. P, padre biológico de la menor, no privado de la autoridad familiar sobre la misma ni incurso en causa legal para tal privación, lo que solo puede apreciarse en procedimiento judicial contradictorio (art. 177.2.2.º)..."

Al tiempo del recurso aportó el recurrente:

— Transcripción de mensajes telefónicos entre M y P en el que al primera le informa, el 6 de mayo, que

el 20 de junio a las 12,30 tiene cita en el juzgado, pues han admitido todo a trámite, anunciándole que también le llegaría citación y que ella también estará, contestando Pedro con un OK.

— Copia de la demanda de 8/6/2016 de petición de modificación de medidas presentada por P en la que, con justificación en motivos económicos (despido y ruina de negocio), laborales (paro y negocio en fines de semana), de salud (depresión con contacto con sustancias psicotrópicas de la que poco a poco está saliendo), reconoce haber dejado de tener relación con su hija y haber dejado de abonar la pensión. Asimismo manifestó haber tenido otro hijo con el que dejó de tener relación, pero que, una vez estabilizado la ha retomado abonando pensión de 220 euros, sin que haya podido normalizar las relaciones con su hija M por causa que atribuye a la madre. Interés régimen de vistas y fijación de pensión en 150 euros.

Tales documentos se admitieron por auto de 27/10/2016.

TERCERO.— Con palabras del auto de 4/11/2009 de la A. Prov. de Soria (Roj: AAP SO 196/2009) Ponente Sr. Carnicero, con actual destino en la sección cuarta de esta A. Prov. de Zaragoza, el objeto del presente recurso es dilucidar si debe prevalecer la negativa del padre biológico del menor a prestar el asentimiento a la adopción, o si debe prevalecer, en interés del menor, privarle de su línea biológica paterna.

Existe jurisprudencia contradictoria sobre la presente materia, e incluso opiniones doctrinales divergentes, fundamentalmente en torno al alcance del asentimiento. El artículo 177 del Código Civil, entre los requisitos subjetivos de la adopción, establece en unos casos el consentimiento de determinadas personas, en otros el simple asentimiento 177.2 y en otros la simple necesidad de audiencia 177.3. En relación con esa materia, no hay, como decimos, unanimidad en las resoluciones dictadas por diversas Audiencias Provinciales, puesto que algunas de ellas (Sentencia de 15 de abril de 1993 de la Audiencia Provincial de Teruel y la de Vizcaya en Sentencia de 14 de septiembre de 1995) han entendido que la disconformidad de los progenitores respecto a la adopción de sus hijos supone un veto vinculante para el órgano jurisdiccional que debe resolver, mientras que otras (por ejemplo, la de Barcelona en auto de 20 de marzo de 1991 y la de Almería en sentencia de 21 de mayo de 1992) han considerado que el asentimiento no es una “*condictio iuris*” y que debe, por lo tanto, adoptarse la decisión que más favorezca al menor, con independencia de la voluntad de sus padres biológicos. La posición que estima que el asentimiento es necesario se basa en considerar que la distinción entre el valor jurídico del consentimiento y el asentimiento no puede ser la vinculación del Juez al primero y no al segundo, porque entonces no se advierte diferencia entre el asentimiento y la simple audiencia. Por lo tanto considera que la distinción entre la simple audiencia y el asentimiento ha de residir en la eficacia del asentimiento para posibilitar la adopción, ya que la diferencia entre asentimiento y consentimiento se basa en que consienten solamente quienes forman parte de la relación paterno-filial que se constituye (adoptante y adoptado), mientras que asienten los terceros interesados en dicha relación, como el progenitor biológico que verá extinguida su

propia relación paterno-filial por mor de la adopción; por tanto, hay más semejanza entre consentimiento y asentimiento que entre éste y la simple audiencia, y no se entendería que denegado el asentimiento el Juez pudiera, en el expediente de jurisdicción voluntaria, decidir en contra de la voluntad de un progenitor no incurso en causa de privación de la patria potestad.

Finalmente, hay una posición intermedia, que ha sugerido que de faltar asentimiento el Juez tendría que analizar más exhaustivamente si el interés del adoptando se satisface realmente con la adopción, no obstante partir también, por supuesto, de la valoración de dicho interés como criterio determinante de la decisión. La falta de asentimiento introduciría solamente un «plus» en contra de la adopción en el expediente de jurisdicción voluntaria, pero no la impediría, y esta postura se acerca a la postura defendida por esta Sala de que la negativa a prestar el asentimiento a la adopción del hijo biológico no supone un obstáculo para que el órgano jurisdiccional pueda entrar en el examen de cuál es el interés superior del menor adoptando y, por ende, dilucidar cuál es la resolución más adecuada en el supuesto que se analiza. Esta postura encuentra su apoyo en la doctrina del Tribunal Supremo contenida en la Sentencia de 20 de abril de 1987.

Efectivamente, la sentencia del Tribunal Supremo de 20-4-1987 en supuesto en que se aplicó anterior normativa, argumentó “... es obligado dejar establecido, como principio rector de esta clase de procesos, la necesidad de que prioritariamente prevalezcan los intereses del menor como más dignos de protección, evitando que las distintas y enfrentadas argumentaciones jurídicas pueda postergar, oscurecer o perjudicar las puras situaciones humanas y afectivas que deben informar las relaciones paterno-filiales; de ahí que se tengan que examinar minuciosamente las circunstancias específicas de cada caso concreto para poder llegar a una solución estable, justa y equitativa, especialmente para el menor, cuyos intereses deben primar frente a los demás que pueden entrar en juego, procurando la concordancia e interpretación de las normas jurídicas en la línea de favorecer al menor; principio consagrado en el art. 39 de la Constitución Española y en la filosofía de las últimas reformas del Código Civil. Así pues, entendida la adopción como un negocio jurídico familiar de carácter formal, debe distinguirse entre el consentimiento para el mismo ...que deben prestar el adoptante y el adoptado, que tiene la consideración de requisito esencial del negocio adoptacional, y cuya ausencia produciría la inexistencia del mismo por aplicación del art. 1.261 del C. Civil, y el asentimiento que deben de prestar determinadas personas, entre las cuales figuran el padre y la madre del adoptando menor de edad sujeto a la patria potestad, que tiene la naturaleza de una “*condictio iuris*”, cuya ausencia puede producir una “ineficacia condicionada” del negocio adoptivo, en cuanto el legislador deja al arbitrio del juez la posibilidad de decretar o no dicha ineficacia...”

Estima esta Sala más ajustado a los intereses prioritarios del menor atender a las circunstancias del progenitor que niega el asentimiento, para resolver si pudiéramos hallarnos ante supuesto de asentimiento innecesario.

CUARTO.— La sentencia del Tribunal Supremo de 6/2/2012 (Roj: STS 543/2012) dictada en un supuesto de ejercicio de acción regulada en el art. 791 de la LEC para obtener el progenitor el reconocimiento de la necesidad de su asentimiento en supuesto de menor desamparada argumentó:

Resulta difícil establecer reglas concretas sobre los temas que presenta el art. 177.1 CC, en relación con el art. 170 CC, es decir, cómo y cuándo debe concurrir una causa de privación de la patria potestad que hará innecesario que el progenitor incurso en ella, preste su asentimiento para la adopción. De entrada, debe recordarse el art. 9.2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 28 noviembre 1989, que establece que en todo procedimiento relacionado con la separación del menor de sus padres, "se ofrecerá a todas las partes interesadas la posibilidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones"...

En consecuencia, la interpretación que debe darse a la expresión del art. 177, 2, 2.º CC pasa por dar contenido a la frase "incurso en causa legal para tal privación".

Esta Sala ha dicho que la cláusula general sobre el significado del incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad exige una amplia facultad discrecional del juez para su apreciación, de manera que esta disposición ha de ser interpretada de acuerdo con las circunstancias del caso, "[...]sin que pueda prevalecer una consideración objetiva exclusivamente de su supuesto de hecho" (STS 523/200, de 24 mayo). Se ha señalado que constituye causa legal para la privación de la patria potestad la omisión de los deberes contenidos en el art. 154 CC, de modo que la STS 998/2004, de 11 octubre confirmaba una sentencia de privación porque el padre solo había pagado algunas mensualidades de pensión y ello porque la madre las había reclamado, o cuando el padre entregó su hija a la administración por no poder atenderla (STS 384/2005, de 23 mayo). O bien, cuando el padre había cometido un delito de parricidio contra la madre (STS 10/1993, de 20 enero y 415/2004, de 24 abril)...

Finalmente, hay que señalar que es indiferente que la causa del incumplimiento sea subjetiva u objetiva, aunque las circunstancias de cada caso deberán llevar a las correctas conclusiones en aplicación de la regla de la protección del interés del menor...

Por todo ello y de acuerdo con la doctrina de la STS 565/2009, de 31 de julio, procede concluir que el progenitor estaba incurso en causa de privación de la patria potestad y por tanto no se requiere su asentimiento a la adopción proyectada.

En la sentencia de 11/11/2016 de esta Sección Segunda de la A. Prov. de Zaragoza (Roj: SAP Z 1854/2016), dictada en análogo supuesto de ejercicio de acción regulada en el art. 791 de la LEC para obtener el progenitor el reconocimiento de la necesidad de su asentimiento en supuesto de menor desamparada, argumentamos que el artículo 177.2 del Código Civil solo exige para dispensar la necesidad de asentimiento del progenitor en la adopción, que se halle incurso en causa legal de privación de la patria potestad (autoridad familiar). Y que el incumplimiento grave y reiterado de los (p)aternofiliales, deberes que

aparecen relacionados en los artículos 64 y 65 del Código de Derecho Foral de Aragón, determinan la corrección de la resolución adoptada, para la que no se precisa, conforme a lo ya expuesto, la previa existencia de resolución firme que acuerde la privación de la patria potestad. En análogo sentido sentencia de esta sección de 15/10/2014 (Roj: SAP Z 1861/2014).

QUINTO.— Efectivamente el artículo 781 regula el procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción del que destacamos:

1.— La legitimación activa, de los progenitores que pretendan que se reconozca la necesidad de su asentimiento para la adopción, para comparecer ante el Tribunal que esté conociendo del correspondiente expediente de adopción y manifestarlo así.

2.— La consecuencia de la comparecencia, que no es otra que la suspensión del procedimiento de adopción y la concesión de plazo para interponer la demanda:

— Si no se presentara la demanda se da por finalizado el trámite y se alza la suspensión del expediente de adopción, que continuará tramitándose de conformidad con lo establecido en la legislación de jurisdicción voluntaria, no admitiéndose ninguna reclamación posterior de los mismos sujetos sobre la necesidad de asentimiento para la adopción de que se trate.

— Presentada la demanda dentro de plazo, se declara contencioso el expediente de adopción y acordará la tramitación de la demanda presentada en el mismo procedimiento, como pieza separada, con arreglo a lo previsto en el artículo 753.

3.— Firme la resolución que se dicte en la pieza separada sobre la necesidad del asentimiento de los progenitores del adoptando se citarán a las personas indicadas en el artículo 177 del Código Civil que deban prestar el consentimiento o el asentimiento a la adopción así como ser oídos, y que todavía no lo hayan hecho, debiendo resolver a continuación sobre la adopción.

Estuvo en la mano del progenitor biológico la iniciación de tal procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción, pero no lo hizo. Resultaron infructuosos los intentos de localización (por desconocido) en el domicilio que se facilitó y que coincide con el indicado por el Sr. M al tiempo de comparecer en el expediente. Manifestó el Sr. M que había conocido el expediente de adopción por su padre, cuando la realidad documentada es que su ex mujer ya le había avisado en mayo de la existencia del expediente y de la fecha de la citación. Y en lugar de interponer el procedimiento del art. 781 LEC, instó una modificación de medidas.

Y, a efectos de defensa, deberá constatarse, no tanto si se observó estrictamente la previsión legal de resolver la controversia sobre la necesidad de recabar el asentimiento de los padres biológicos a través del incidente específicamente previsto en el art. 781 LEC, como si el progenitor dispuso o no de la ocasión de someter a la decisión de los Tribunales de justicia la cuestión de si su asentimiento a la adopción era o no condición necesaria para autorizar la adopción.

Tanto el art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, como el art. 247 de la LEC vedan la mala fe, el abuso de derecho y el fraude de ley o procesal, imponiendo a los jueces y tribunales el rechazo de las

peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal.

A juicio de esta Sala sería un buen ejemplo de ello la pretensión obstativa de su falta de asentimiento por parte de quien, pese a conocer oportunamente el expediente de adopción, no instó el procedimiento legalmente establecido para el reconocimiento de la necesidad de asentimiento en la adopción. Sin que pueda olvidarse que el Sr. M acudió a la comparecencia de asentimiento debidamente asistido por Letrado.

SEXTO.— Por ello se entrará a valorar si el Sr. M estaba incurso en causa legal de privación de patria potestad, lo que determinaría la no necesidad de su asentimiento y, por lo tanto, la irrelevancia de su oposición.

Conforme al artículo 170 CC, el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de la patria potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, por lo que lo decisivo es si la demandante ha incurrido o no en tal incumplimiento...

Por ello ha de decidirse en cada caso si ha quedado acreditado si el padre que pretende que su asentimiento es necesario para la adopción de su hijo biológico se halla o no en el caso previsto en el artículo 170 CC, en cuya interpretación el TS ha declarado que la falta de ejercicio temporal de la patria potestad o su ejercicio en forma no encaminada a la finalidad social que la institución comporta puede acarrear la extinción de tal derecho (STS de 11 de octubre de 1991) y, en igual sentido ha entendido bastante para la privación de la patria potestad la imposibilidad física y moral para su ejercicio, sin profundizar en si es o no voluntaria (STS de 20 de enero de 1993).

Y ello por cuanto la patria potestad más que un derecho de los padres constituye una función al servicio de los hijos, que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres, encaminados a prestarles asistencia de todo orden, como proclama el artículo 39.2 y 3 de la Constitución, función que debe ejercerse siempre en beneficio de los hijos, como establece el artículo 154 del Código Civil, ya que es el interés superior del niño la razón de ser de tal instituto, interés al que ha de atenderse con carácter primordial en todas las medidas concernientes al mismo que puedan tomar las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales las autoridades administrativas o los órganos legislativos, como establece el artículo 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de Noviembre de 1.989.

Establece el art. 154 del CC como deberes de los padres: velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentar-los, educarlos y procurarles una formación integral.

Análogamente establece el art. 65 de la Compilación de Derecho Foral de Aragón, sobre contenido del deber de crianza y educación de los hijos: tenerlos en su compañía; proveer su sustento, habitación, vestido y asistencia según sus posibilidades; educarlos y procurarles una formación integral...

De lo actuado se desprende la absoluta dejación, durante años, por parte del Sr. M, de sus deberes como padre y ello tanto desde el punto de vista emocional (ausencia de contacto con su hija), como económico

(ausencia de contribución a los gastos y ausencia de pago de pensión de alimentos), no sirviendo de excusa lo que alega en la demanda de modificación de medidas, pues el horario laboral no justifica años sin ver a la hija y las dificultades económicas no le han impedido tener otro hijo por el que, selectivamente, afirma si ha pagado pensión.

Si el comportamiento de la madre de la menor y el de la familia extensa hubiera sido el del progenitor, M se hubiera encontrado en situación de desamparo.

Al estar incurso el Sr. M en causa legal de privación de patria potestad, por mucho que haya decidido no instar el procedimiento del art. 781 LEC, no era necesario su asentimiento a la adopción (art. 177.2 CC) y, por ello, es irrelevante su oposición.

SÉPTIMO.— Conforme al artículo 176 del CC:

— La adopción se constituirá por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad.

— Para iniciar el expediente de adopción será necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública a favor del adoptante o adoptantes..., pero no se requerirá tal propuesta cuando el adoptando sea hijo del cónyuge del adoptante.

— Se entiende por idoneidad la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental, atendiendo a las necesidades de los menores a adoptar, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción.

Conforme al artículo 177 del CC:

— Habrán de consentir la adopción, en presencia del Juez, el adoptante o adoptantes y el adoptando mayor de doce años.

— Deberán asentir a la adopción los progenitores del adoptando que no se hallare emancipado, a menos que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incurso en causa legal para tal privación. Ya hemos interpretado el sentido de la afirmación " esta situación solo podrá apreciarse en el procedimiento judicial contradictorio que se tramitará conforme a la LEC).

— Deberán ser oídos por el Juez los progenitores que no hayan sido privados de la patria potestad, cuando su asentimiento no fuera necesario para la adopción.

Concurriendo los requerimientos legales para ser adoptante y adoptado, acreditada la idoneidad del adoptante, prestados los consentimientos y asentimientos preceptivos y practicadas las audiencias, procede, en interés del adoptado, constituir la adopción solicitada con las consecuencias legales a ello anudadas."

*** Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 20 de abril de 2017. Incapacitación de hijo mayor de edad. Rehabilitación de la autoridad familiar. Excepcionalidad de la tutela. Interés de la persona incapaz
"PRIMERO.— Son hechos relevantes para la decisión del recurso de casación:

1.— Doña María C. F. y Don Pascual Ramón Á. D. contrajeron matrimonio el día 2 de diciembre de 1989.

2.— De dicha unión nacieron dos hijos: Don Diego, nacido el 1990, y Doña María, nacida el 1996.

3.— Doña María nació con lesiones físicas y síquicas, que determinaron un retraso mental severo de carácter irreversible. Llegada la edad de 18 años, tiene una edad mental de 5 años, con grado de discapacidad de 80%, afectación de la sicomotricidad, y le ha sido reconocida una dependencia en grado II, nivel I.

4.— Al llegar la mayoría de edad de la joven, D.ª María C. F. instó procedimiento sobre su incapacitación, expresando en la demanda las circunstancias concurrentes como causas para declararla y, en atención a la separación de los cónyuges, solicitó la constitución de tutela para la guarda y protección personal y patrimonial de la citada hija, y que fuera la demandante nombrada tutora. Invocó al efecto lo dispuesto en el art. 200 del Código Civil y los arts. 215.1 y 222.2 del mismo cuerpo legal.

5.— D. Pascual Ramón Á. D. compareció en autos y aceptó los hechos en los que se funda la demanda respecto a la incapacitación de la hija común, aunque se opuso a las razones esgrimidas de contrario respecto a la constitución de tutela y nombramiento de tutora a la madre, solicitando por su parte que en aplicación del art. 42 del CDFA se acuerde la rehabilitación de la autoridad familiar, que será ejercida por ambos progenitores.

6.— El magistrado titular del Juzgado de Primera Instancia núm. Trece de Zaragoza, con competencia en materia de incapacidades, dictó sentencia en fecha 23 de junio de 2015 en la que, valorando la prueba practicada, estimó que Doña María Á. C. padece un trastorno de inicio en la infancia diagnosticado como retraso mental grave, calificado de muy grave en la escala de deterioro global (GDS) y tiene restringidas sus funciones mentales superiores, especialmente la inteligencia y la voluntad —Fundamento de Derecho Segundo—, por lo que procedía declarar su incapacitación. Seguidamente examina las circunstancias concurrentes, entre las que destaca que “la madre a día de la fecha es la que de la mejor manera posible no solo es la que ha promovido este procedimiento de incapacitación sino es quién gestionara el largo periplo de médicos, logopedas y psicoterapeutas... amén de ser la persona de referencia para esa hija, teniéndola ininterrumpidamente en su compañía en el domicilio familiar, bajo su cuidado y supervisión” —Fundamento de Derecho Tercero—, aplica lo dispuesto en el art. 43 del CDFA como excepción a la rehabilitación de la autoridad familiar, y concluye decidiendo la incapacidad total y permanente de D.ª María Á. C. para regir su persona y bienes y nombra como tutora legal de la persona incapaz a su madre D.ª María C. F.

7.— La representación procesal de D. Pascual Ramón Á. D. interpuso recurso de apelación frente a dicha sentencia, fundado en diversas alegaciones que, en cuanto a derecho, discrepan de las razones expresadas por el juez de primera instancia para alterar el orden de preferencia establecido en el art. 116.1 del CDFA, y en cuanto a los hechos disiente de la valoración realizada en la sentencia y estima que su petición de que se rehabilite la autoridad familiar no pretende desconocer el superior interés de la incapacitada, sino que las decisiones adoptadas por la madre no han sido convenientes para aquella. En consecuencia solicita la estimación del recurso y que se revoque el pronunciamiento segundo de la sentencia apelada, dejando sin

efecto en nombramiento de tutor y acordando en su lugar rehabilitar la autoridad familiar, que será ejercida por ambos progenitores.

8.— Tramitado el recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Zaragoza, en el que tanto la parte demandante como el Ministerio Fiscal se opusieron al recurso, la Sección Segunda de la expresada Audiencia dictó sentencia de 29 de noviembre de 2016 confirmatoria de la recaída en primera instancia. En su fundamentación jurídica mantuvo las apreciaciones de la recurrida en cuanto a la incapacidad de Doña María, y respecto de la cuestión debatida estimó que “no parece la solución más adecuada la rehabilitación de la autoridad familiar de ambos progenitores, solución que, mediando como media una escasa pero conflictiva relación que la psicóloga también ha informado, haría imposible la toma de decisiones y en muchos casos obligaría a acudir a los Tribunales para solventar sus diferencias (art. 156.2 del Código Civil), razón por la que, en la tesitura de tener que elegir entre regla general —rehabilitación de la autoridad familiar— y excepción —tutela—, la Sala, en la perspectiva del superior interés de la incapaz, estima que debe estarse a la segunda, la tutela por la madre, que es con quien siempre ha convivido María y con quien dice la psicóloga que ha de sufrir menos su estabilidad y bienestar, entendiéndose igualmente que su desarrollo psicológico no ha de verse perjudicado por razones como las que el recurrente aduce” —Fundamento de Derecho Segundo—.

9.— Frente a esta sentencia, D. Pascual Ramón Á. D. ha interpuesto ante esta Sala el presente recurso de casación, fundado en dos motivos, que fueron admitidos.

Examen del primer motivo del recurso.

SEGUNDO.— El primer motivo del recurso de casación denuncia la infracción, por inaplicación, del art. 42 del CDFA, en relación con la aplicación indebida del art. 43 de dicho código. En el desarrollo del motivo el recurrente se refiere a la excepcionalidad de la constitución de tutela en el derecho aragonés, frente a la regla general de rehabilitación de autoridad familiar por ministerio de la ley, y considera que en el caso de autos los argumentos expresados en la sentencia de que discrepa no son suficientes para aplicar la excepcionalidad. Estima como criterio fundamental que las decisiones importantes sobre las atenciones que necesita la hija no sean tomadas unilateralmente por la madre, porque esto podría perjudicar a la incapaz, lo que puede evitarse mediante la rehabilitación de la autoridad familiar, sin perjuicio de lo que decida el juzgado de familia en el proceso de divorcio, que se encuentra suspendido por prejudicialidad civil.

TERCERO.— La regulación de la incapacidad para regir la persona y bienes viene establecida en el art. 200 y ss. del Código civil que, tras establecer las causas para la declaración judicial de incapacidad y la determinación de su alcance, fija las medidas a adoptar para garantizar los derechos de la persona incapaz, medidas que han de tener siempre en consideración la protección y el superior interés de ésta —sentencias del TS de 29 de abril de 2009, num. 282/2009 y de 11 de octubre de 2012, núm. 617/2012—.

Respecto al sistema de protección de la persona incapaz, el legislador aragonés ha optado por una

regulación propia y diferente de la establecida en el Código civil, fijando como criterio general la rehabilitación de la autoridad familiar, que habría quedado extinguida al cumplir 18 años la hija que resultó incapacitada, pero permitiendo como régimen excepcional la constitución de tutela, conforme al art. 43 del CDFa, que ha sido aplicado por el juez de primera instancia, en decisión plenamente confirmada por la Audiencia Provincial.

A tenor del artículo 42, “Si el hijo soltero mayor de edad que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado, a falta de previsiones sobre autotutela, se rehabilitará por ministerio de la ley la autoridad familiar, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuera menor de edad”.

Y conforme al artículo 43, “El Juez, no obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, atendidos el grado de deficiencia del incapacitado y la edad o situación personal y social de las personas a quienes correspondería ejercer la autoridad familiar prorrogada o rehabilitada, puede en su lugar acordar la constitución de la tutela o curatela”.

Se trata de una alternativa que el legislador permite adoptar al juez, atendidas las circunstancias concurrentes que se describen en el citado precepto, cuando considere que en el caso concreto existen razones que justifican la constitución de la tutela frente a la rehabilitación de la autoridad familiar.

Esta posibilidad constituye una facultad discrecional del juzgador de instancia, que ha de ser suficientemente motivada, y cuya revisabilidad en casación tan solo es posible si se acredita que la decisión adoptada vulnera el ordenamiento jurídico y no existe ninguna correlación lógica en pro del superior interés de la persona incapaz —Sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de julio de 2014, n.º 341/2014, dictada en aplicación de los preceptos del Código civil reguladores de la tutela, pero con argumentación trasladable a la cuestión aquí controvertida—.

CUARTO.— En el caso de autos no concurren razones para entender que la sentencia de la Audiencia Provincial vulnera los arts. 42 y 43 del CDFa, por las siguientes razones:

a) la citada sentencia tiene en cuenta el contenido de dichos preceptos, la consideración de la rehabilitación de la autoridad familiar como regla general y la excepcionalidad de la constitución de tutela;

b) argumenta fundamentadamente sobre las circunstancias que concurren en los progenitores de Doña María, que se encuentran inmersos en un proceso de separación conyugal, y que se muestran disconformes a la hora de establecer criterios sobre el tratamiento y la educación de su hija;

c) valora la prueba pericial psicológica practicada en autos y concluye, a su vista, en la dificultad de la toma de decisiones conjuntas sobre tales aspectos; y

d) finalmente, ponderando los intereses en conflicto y el superior de la protección de la incapaz, estima que debe optarse por la tutela a favor de la madre.

De este modo ha hecho uso de la discrecionalidad que el legislador concede al juez para adoptar una opción en beneficio de Doña María, sin que con tal decisión haya infringido el ordenamiento jurídico, que ha sido aplicado en una de las formas posibles que el

legislador aragonés establece para supuestos como el de autos.

Es de considerar, finalmente, que la argumentación de la parte recurrente incurre —en alguno de sus apartados— en petición de principio, haciendo “supuesto de la cuestión” —STS de 24 de enero de 2013, n.º 16/2013 y de 4 de febrero de 2016, n.º 29/2106— al pretender sustituir la valoración de la prueba efectuada por el tribunal provincial por su propio criterio, cuando afirma que “no existe prueba objetiva que avale la decisión de elegir la previsión excepcional de constituir tutela a favor de la madre, en lugar de rehabilitar la autoridad familiar de ambos progenitores”. Esta argumentación pugna con los hechos probados y no es admisible en la defensa de un recurso de casación.

Examen del segundo motivo

QUINTO.— El segundo motivo del recurso de casación se formula por vulneración del art. 90.1 del CDFa, en relación con los arts. 44, 63.1, 72 y 136.2 de dicho código. En el desarrollo del motivo la parte recurrente considera que la sustitución de la rehabilitación de la autoridad familiar por la tutela a favor de la madre supone en la práctica la privación de la autoridad familiar al padre, con lo que quedan vulnerados los derechos que a éste corresponden conforme a los preceptos mencionados.

En trámite de oposición el Ministerio Fiscal manifiesta que la pretendida vulneración del art. 90.1 del CDFa se trataría de una cuestión nueva, introducida ahora en el proceso y que no fue objeto del recurso de apelación interpuesto por la misma parte recurrente contra la sentencia de instancia, y por ello considera este motivo como inadmisibles —art. 483.2, 4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, inadmisibilidad que en este momento debería llevar a la desestimación del motivo.

En todo caso, se opone al mismo al considerar que los derechos a que se refiere la parte recurrente solo se producen si hubiere acordado la rehabilitación de la autoridad familiar, caso en el que para privar o apartar de su ejercicio a uno de los progenitores deberían concurrir los supuestos del art. 90.1 del CDFa. La parte recurrente también se opone a la estimación de este motivo.

SEXTO.— Este motivo del recurso de casación incurre en causa de inadmisibilidad, tal como ha sido denunciada por el Ministerio Fiscal en el trámite conferido y al amparo de lo dispuesto en el art. 483.2, apartado 4.º y 485 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que la parte recurrente plantea una cuestión jurídica nueva en casación, que no ha sido objeto de debate procesal en las instancias. La imposibilidad de este planteamiento, en cuanto ha impedido la decisión jurídica en aquellas, con el consiguiente debate contradictorio, es criterio constante mantenido por el TS, en sentencias de 17 de noviembre de 2012, num. 718/2012 y de 16 de octubre de 2014, num. 381/2014, entre muchas otras.

Dicha inadmisibilidad se constituye ahora en causa de desestimación del motivo, desestimación que en todo caso concurriría si se entrase a resolver sobre el fondo, pues la privación de la autoridad familiar a que se refiere el art. 90 del CDFa solo puede producirse cuando dicha autoridad haya sido rehabilitada en

los supuestos contemplados en el art. 42 del mismo cuerpo legal, lo que no ha sucedido en el caso de autos, en el que la sentencia recurrida acude a la excepción permitida por el art. 43. En consecuencia, no rehabilitada la autoridad familiar, ningún derecho o status jurídico comprendidos en los preceptos que cita el recurrente son vulnerados por la sentencia objeto de recurso.”

*** Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 3 de mayo de 2017. Reintegración de capacidad. Informes médicos. Derecho de sufragio

“PRIMERO.— La representación procesal de la demandante, impugna la sentencia con la pretensión de que se reintegre la plena capacidad de obrar a su representada M, de la que había sido privada en la sentencia dictada por el Juzgado de 1.º Instancia núm. 1 de Teruel el 17 de noviembre de 2007, en la que se declaró su incapacidad para regir su persona y bienes, y se le impuso un régimen de tutela, designándose tutora a una hija de la misma. Alega, para ello, error en la apreciación de la prueba, pues, a su entender, de lo actuado se desprende que, tras la positiva evolución del tratamiento clínico aplicado, tiene sus facultades intelectivas y volitivas plenas.

SEGUNDO.— La impugnación de la sentencia que hace la demandante debe decaer, pues esta Sala no aprecia el error en la valoración de la prueba por parte del juzgador de instancia que alega en su recurso, y que ampliamente plasma en su sentencia, cuya argumentación hace suya la Sala y da aquí por reproducida.

En efecto basta con ver los amplios informes médicos emitidos por el Hospital Psiquiátrico San Juan de Dios del Servicio Aragonés de Salud y por la médico forense, para concluir que no se dan los requisitos necesarios para reintegrarle su plena capacidad de obrar. En ellos se pone de manifiesto que en la evolución de la enfermedad mental que padece, trastorno delirante crónico con contenidos de perjuicio, complot y querulancia, no existe modificación alguna de las causas que llevaron a la adopción de la declaración de incapacidad.

Así se pone de manifiesto en el primero de dichos informes al indicar que “el abandono claro y reiterado del tratamiento psiquiátrico a los pocos días o semanas del ser dada de alta en dicho Hospital, se traduce en un claro aumento de la actividad delirante de perjuicio y en un empeoramiento de sus condiciones físicas, con recurso in extremis a ingresos en el Hospital General siempre involuntarios”, y que no realiza planes realistas sobre su forma y lugar de vida en el futuro ni toma decisiones acertadas en lo que atañe a su salud en general o a la administración de sus recursos, ni siquiera en las mejores condiciones psicopatológicas. Concluyendo dicho informe que siguen siendo válidas las razones por las que en su día se adoptó la medida de restricción de derechos.

La conclusión de dicho informe viene corroborada por el informe emitido por la médico forense que concluye, respecto a la valoración de los aspectos médicos relativos a la capacidad civil, que se encuentra totalmente anulada la capacidad de autogobierno de sus bienes y su persona, precisando de cuidados

y supervisión médica y con una alta probabilidad de abandono de los tratamientos necesarios.

No existe ninguna otra prueba que contradiga las conclusiones de dichos informes, pues el denominado contrato terapéutico en el que se apoya la apelante para justificar su pretensión, en ningún momento los contradice, ya que, como correctamente se valora en la sentencia recurrida, no sería más que un reflejo de la buena evolución de la actora cuando está bajo control y supervisión facultativa, pero no acredita una desaparición de las causas que llevaron, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 200 del Código Civil y el artículo 38 del Código del Derecho Foral de Aragón, a la incapacitación.

Es por ello, por lo que el recurso debe ser desestimado y confirmarse la sentencia de instancia por sus propios y acertados razonamientos.”

*** Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 10 de octubre de 2017. Nombramiento de tutor de persona incapacitada. Conflicto de intereses. Orden de preferencia. Fianza

“PRIMERO.— Se recurre por la representación de Don J, la sentencia recaída en Primera Instancia en el presente procedimiento sobre incapacidad (art. 760 LEC) seguidos a instancia del Ministerio Fiscal frente a D.ª M .

En su aplicación (art. 458 LEC) considera el recurrente; que procede dejar sin efecto el nombramiento de L como tutora de la demandada nombrando a la Comisión de Tutelas y Defensor Judicial de Adultos del IASS, subsidiariamente de mantener aquella como tutor, se declare la fianza en cantidad superior a 3000 € y se establezca un régimen de comunicación, contacto y visitas, inmediato y personal, entre el Sr. E y su esposa, M, mediante el cual ambos esposos puedan comunicarse entre sí directamente y estar en compañía mutua, en principio, con la periodicidad y en el lugar que establezca la Sala de apelación (de varios días durante la semana laboral y durante los fines de semana, en el punto de encuentro o lugar que se considere más adecuado) y en presencia de un psicólogo, terapeuta, trabajador social u otro personal cualificado que acompañe, ayude y asesores en la comunicación y compañía interesados.

SEGUNDO.— El apelante considera que la tutora designada (Doña L), sobrina de la demandada no es la persona indicada para ello, al existir varios conflictos de interés entre ambos, así como con la familia directa de la designada, proponiendo que asuma la tutela la Comisión de Tutelas de la D.G.A.

TERCERO.— El art. 116 de CDFA establece el orden de preferencia en la designación de tutela de la función tutelar, considerando el Juzgador de instancia dada la separación de hecho del recurrente de su esposa la de-mandada incapacitada, a la sobrina de esta. El Art. 125.1.h) establece como causa de inhabilidad para el ejercicio del cargo de tutor la existencia de importantes conflictos de intereses con la persona protegida, mantenimiento de pleito o actuaciones sobre el estado civil o titularidad de los bienes, o que le adeuden sumas de consideración.

De la prueba practicada no consta acreditada la existencia de conflicto de intereses entre la demandada y su sobrina, debiéndose someterse ésta en todo caso

a los controles pertinentes ante el Juzgado, controles propios del cargo para la que ha sido nombrada, tales como la fijación de fianza y el señalamiento de un plazo para la presentación de la rendición de cuentas que permitirá al recurrente tener conocimiento tanto del inventario como de la reducción del patrimonio de la incapacitada, siendo más adecuado que el nombramiento de tutor recaiga en una persona allegada, de la que no se observa rasgo alguno que desaconseje su nombramiento.

Se confirma la sentencia en este apartado.

CUARTO.— Sobre la fianza impuesta teniendo en cuenta las circunstancias concordantes parece adecuado su elevación a 1500 € y sobre las visitas solicitadas por el apelante, debe valorarse la situación actual entre el recurrente y su esposa (autos de divorcio), lo que parece adecuado que relegado a la fase de desarrollo de la tutela mediante la aportación de los informes que se estimen pertinentes por el Juzgado. Confirmándose la sentencia en este apartado.”

*** Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 24 de octubre de 2017. Declaración de desamparo de menor. Tutela pública

“PRIMERO.— Reiteran los recurrentes en su pretensión principales argumentos a los empleados en la demanda inicial, aduciendo error de valoración de la prueba sobre la existencia de riesgo para el menor de continuar bajo la custodia y guarda de sus progenitores.

Como ponen de referencia las normas internacionales, normas nacionales y la Jurisprudencia, el interés del menor se erige en guía de toda la posible intervención respecto de cuanto, como aquí se decide, se refiera a sus cuidados y tutela adecuados. Cabe añadir, como recoge la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de julio de 2009, que, en pro de tal interés, el derecho de los progenitores cederá si su atención puede dar lugar a un perjuicio al niño.

Sostienen como motivo de justificación del recurso el error valorativo de la prueba practicada en relación a la corrección de la declaración de desamparo al negar los motivos dados por la Administración para proceder a su declaración en el mes de Abril de 2016.

No apreciamos el mencionado error. La resolución de instancia no se basa, como se deduce de su simple lectura de la existencia de antecedentes policiales o penales de los padres, sino de los antecedentes de los referidos en relación al trato de hijos anteriores, y de los informes tanto del Centro de Salud de Toledo que atendió al parto de la recurrente en relación al menor, R, como de los prolijos informes previos recabados unidos a las actuaciones.

De todo ello extrae la resolución de instancia la concurrencia de los requisitos exigidos para una declaración de desamparo del menor ante el riesgo que tal convivencia genera para el interés de aquél, conclusión que debemos compartir.

Así como expone la resolución de instancia hay antecedentes de comportamiento negligente y desprotección sobre dos menores que dieron lugar a previa declaración de desamparo y asunción de tutela legal por la Comunidad Autónoma de Castilla La Mancha. Se constataron la ausencia de medios personales y materiales, así como recursos económicos de los ape-

lantes para afrontar y cubrir las necesidades del recién nacido, y lo que es más importante el carácter poco colaborador de aquéllos con los Servicios Sociales, lo cual entendemos importante a fin de poder asumir la guarda de un menor si no se dispone de los medios necesarios para ello. La prueba también reveló circunstancias del embarazo preocupantes como su falta de control y defectuoso seguimiento imputable a la madre.

Por consiguiente entendemos que a la fecha en que se acordó la declaración aquélla resultaba adecuada.

Tampoco la evolución posterior se ha revelado como favorable a la tesis de los recurrentes. Inicialmente se puso de relieve los esfuerzos de estos por asentarse en la localidad de Calatayud y dedicarse a una actividad productiva generadora de recursos para poder atender las necesidades del menor. Si bien el folio 31 revela que ésta sólo se produce formalmente cuando la situación de desamparo se ha declarado. Igualmente (folio 99 de las actuaciones) en visita domiciliaria se reconoce por la madre que no vive en el expresado domicilio sino en Ricla en casa de una cuñada, siendo parecer de las intervinientes que se trata de dar una apariencia, dado el estado demasiado perfecto de la vivienda, sospechando que la mismas en realidad es ocupada por terceras personas.

Posteriormente (2017) se ha acreditado la expulsión del padre del territorio español con prohibición de reintegro por cinco años y el traslado de la madre junto a aquél a Rumanía.

Tampoco la prueba pericial practicada en los autos revela el error advertido en su valoración por el Juez de instancia, cuando destaca respecto de la madre la dificultad de llegar a mantener con la misma un discurso coherente, aportando muy poca información, en la mayoría de los casos confusa y vaga, presentando una actitud de dependencia importante hacia el padre de los hijos, sin ser consciente de la gran falta de implicación de éste para hacerse cargo del cuidado y atención de sus hijos.

Acaba concluyendo el mismo que el menor debe de permanecer con la familia de acogida. No mucho mejor resulta para las pretensiones de los apelantes el informe pericial psicológico obrante en las actuaciones (folios 374 a 381), el cual tras relatar todos los antecedentes, acaba concluyendo que la recurrente aunque manifieste propósitos de desempeñar adecuadamente sus funciones parentales, no ofrece garantías que permitan afirmar que ha desaparecido el riesgo de desamparo del menor al mantener las características personales y parentales que se han considerado como un importante factor de riesgo para su hijo y al no mostrarse permeable al cambio necesario para que pueda satisfacer adecuadamente las necesidades, protección, cuidado e identificación parental del menor.

Por lo que no apreciamos error en la valoración de la prueba, y el motivo se desestima.

SEGUNDO.— En aras a la pretensión subsidiaria cabe aducir el contenido de la resolución de la sentencia de 14 de Mayo de 2015 del Tribunal Superior De Justicia de Aragón, “La concreción de tal principio de primacía de cuidado del menor, en casos como el presente, en que los intereses en conflicto son el del menor y el del posible derecho a visitas de uno de los progenitores, se recoge en la combinación de los artículos 3, 51 y 61 de la Ley de Aragón 12/2001, de la

Infancia y la Adolescencia en Aragón. De ellos resulta, con claridad, la obligación directa de las instituciones públicas de asegurar la protección del menor, pues los artículos 3.3, apartados a) y b), y 51.1 así lo imponen de modo imperativo; mientras que la posibilidad de integrar al menor en la familia de origen se plantea como deseable conforme al propio artículo 3.3, apartado d) y artículo 61, que textualmente prevé que "La guarda (...) tenderá en todo momento a la reintegración del menor en su familia de origen (...)"

De la anterior regulación no cabe, por tanto, sino deducir, como hace el Tribunal Supremo al considerar tales cuestiones en sede de Código Civil (sentencia Sala 1.ª de 31 de julio de 2009) que "(...) las soluciones más adecuadas al interés del menor pueden no ser las que favorezcan la reinserción en la familia. Cuando existe esta contradicción se impone una técnica de ponderación que exige valorar el peso que el legislador atribuye a cada una de las directrices, para atribuir valor preponderante a una u otra de ellas. Desde esta perspectiva se advierte la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor, pues la directriz que ordena procurar la reinserción familiar se subordina expresamente a ella (...)"

De modo que la misma sentencia termina sentando como doctrina que "(...) para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo (...) sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre (...)"

Nada se ha acreditado al respecto sobre este cambio, tal y como han puesto de relieve los informes periciales practicados.

Además en el presente caso la ampliación del régimen de visitas, una vez constatado que los padres residen fuera del país resulta inviable, y caso de verificarse como se sostiene un hipotético traslado de la madre a España, supondrá un nuevo hecho a valorar en su momento."

*** Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 24 de octubre de 2017. Delegación de guarda en familia idónea para adopción. Situación de desamparo. Factores de riesgo. Informe psicológico

"PRIMERO.— Se recurre por la representación de D.º M, la Sentencia recaída en 1.º Instancia que desestima la demanda de oposición frente a la resolución del IASS, que acordaba la delegación de la guarda del hijo menor de la actora, en familia idónea para la adopción.

En su apelación (Art.º 458 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), considera la recurrente; que existe una errónea valoración de los hechos recogidos en el expediente y de la prueba practicada; que se infringe el Art.º 39 de la C.C., en relación con el Art.º 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño con vulneración del principio de interés del menor, debiéndose estar a la reinserción en la familia biológica como fin

natural, habiendo desaparecido el riesgo de desamparo, no padeciendo la actora ningún tipo de trastorno ni proceso patológico, encontrándose en servicio activo pendiente de asignación de destino, disponiendo de las habilidades y capacidades necesarias para atender y cuidar a su hijo.

SEGUNDO.— Las SS del TS de 14-07-2015, 17-03-2016 y 10-03/2016, vienen a establecer que el derecho de los padres biológicos no es reconocido ni por las normas legales propias, ni por las internacionales como un principio incondicional cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado, y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor. Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor, contemplando el posible retorno a la familia natural siempre que sea compatible con las medidas más favorables al interés del menor.

Igualmente, establecen que es procedente que el juez, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo por la Administración interpuesta al amparo del Art.º 172.6 CC, contemple el cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se produjo la declaración con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad; y en cuanto a cómo debe ponderarse el interés del menor en estos casos dispone que "(...) para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ellas, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico".

TERCERO.— La actuación de la administración data de mayo de 2013, asumiendo la tutela cautelar del menor el 08-01-2014, acordado el cese del desamparo el 01-09-2014, volviéndose a producir una nueva declaración de desamparo en fecha 29-06-2015, resolución administrativa que fue ratificada por el Juzgado en Sentencia de 18-03-2016 y por esta Sala en Sentencia de 22-11-2016.

Se insiste por la recurrente, en su seguimiento psicoterapéutico regular con ausencia de consumos tóxicos, así como su readmisión como soldado profesional (resolución de 10-02-2017 de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa).

No obstante, tal como indica el Juzgador de Instancia y el Ministerio Fiscal, subsisten los factores de riesgo para el menor, el progenitor de éste renunció a tener contactos con su hijo, y la abuela materna estuvo de acuerdo, en su momento, en el acogimiento tutelar de su nieto, obviamente únicamente podía en su caso prestar apoyo ocasional a su hija, no pudiendo sustituir las funciones propias de la progenitora. En cuanto a la situación de la actora, aún sin dudar de que haya podido mejorar, lo cierto es, que no puede desecharse, caso de retomar a su cargo la guarda del menor, una nueva intervención de la administración, dados los antecedentes anteriores, lo cual sería extremadamente peligroso para la estabilidad psicológica del menor, no pudiéndose asumir este riesgo.

Existe un informe psicológico (folio 453 y ss.) de fecha 10-03-2016, que aconsejaba mantener las medidas de protección del menor, no siendo decisivos los informes del Hospital de Nuestra Sra. de Gracia (26-07-2016 y 09-03-2017), pues no garantizan la efectiva recuperación de la recurrente, ni tampoco consta la incorporación efectiva en el trabajo, por otro lado, el informe de seguimiento de adopción de 13-06-2016 (folio 494 y ss.), viene a reflejar que la evolución del menor en la familia de acogida es muy favorable, no pudiéndose exponer al menor a un nuevo cambio tutelar de dudosas consecuencias."

*** Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 31 de octubre de 2017. Administración de bienes de menor no emancipado. Conflicto de intereses. Voluntad del disponente

"PRIMERO.— La demandante, Da K, actuando en nombre de su hijo T, presentó demanda en la que solicitó la declaración de nulidad del acto de disposición de la cantidad de 146.715,79 euros, realizada por los demandados como administradores de la herencia que el menor, , a través de su representación legal, , demandante en este proceso, recibió de su padre D. J, con condena a la restitución del dinero, así como la entrega del vehículo , o su valor, y de manera principal, y por la nulidad de esos actos, a la remoción de su cargo de administradores de la herencia de la que fue beneficiario el mencionado T, siendo el disponente el padre de este último, D. J.

El acto principal que se ataca en el proceso, el pago de 146.715,75 €, se basó en la demanda en los términos en los que los demandados habían realizado la liquidación del impuesto de sucesiones. Tal liquidación se asentaba en una escritura de reducción de capital y cesión de crédito de 2008.

Operación de reducción de capital y cesión de créditos que fue declarada nula por auto de 10 de mayo de 2010, dictado por el Juzgado Mercantil, aprobando la transacción entre la AC y los demandados en incidente concursal promovido por la citada administración concursal.

La sentencia dictada en el primer grado jurisdiccional desestimaré la demanda. Recurre la parte demandante que limitará su argumentación a la ilicitud del pago.

Practicada la prueba pericial en esta alzada no es necesario pronunciarse sobre una infracción procesal que en todo caso está ya subsanada.

SEGUNDO.— El fundamento de la ineficacia del pago peticionado en el apartado b) del suplico de la demanda variaría, en parte, a resultas de los términos de la contestación a la demanda, pues de la misma, en síntesis, se detalló otro relato factual del que resultaba;

(i) que el fallecido, D. J junto con sus padres y hermana, aquí demandados, constituían un grupo familiar, titular de las participaciones sociales de "P S.L.". Mercantil que vendió al mencionado D. J, en lo que aquí interesa, aunque también a los demás miembros del grupo familiar, una vivienda unifamiliar por el precio de 321.000 Euros, venta realizada el 28 de diciembre de 2006 (f.64y99).

(ii) A su vez en escritura otorgada el 27 de febrero de 2008, se transmitió por M.º A 38 participaciones sociales (números 213 a 250) de P S.L. a la misma P, las que se adquirieron por el precio de 493.696 €, pactándose que el pago del precio se realizara mediante la subrogación en la posición acreedora de los derechos de crédito que P, S.L. ostentaba frente a D. J, en la cantidad de TRESCIENTOS VEINTIUN MIL EUROS (321.000,00 €), y frente a D. J y su esposa Da M en la cantidad de CIENTO CINCUENTA Y SEIS MIL EUROS (156.000,00€)

Como consecuencia de todo ello D. J, de la primera cantidad, quedaba deudor frente a Da M; y D. J y Da María de la segunda cantidad, dejaban de ser deudores frente a la sociedad P, S.L. quedando extinguida la deuda.

(iii) Por auto de 18 de noviembre de 2008 (f. 21) el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Zaragoza declaró el concurso voluntario de "P S.L."

(iv) la administración concursal (AC) de P, en el mencionado concurso, promovió incidente concursal contra todo el grupo familiar, sobre nulidad de las antes mencionadas ventas de unifamiliares y de la escritura de reducción de capital y transmisión de participaciones, que finó con transacción aprobada judicialmente por auto de 10 de mayo de 2010 (f. 222) en el que se homologó la transacción en los siguientes términos:

"Validez de las operaciones de compraventa efectuadas con fecha 28 de diciembre de 2006, ante el Notario de Zaragoza, D. C, bajo sus números 2.953, 2.954 y 2.955, y por las que P, S.L., transmitía tres viviendas por importe de 320.000 euros (jva incluido), cada una de ellas.

Reconocimiento por parte de D. J y Da M, D. J y D L, de una deuda conjunta frente a Plurelco, S.L., por importe de 960.000 euros.

Para proceder al pago de dicha cantidad, y teniendo en consideración los problemas de liquidez de los comparecientes, estos se comprometen a transmitir a favor de P, S.L., unos locales en pago de la citada deuda, así como a otorgar las correspondientes escrituras públicas en un plazo de tres meses a contar desde la resolución que se dicte por el Juzgado al efecto.

Respecto de la transmisión de participaciones sociales y reducción de capital, la misma se deja sin efecto, de tal manera que el capital social de P, S.L., ascendería a la cantidad de 6.978 euros, dividido en 1.163 participaciones sociales de 6 euros de valor nominal".

(v) Pese a la previsión de satisfacer la deuda con la entrega de unos locales para el pago de la deuda, según la transacción, en escritura otorgada el 1 de

febrero de 2012 la deuda se extinguió, no con la entrega de unos locales, sino con la transmisión de las participaciones de "P S.L.", mercantil titular de los locales, escritura en la que se hizo constar que como consecuencia de las relaciones comerciales existentes entre los cónyuges D. J, D.ª M y la mercantil P, S.L., los primeros adeudan a la segunda, la cantidad de NOVECIENTOS SESENTA MIL EUROS (960.000,00€).

Que la parte deudora carece de numerario para satisfacer a P, S.L. la deuda antes referida, y por ello, los cónyuges y la mercantil P, S.L. han convenido la extinción total de la deuda referida en el expositivo anterior, mediante la dación por su titular al acreedor de las participaciones sociales de las que era titular D. J de la mercantil "P S.L.", en concreto quinientas participaciones sociales.

(vi) que en la citada escritura se precisa que: "SEGUNDA.— Esta dación o adjudicación en pago de deuda se verifica en la suma de NOVECIENTOS SESENTA MIL EUROS (960.000,00 €) que se imputan al pago de la deuda mencionada en el expositivo quinto de esta. escritura".

(vii) D. J falleció el 18 de junio de 2014.

(viii) El mencionado D. J había otorgado testamento notarial el día 22 de marzo de 2012 en el que instituyó heredero universal de todos sus bienes a su hijo T, y administradores a sus padres y hermana, quienes "podrán administrar libremente, incluso con enajenación de los bienes para sustituirlos por otros, sin necesidad de autorización judicial ni subasta pública" (f. 279).

TERCERO.— La administración de los bienes de los menores no emancipados.

En el Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA) el principio general es que la administración de los bienes del menor así como su disposición corresponde a los padres. En función que está asociada a la autoridad familiar (art. 9 CDFA)

Esta regla general presenta una excepción con respecto, como es el que ahora se solventa, a los bienes adquiridos por donación o sucesión, supuestos en los que él disponente ha podido identificar la persona que los administre y disponga.

Posibilidad prevenida en el art. 94 CDFA en su apartado 2.8), que exceptúa de la gestión paterna "los bienes dejados a título sucesorio o donados al hijo con exclusión de los administradores de los padres". Y en el mismo sentido el art. 107 CDFA, precepto en el que se previene que el que disponga de bienes a título gratuito a favor de un menor, puede establecer las reglas de gestión. E incluso pueden excluir la necesidad de autorización de la Junta de Parientes o del Juez para los actos relativos a estos bienes.

Para este supuesto, el art. 94.3 CDFA previene como serán gestionados (por el otro padre o por el tutor real). Pero tal gestión lo es "si nada hubiere ordenado el causante". Lo que guarda coherencia con la previsión, del art. 135 CDFA, relativo a la tutela, que excluye la administración de los bienes por el tutor cuando "la persona de quien procedan los bienes por título lucrativo haya designado para ellos un administrador" (art. 135.3 CDFA).

CUARTO.— Es el supuesto de autos en el que el causante, D. J designó a sus padres y hermana para su actuación, dos de ellos mancomunadamente para

la administración de su herencia. Actuación mancomunada que permitía administrar "libremente, incluso con enajenación de los bienes para sustituirlos por otros, sin necesidad de autorización judicial ni subasta pública".

Retomando la exposición sobre el régimen de administración y disposición de los bienes del menor (art. 9 CDFA), se exceptúa de la administración de los bienes del menor por los padres, como se ha dicho, aquéllos bienes para los que el causante hubiere designado la persona que los ha de administrar. Para este caso, se previene en la norma, que se esté "a lo dispuesto por el disponente", y, "en su defecto, serán aplicables las mismas limitaciones, formalidades y responsabilidades impuestas al tutor".

QUINTO.— El supuesto de oposición de intereses.

La parte recurrente ubica el conflicto en el ámbito de la autocontratación. Entiende que los padres del causante, abuelos del menor, actuaron en el mismo acto en su propio nombre. y en el del menor, sin que la potestad de administración/disposición otorgada por el causante facultara para autocontratar.

El conflicto no hay que ubicarlo en el ámbito de la autocontratación. Y no hay que ubicarlo en la esfera del autocontrato, sino en la del pago. Y el pago no es ni contrato ni negocio jurídico. Es un acto. Y un acto debido.

SEXTO.— La cuestión debería pues dilucidarse en si, en un caso en el que puede existir conflicto de intereses entre los administradores, los abuelos, y el menor cuyo patrimonio hereditario es administrado por aquéllos, le es aplicable el régimen del art. 13 CDFA relativo al conflicto de intereses. El precepto establece los mecanismos para salvar ese conflicto lo que hace, según los casos, exigiendo la intervención de terceros ajenos al conflicto: el otro padre (13.1.a CDFA), la Junta de Parientes o el Juez (13.1.b CDFA), o incluso trasvasando la función representativa a la misma Junta de Parientes o a un defensor judicial (art. 13.1.c CDFA)

El tema a decidir es si, jurídicamente, en el supuesto que impropia mente podríamos denominar autopago, en el que el administrador del menor, que lo es de lo heredado por este último, se hace pago de una deuda que el causante tenía con él, hubiera necesitado, primero el abstracto y luego en el caso concreto, alguno de los complementos que previene el art. 13 CDFA.

En abstracto la respuesta tendría que ser positiva. El art. 13 CDFA regula los supuestos de "oposición de intereses" entre administrador (que es el representante: art. 12.3 CDFA) y el administrado y representado. Y el pago por el propio administrador de una deuda que su representado tiene con él mismo, a todas luces, supone una contradicción de intereses. Por más que se considere el pago, un "acto debido". Y por más que el pago sea un acto de administración.

Las dudas son si en el caso concreto el órgano de administración creado por el disponente tiene que ver su actuación complementada o sustituida en el caso concreto, en el que hay ese conflicto. Y ello porque en el testamento de 22 de marzo de 2012 se asigna al órgano de administración con plena libertad, incluso con posibilidad de enajenar bienes para sustituirlos por otro, y ello sin necesidad de, autorización judicial. Porque prevalece, legalmente (art. 9.2 CDFA), la voluntad del disponente al régimen de limitación de la

actuación del tutor. Que operan "en su defecto" de lo ordenado por el causante.

SÉPTIMO.— Antes de resolver la cuestión hay que partir del presupuesto de que no existe duda razonable de la realidad de la deuda: consta en documento público su origen, escritura pública de compraventa de una vivienda en Cuarte de Huerva, otorgada el 28 de diciembre de 2006.

Esa compraventa es ratificada en la transacción alcanzada en el incidente concursal y es homologada judicialmente. Y, en vida del disponente, este último consta un flujo dinerario por importe de 161.500 € que se atribuye a un pago parcial. No consta otra causa para ese pago.

Y en esta línea parece oportuno resaltar que los presupuestos del crédito de los administradores de la herencia, abuelos del menor, con el disponente, son negocios y actos jurídicos no sólo acaecidos en vida de este último sino con su evidente participación y aceptación. La tuvo en la escritura de 27 de febrero de 2008 de transmisión de participaciones sociales y reducción de capital social, y la tuvo en la transacción del incidente concursal.

Quiere significarse así que los celos que fluyen en la demanda primero y en el recurso después a la licitud y/o realidad de esos negocios y actos jurídicos no son los que configuran en realidad el verdadero conflicto que aquí se ha de demandar, pues son hechos acaecidos antes de la sucesión, predicables del propio disponente, que con su propia conducta ayudó a generar. No de los administradores de su herencia: no es un conflicto que nazca ex-post la sucesión, sino que lo creó, en la medida de su participación, el propio causante.

OCTAVO.— Sobre esos presupuestos el tema a decidir, se repite, es si, en el caso concreto, en atención a los términos en los que el disponente determinó el régimen de administración a favor de sus padres y hermana necesitaría de los mecanismos previstos en el art. 13 CDFA para los supuestos de oposición de intereses. En definitiva, la cuestión a resolver es si las limitaciones prevenidas en el art. 13 CDFA, que están establecidas como mecanismos garantes de los intereses del menor cuando se oponen a los de su administrador y representante, se salvan con una previsión de libertad en la administración de los bienes del menor. No es autocontratación. Pero guarda una cierta similitud con la misma.

En lo que aquí interesa, tales limitaciones serían las secuentes a una oposición de intereses, siendo aplicable el art. 13 CDFA por remisión del art. 136 CDFA.

En el CDFA se regulan supuestos específicos que guardan una cierta similitud con el supuesto objeto de esta litis, con los que se previenen conflictos de intereses. Es el caso de la cesión a terceros de créditos que el tutelado tenga contra el tutor, aquí administrador, o la adquisición a título oneroso de los créditos de terceros contra el tutelado. Supuestos, regulados en el art. 16 CDFA que, como se ha dicho, previenen situaciones de conflictos de intereses, diferentes a la mera disposición y que exigen una previa autorización judicial. No es el supuesto de autos, como ya se ha razonado, en el que los administradores, padres del disponente, fueran acreedores del mismo ex-ante su fallecimiento.

Y la norma es preventiva de una situación a generar ex-post el inicio de la administración.

La respuesta a criterio de la Sala tiene que ser negativa. En el régimen de administración de bienes de menores en Aragón es preferente la voluntad del disponente.

En ese régimen jurídico quien ha tenido la voluntad de que le sucediera mortis causa un menor tiene la potestad de configurar el perfil jurídico del régimen de la administración de sus bienes, modificando la previsión ordinaria, que sería, en este caso, la administración por la madre del menor (art. 9 CDFA). Y de la misma manera prevalece la voluntad del disponente frente a "las limitaciones, formalidades y responsabilidades impuestas al tutor", las que operan, se repite, en "defecto" de "lo ordenado por... el disponente". Y el causante lo que dispuso (f. 279) es que se administrara, "libremente". Incluso con la facultad de disponer sin autorización judicial. Esa libertad, que así se configura como plena tiene, por propia previsión legal, preferencia sobre el régimen legal de limitaciones (art. 13 CDFA). La regulación "en defecto" de lo ordenado por el disponente no conlleva la necesidad de un reglamentarismo detallado, una programación de facultades que vaya excluyendo, una por una, esas limitaciones que, de ordinario, habrían de ser aplicables al tutor.

Cuando se adjetiva la potestad jurídica de administrar para ejercerla con libertad, la expresión, por genérica que sea, ampara la actuación de quien realiza ese acto jurídico debido que es el pago. Una disposición testamentaria es un acto de voluntad que, como todos, ha de ser interpretado. Pero el propio significado de esa expresión, y el escenario familiar en el que se otorgó, deben llevar a considerar que el sentido material de la disposición testamentaria, en sede de administración de la misma en tanto el heredero fuera menor de edad, hace inaplicable una reglamentación que solo es operativa ante las insuficiencias de la potestad atribuida al administrador por el disponente. Y la de este era de hacerlo con libertad. Idea de libertad que debe entenderse plena y que resulta contraria al sometimiento de restricciones o controles externos a la administración. Razonamientos que deben llevar a la desestimación del recurso, centrado argumentalmente en esta cuestión."

*** Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 22 de diciembre de 2017. Designación de tutor a persona incapacitada. Orden de prelación legal. Criterio judicial

"PRIMERO.— Se recurre por la representación de doña M.º, la Sentencia recaída en el presente procedimiento sobre incapacidad de C, únicamente en el nombramiento de la persona designada como tutora doña C, tía de la incapacitada.

La recurrente considera que se ha producido una infracción del art. 116 del C.D.F.A., debiéndose motivar la alteración del orden de preferencia legalmente establecido para ejercer el cargo de tutor. Habiéndose producido una errónea valoración de la prueba tanto testifical como documental, deduciéndose de ésta que la persona más conveniente para ejercer el cargo de tutor sería la madre de C, es decir, la recurrente.

SEGUNDO.— Sobre la falta de motivación en la alteración del orden de prelación para la designación del cargo de tutora (art. 116 C.D.F.A.), no lo es tal deduciéndose tanto de la Sentencia como del Auto aclaratorio, las razones que llevaron a la Juzgadora a dicha designación.

Por otro lado, del visionado del acto del juicio se deduce claramente que tanto la recurrente, como la designada tutora mostraron su conformidad a dicho nombramiento, por lo que procede confirmar la Sentencia apelada, sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 126 y ss. del C.D.F.A.”

663. RÉGIMEN ECONÓMICO CONYUGAL

RÉGIMEN LEGAL

*** Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 8 de febrero de 2017. Deudas de un cónyuge. Responsabilidad frente a terceros de buena fe. Disolución del consorcio. Bienes privativos

“PRIMERO.— Cuestión objeto de recurso

La parte ejecutante entabló ejecución para el cobro de las deudas a que fue condenado el demandado Sr. G; dirigió la demanda ejecutiva tanto frente al condenado como frente a su esposa a fin de que de la indicada condena respondieran los bienes comunes del matrimonio sujeto al régimen consorcial aragonés.

La ejecutada, tras diversas incidencias procesales, se opuso a la ejecución alegando que los bienes sobre los que se ejercita la responsabilidad por parte del tercero eran privativos y que la deuda reclamada había sido contraída por el esposo con ánimo de perjudicar al consorcio y con grave descuido de los intereses familiares.

La resolución de la instancia mantuvo la falta de responsabilidad de los bienes adjudicados a la esposa pues sus bienes eran privativos tras su adjudicación en sentencia de separación y al parecer se había acreditado el carácter privativo inicial de los mismos.

Contra la misma fórmula recurso la ejecutante manteniendo los argumentos de la instancia.

La ejecutada mantiene también su oposición inicial en esta alzada.

SEGUNDO.— Responsabilidad frente a terceros de buena fe

No parece discutirse que la deuda objeto de condena al esposo en el procedimiento declarativo seguido fue contraída durante la vigencia del régimen económico matrimonial. La posterior sentencia de separación de marzo de 2012 entre la ejecutada y su esposo, que disolvía el régimen económico del matrimonio y adjudicaba los bienes comunes objeto de embargo la vivienda en Zaragoza y la vivienda en La Pineda (Tarragona)- a la esposa, no afectaba a los derechos ya adquiridos por terceros de buena fe.

Sobre estos presupuestos, la parte ejecutada se opuso a la responsabilidad perseguida en la ejecución alegando que:

— Se trataban dichos bienes, incluso el vehículo marca Mercedes adjudicado a su esposo, de bienes privativos adquiridos con caudal privativo por la esposa.

— La actuación del marido Sr. G había sido realizada con intención de perjudicar al consorcio o con grave descuido de los intereses familiares.

La resolución recurrida mantuvo que los bienes objeto de persecución eran privativos y que además habían sido ya adjudicados a la esposa con ocasión de la disolución y liquidación del régimen económico familiar.

El ejecutante mantiene que el carácter privativo de los bienes no se ha acreditado, que, aun de estimarse que inicialmente habían sido adquiridos con numerario privativo por voluntad de ambos cónyuges tenían carácter ganancial —como se hacía constar en las escrituras públicas de adquisición—, y que, en su caso, las aportaciones realizadas por la esposa se deberían devolver en concepto de anticipos reintegrables, tras el pago de las deudas comunes del consorcio. En segundo lugar, que se persigue la responsabilidad de los bienes frente a terceros, no la responsabilidad de los bienes entre los cónyuges, lo que impide examinar si las deudas fueron contraídas o no en perjuicio de los intereses familiares.

El examen de las actuaciones muestra que, tras la oposición de la ejecutada Dña. M a la ejecución sobre sus bienes, que esta ha de ser desestimada y revocada la resolución recurrida.

Según se ha dicho la sentencia que imponía la condena a su esposo por responsabilidad por deudas derivada de la falta de convocatoria de la junta de partícipes de la sociedad por la administrada y de la que eran socios los ejecutados, supuso la responsabilidad del mismo por las deudas sociales. Dicha deuda fue contraída antes de la separación matrimonial de los cónyuges y la liquidación y disolución de régimen económico matrimonial de marzo de 2012.

Tanto las diversas escrituras públicas aportados por la ejecutada Dña. M como la sentencia de separación de fecha 6 de marzo de 2012 atribuyen a la vivienda de Zaragoza y la vivienda en La Pineda (Tarragona) carácter ganancial.

Estima la Sala, acogiendo en este extremo la alegación de la ejecutante, que esta atribución de carácter ganancial (arts. 210.2.b) 215.1 del CDFa) permitirá el reintegro actualizado a la finalización del consorcio conyugal ex art. 226.2.a) del mismo Cuerpo legal, previo pago a terceros de las deudas vencidas (art. 265.1 CDFa), pero no evita que dichos bienes deban calificarse como comunes y responder frente a terceros de buena fe, como es el caso, de las deudas comunes; tal solución es conforme al art. 219.1 a) del CDFa, las deudas ocasionadas en el desempeño corriente de su profesión tiene carácter común. Que también es una deuda común no solo del consorcio frente a terceros, sino en la relación interna entre los cónyuges (art. 218.1 d) del CDFa) . En estos términos, carece de relevancia frente a terceros la invocación del art 218.2. del mismo Cuerpo legal, por más que lo actuado, la sentencia de la instancia condena por responsabilidad por deudas ex art 367 de la LSC, tampoco permita concluir este carácter perjudicial de la actuación del condenado contrayendo la deuda para los intereses familiares.

En consecuencia, se trata frente a terceros de una deuda común del consorcio, el cual ha de responder con los bienes comunes, también con los adjudicados

a Dña. M por sentencia de separación que tuvieran previamente este carácter, pues la disolución del consorcio no perjudica a terceros de buena fe (arts. 198 y 247.2 del CDFFA)

En este sentido, puede citarse la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón nº 6/2009, de 14 de julio y las que en ella se citan.

Por ello, el recurso ha de ser íntegramente estimado."

*** Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 9 de junio de 2017. Gravamen sobre un bien consorcial. Acto de disposición. Fiador personal. Vivienda familiar. Necesidad de consentimiento del cónyuge

"PRIMERO.— D. J está casado con D.ª. M desde el 4 de junio de 1999, siendo el régimen económico de su matrimonio el consorcial aragonés.

D.ª. Ms es propietaria de la vivienda sita en V, vivienda adquirida con anterioridad a contraer matrimonio el 12 de enero de 1996.

D.ª. M, en fecha 18 de junio de 2007, afianzó, en los términos en los que luego se dirá, a su hermano D. R, en un préstamo que la demandada, Caja L, otorgó a este último por un importe de 425.000 €. Los términos de la fianza eran (f. 69 vto.): "de forma solidaria e indistinta entre sí con el prestatario, y ello respecto de todas las obligaciones que el Prestatario contrae en virtud del presente contrato de préstamo, y en sus mismos términos, plazos y condiciones, con renuncia expresa, en todo caso, de los beneficios de orden, exclusión y división, respondiendo la fiadora por el total de las obligaciones afianzadas en igual forma y modo que los deudores principales, y recíprocamente y con la renuncia consignada, por sus respectivas fianzas como fiadores solidarios, a su vez uno del otro, hasta el pago total de las obligaciones garantizadas, quedando relevada CAJA L, de toda notificación por falta de pago de los deudores y de los demás fiadores".

En escrito de 9 de julio de 2014, Caja L, presentó demanda de ejecución dineraria contra prestataria y fiador por importe de 7.071'89 E. En dicha demanda se postulaba el embargo de la "finca de arcaje, nº 2269", como perteneciente a D. R, y la finca de Zaragoza nº 11371, como perteneciente a la fiadora Sra. S.

D. J presentó demanda en la que solicitó, en síntesis, y con un planteamiento subsidiario en sus peticiones, 1) la nulidad de la cláusula de afianzamiento, teniéndola por no puesta, 2) que la vivienda familiar sea excluida del alcance del afianzamiento, por incumplimiento de la entidad financiera de sus obligaciones de transparencia, y 3) se declare la nulidad radical de la cláusula (séptimo bis) por afectar a un bien común y constituir "un acto de disposición gratuita ex-art. 1378, 1322.2 y 1324" del Código Civil.

SEGUNDO.— La cuestión jurídica que se plantea en este proceso es muy concreta, a saber si la fianza personal por parte de un cónyuge sometido al régimen consorcial es un acto de disposición a los efectos del art. 190 CDFFA, a cuyo tenor para realizar actos de disposición voluntaria de los derechos que a uno de los cónyuges correspondan sobre la vivienda habitual de la familia o el mobiliario ordinario de la misma, así como para sustraerlos al uso común, será necesario el

consentimiento del otro o, en su defecto, autorización judicial. En ambos casos, con la enajenación se extingue el derecho expectante de viudedad.

Cada cónyuge o sus herederos, estarán legitimados para instar judicialmente la nulidad de los actos de disposición realizados por el otro sin el debido consentimiento o autorización en el plazo de cuatro años desde que los conoció o pudo razonablemente conocer, y, en caso, desde la disolución del matrimonio o la separación conyugal.

No procede la anulación contra los adquirentes a título oneroso y de buena fe cuando el disponente manifestó que no constituía vivienda o mobiliario familiar".

Entiende el recurrente que en la medida en la que con la fianza el fiador está comprometiendo todo su patrimonio dentro del mismo está incluido, en este caso, la vivienda familiar, de suerte y manera que aun siendo privativa del fiador, para que la fianza pueda alcanzar ese bien hubiera sido necesario el consentimiento de su cónyuge, del aquí demandante.

TERCERO.— Debe advertirse que no cabe en este proceso adentrarse en la posible nulidad del afianzamiento por abusividad, al menos en los términos y desde la consideración con la que se plantea en la demanda, esto es por falta de información legal y contractualmente debida, pues tal planteamiento fue resuelto en sentido desestimatorio por Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Zaragoza, al conocer de la oposición en el proceso de ejecución, y en el que, y en lo que aquí interesa, expresamente se razonó que cumple los estándares de transparencia y claridad exigibles en términos que un consumidor medio podía conocer sin dificultad los compromisos que estaba asumiendo. La redacción es clara y comprensible por lo que no cabe entrar en el control de su eventual abusividad. Lo que afecta al apartado dos del suplico, subsidiario del primero. El propio TJ(JE ha considerado que la tutela del consumidor debe respetar un principio esencial en nuestra cultura jurídica, como es el efecto de cosa juzgada, de manera que si en un proceso, aunque sea de ejecución, ya se ha resuelto sobre la abusividad de una cláusula, no cabe volver a decidir sobre lo ya resuelto (STJUE 26/01/2017, 1c-421/14).

CUARTO.— En la sentencia que se cita en el recurso, la del TS de 8/10/2010 (rec. 2305/2010), se hacen algunas consideraciones sobre el art. 1320 C.Civil, análogo al art. 190 CDFFA, que merecen alguna consideración específica, a la par que conviene adentrarse en la diferencia entre fianza personal y la denominada garantía real, esto es la constitución de hipoteca por quien no es deudor.

El TS primero destacará la finalidad de la norma, el art. 1320 C.Civil, esto es conseguir la protección de la vivienda, y por ello se protege a uno de los cónyuges contra las iniciativas unilaterales del otro; alguna parte de la doctrina señala que en el fondo de la norma se encuentra el principio de igualdad, que se proyecta en un doble sentido: en, el consenso para la elección de la vivienda y en el control de ambos cónyuges para su conservación.

Y después concretará los supuestos a los que alcanza la necesidad de consentimiento del cónyuge no propietario: el consentimiento se exige para aquellos casos en que el acto de disposición implica la elimina-

ción directa del bien del patrimonio de su propietario, así como aquellos negocios jurídicos, como la hipoteca, que llevan consigo posibilidades de que el bien en cuestión desaparezca de dicho patrimonio, por la ejecución en caso de impago de la deuda garantizada con el derecho real.

El hipotecante por deuda ajena no es un fiador ni está, por tanto, personalmente vinculado al cumplimiento de la obligación asegurada con sus bienes, sino que únicamente responde de la misma con los bienes hipotecados. Es por lo que, en este sentido, se ha resaltado que, no obstante la similitud que existe entre la fianza personal y la prenda o la hipoteca constituida por un tercero extraño a la obligación principal, en cuanto que se pudiera hablar de una fianza real, existen, sin embargo, grandes diferencias, y es que en la fianza, el fiador, por consecuencia del contrato en que ha sido parte, se subroga en el débito y en la responsabilidad (dejando a salvo los beneficios de excusión y división) y en la prenda y en la hipoteca el tercer deudor accesorio no se subroga ni en el débito ni en la responsabilidad, pues la ha contraído y, por ende, limitado a lo que en garantía ha colocado, que es la consecuencia lógica del contrato en que ha sido parte.

En nuestro Derecho positivo únicamente hay analogía entre ambas instituciones por razón de la función que desarrollan en orden a garantizar una deuda ajena, pero que las diferencias son estructuralmente profundas, debiendo rechazarse el carácter de fiador de quien garantiza una deuda ajena constituyendo prenda o hipoteca sobre un bien de su propiedad, fundamentalmente por la naturaleza esencialmente distinta de la garantía que nace en este supuesto y la que surge de la constitución de una fianza: en ésta, el fiador afecta al cumplimiento de la obligación ajena que ha garantizado la totalidad de su patrimonio; diversamente, el tercero que constituye hipoteca vincula exclusivamente el bien gravado en garantía de la deuda de otro, de tal manera que es posible concluir que el fiador debe y responde, en tanto que el hipotecante no deudor sólo responde. Aunque conviene precisar que la responsabilidad del tercero constituyente es impropia, puesto que únicamente es real, circunscrita al inmueble hipotecado, ya que, al no ser sujeto pasivo de la obligación asegurada, su patrimonio no resulta afectado al cumplimiento de la misma.

La hipoteca del no deudor constituye una figura que participa de la finalidad práctica de la fianza, en cuanto que ambas tienen de común servir de garantía a la obligación de un tercero. Sin embargo, difieren respecto de la especie de garantía que cada una de ellas implica. En este sentido, la naturaleza jurídica de una y otra clase de garantía es bien diversa. La fianza participa de la naturaleza personal que tiene toda relación jurídica obligatoria y, de este modo, estructuralmente supone, al igual que la obligación principal asegurada, la concurrencia esencial e insoluble de deuda y responsabilidad en el sujeto fiador. La hipoteca del no deudor ante todo es un derecho real de garantía y, como tal, no genera responsabilidad personal alguna para el titular del bien hipotecado quien, en virtud de tal condición, únicamente queda vinculado con la obligación garantizada en cuanto que responde realmente con la garantía ofrecida por un inmueble de

su propiedad, pero en ningún momento adquiere la condición de sujeto pasivo de la misma u obligado a su cumplimiento.

Por tanto no se puede equiparar, como se hace en el recurso, al fiador personal al "avalista hipotecario", porque en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección del deudor hipotecario y en el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección, de deudores hipotecarios se dote de la misma protección a los avalistas hipotecarios respecto a su vivienda habitual que al deudor hipotecario, lo que, antes al contrario, desvela el diferente régimen legal de la fianza real que la personal.

QUINTO.— La fianza personal no es un acto dispositivo. El art. 190 COFA, antes transcrito, incluido dentro del régimen primario del matrimonio, debe ser objeto de una interpretación estricta lo que supone, (i) que se debe tratar de una "disposición voluntaria", lo que excluye las forzosas, (ii) que tal disposición lo sea sobre los derechos que uno de los cónyuges tiene sobre la vivienda familiar. La regulación se diferencia relevantemente de la del art. 1320 C.Civil; pues en éste precepto la disposición sobre la vivienda familiar que conlleva la necesidad de consentimiento conjunto es la de cualquier disposición, mientras que el art. 190 CDFA la impone para la disposición "voluntaria", con lo que el legislador acota y limita de una manera más precisa el alcance del requisito de la disposición conjunta, de manera que en el Derecho Aragonés sólo aquéllos actos o negocios que comprometan de una manera directa e inmediata los derechos sobre la vivienda familiar pueden entenderse comprendidos en el ámbito del art. 190 COFA.

Por tanto no puede ser incluido dentro de la necesidad de un consentimiento del cónyuge no titular aquéllos actos que no suponen disposición, lo que acaece en la fianza en la que uno se obliga a cumplir por otro. Que por tanto que se responde con todo su patrimonio (art. 1911 C.Civil) de esa obligación no supone disponer directamente de la vivienda familiar, y se situaría el cumplimiento con el apremio de la vivienda dentro de la esfera de la disposición "forzosa", no comprendido en el COFA. Podría incluirse, y no dejaría de tener un margen de discusión, en su caso en esa limitación la constitución de una hipoteca, que es a lo que se refiere la STS de 8/10/2010. Pero no una fianza personal.

Con la tesis de la parte recurrente la solyencia del aragonés casado quedaría disminuida, pues no solo la fianza sino la asunción de cualquier obligación o compromiso, en cuanto conllevara el potencial riesgo de responder con todo su patrimonio, por tanto también con la vivienda familiar, haría el bien intransmisible e inembargable de no haber contado con el consentimiento del cónyuge no titular al tiempo de contraerse la obligación.

Es clara la voluntad del legislador de limitar la concurrencia de la voluntad de los cónyuges a las transmisiones voluntarias.

SEXTO.— Por tanto es innecesario entrar a indagar sobre el cómputo del plazo de caducidad de la acción de anulabilidad cuando se niega de principio que exista anulabilidad de ningún tipo, y por las mismas

razones expuestas es irnplanteable la acción subsidia-ria encaminada a dejar fuera la vivienda familiar.

Ya en fin no merece una consideración especial la nulidad radical que "vía Código Civil" fundamenta el motivo cuarto, que se dice por "infracción del art. 1322 y 1378 del Código Civil" y ello porque invoca unos preceptos que no son aplicables al matrimonio cuyo régimen económico no está sometido al Código Civil, uno de los preceptos el art. 1378 CC., referido al régimen de gananciales, cuando están sometidos al régimen consorcial, y el otro art. 1322 CC. relativo al régimen primario, cuando en Aragón - tiene su propio régimen jurídico (arts 183 a 194 CDFA)

Es artificiosa la consideración de que la vivienda no es privativa de la mujer, sino consorcial, y por ende la codisposición del bien sería incontestable. La vivienda se adquirió en enero de 1996 y el matrimonio se contrajo en junio de 1999.

Esos pagos constante el consorcio lo que generarán es un reembolso a favor del consorcio (art. 265.1 CDFA), y a cargo de la titular del bien, pero no convierten la vivienda en un bien consorcial (art. 211.b CDFA), pues aun incluso los adquiridos ex-ante el consorcio pero consolidados los derechos después son privativos, como también los comprados antes con precio aplazado, "salvo que la totalidad del precio sea satisfecha con fondos comunes" Y en todo caso la entidad prestataria sería un tercero de buena fe protegido por el registro, al que no sería oponible una titularidad que no es la que resulta del Registro de la Propiedad."

*** Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 4 de julio de 2017. Liquidación del consorcio conyugal. Posibilidad de adicionar bienes en el inventario de una comunidad ya liquidada. Principio de favor partitionis. Valoración de la prueba

"PRIMERO.— Son antecedentes del presente recurso de casación y que resultan de interés para resolverlo los que a continuación se señalan:

En fecha 11 de noviembre de 2011 se dictó sentencia de divorcio de mutuo acuerdo en la que se acordó la liquidación del régimen económico matrimonial de D.ª Susana y D. Julián.

En fecha 28 de julio de 2015 se presentó por D.ª Susana la demanda que dio origen a estas actuaciones. En ella solicitó la ampliación del inventario en su día aprobado, alegando que no habían sido incluidos en el activo del mismo bienes que resultaron omitidos en su día por desconocimiento y que debían figurar en aquél: dos créditos de la sociedad frente al esposo, un automóvil y una motocicleta. La contraparte se opuso a la inclusión del primero de los créditos por haberse tenido ya en cuenta en el convenio regulador, y a la inclusión del segundo por no acreditar la actora que se hubiera abonado con dinero consorcial. También se opuso a la inclusión de los vehículos alegando que se trataba de bienes privativos.

La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda. Razonó, en relación con el primero de los créditos en cuestión (cantidades abonadas constante matrimonio para el pago de un préstamo hipotecario sobre una vivienda privativa del esposo), que no procedía su inclusión al no haberse aportado oportunamente justificación documental de la partida conforme exige el artículo 808 LEC. Además, señaló que no

constaba que ese pago fuera diferente del que ya se había tenido en cuenta en el convenio. A propósito del segundo de los créditos (cantidades abonadas constante matrimonio para el pago de un préstamo hipotecario sobre una nave industrial privativa del esposo) la sentencia decidió que debía formar parte del activo como se pedía ya que, en la vista, la parte demandada manifestó que los pagos se habían hecho con las rentas del alquiler de la nave (por tanto, con dinero de naturaleza común). Otro tanto resolvió en cuanto a los dos vehículos, al haber sido adquiridos constante matrimonio y no haberse acreditado que el coche fuese comprado por el hermano del demandado y puesto a nombre de éste, ni que la motocicleta fuese adquirida por él a título lucrativo.

Ambas partes apelaron la sentencia. D. Julián alegó incongruencia y error en la valoración de la prueba, pidiendo que se revocara aquella en el sentido de no incluir en el inventario ninguno de los bienes solicitados por la contraparte. D.ª Susana alegó incorrecta interpretación del artículo 808 LEC que le había producido indefensión al no admitírsele la práctica de la prueba propuesta. Pidió la revocación y la estimación íntegra de la demanda y, por otrosí, la práctica de prueba en segunda instancia.

SEGUNDO.— La sentencia que ahora se recurre desestimó ambos recursos de apelación. Sin embargo, revocó la sentencia desestimando la demanda. Para ello razonó así:

"Antes de proceder al análisis pormenorizado de ambos recursos, esta Sala debe replantearse la procedencia de los mismos, y ello porque, en el caso enjuiciado hay que partir de que en el procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo seguido entre aquellos, que terminó por sentencia de fecha once de noviembre de dos mil trece, ambos litigantes efectuaron un convenio transaccional sobre la liquidación de su sociedad conyugal, definiendo el activo y pasivo de la misma y estableciendo las correspondientes adjudicaciones. El art. 259 del Código de derecho Foral de Aragón, prevé que los cónyuges o partícipes puedan, mediante acuerdo unánime, liquidar y dividir por sí mismos el patrimonio consorcial. Así pues, los cónyuges litigantes, a la hora de proceder a la liquidación de su sociedad conyugal, optaron por un procedimiento legal, esto el acuerdo de las partes, en detrimento del procedimiento contencioso para la liquidación del patrimonio y por tanto una vez firme dicho acuerdo, al haber sido aprobado por resolución judicial, no puede pretenderse, como ha pretendido el demandante efectuar una liquidación paralela de otros activos o pasivos, preteridos en aquella liquidación, pues es evidente que estas nuevas cargas no se tuvieron en cuenta a la hora de la primera liquidación, y por probablemente (sic) de haberse traído a colación, la liquidación hubiera no sido (sic) aprobada por las partes en aquellos términos, o lo hubiese sido en forma diferente. En consecuencia estima el Tribunal que no puede pretenderse un nuevo procedimiento de liquidación de la sociedad conyugal, respecto a un consorcio ya liquidado, y tan sólo podría solicitarse la nulidad, o en su caso la rescisión de aquella partición, si se reúnen las exigencias necesarias para ello, pero en modo alguno proceder a una liquidación parcial de una sociedad que fue ya disuelta y liquidada con arreglo a la ley. En consecuencia

procede desestimar ambos recursos, y con revocación de la resolución recurrida, desestimar íntegramente la demanda, absolviendo a la parte demandada de las pretensiones contenidas en la misma, sin que para ello sea necesario entrar en el análisis del contenido de los recursos planteados”.

(El resalte es nuestro).

TERCERO.— En el recurso de casación formulado por D.ª Susana se alega infracción del artículo 270 del CDFA en relación con el artículo 1079 del Cc. Señala la parte que, si bien el Código foral no contiene una norma que regule el caso de omisión de algunos bienes en el inventario de la sociedad consorcial, su artículo 270 se remite a las de liquidación y partición hereditaria, lo que conduce al artículo 1079 del Código civil, que debió ser aplicado por la Audiencia Provincial.

La contraparte se opone a la estimación del recurso del recurso considerando, como hace la sentencia de apelación, que la acción que debería haberse interpuesto es la de nulidad de la liquidación efectuada si se die-sen los requisitos para ello o, en su caso la de rescisión. Señala que, en todo caso, el artículo 1.079 no sería de aplicación dado el valor de los bienes que se pretende adicionar al inventario, que es superior — aduce— al de los bienes que se tuvieron en cuenta inicialmente. En fin, se remite a lo alegado en su recurso de apelación ante la Audiencia.

CUARTO.— De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 270 CDFA, A la liquidación y división del consorcio conyugal les serán de aplicación, en lo no previsto en esta sección y en tanto lo permita su naturaleza, las normas de la liquidación y partición de la comunidad hereditaria.

En el CDFA no hay un epígrafe dedicado a las normas de liquidación y división de la comunidad hereditaria. Por tanto, el citado 270 debe entenderse referido a todas las normas del Cc que resulten pertinentes como suple-torias. Entre ellas la del 1079. Este precepto, que recoge el principio del favor partitionis, regula la acción de adición o complemento a la liquidación de la sociedad de gananciales si bien de modo indirecto, es decir, por remisión del artículo 1410 del Cc. Aquel precepto dispone: La omisión de alguno o algunos objetos o valores de la herencia no da lugar a que se rescinda la partición por lesión, sino a que se complete o adicione con los objetos o valores omitidos.

La sentencia que ahora se recurre, como es de ver por lo expuesto más arriba, niega la posibilidad de adicionar bienes en el inventario de una comunidad ya liquidada con arreglo al artículo 259 CDFA. Al hacerlo elude el precepto del artículo 1079 Cc que, en consecuencia, resulta infringido por inaplicación.

Es cierto que, de acuerdo con la jurisprudencia que interpreta el precepto en cuestión (así, la STS de 20 de octubre de 2012 y las que en ella se citan) y tal como viene a poner de relieve la parte recurrida, la adición que ahí se permite debe referirse a bienes de poca importancia, pues en otro caso se produciría la nulidad de la partición y práctica de una nueva. Pero sucede que la escasa importancia de los bienes no se alegó por el de-mandado en la instancia; se trata de una cuestión nueva que, por serlo, no se puede examinar ahora.

Debe prosperar, de acuerdo con la consideración precedente, el motivo de casación. Ahora bien, de ello no se sigue, como pide la parte en su escrito de recurso, la estimación de la demanda que en su día interpuso.

QUINTO.— La estimación del motivo, y dado que lo es de casación, no tiene como consecuencia la declaración de la nulidad de actuaciones con retroacción a la fase de decisión del recurso de apelación, pues corresponde que esta Sala asuma la instancia. Y en ejercicio de la misma, procede examinar los recursos de apelación formulados.

En lo atinente al recurso de apelación de la esposa y ahora recurrente en casación, la parte adujo, como ya hemos adelantado, incorrecta interpretación de la norma del artículo 808 LEC y que, al habersele denegado la solicitud de prueba documental pretendida en la vista, se le produjo indefensión.

No tiene razón. En efecto, el artículo 808 dispone en su párrafo segundo que a la solicitud se acompañarán también los documentos que justifiquen las diferentes partidas incluidas en la propuesta. Este requisito no se cum-plió debidamente por la parte actora, quien sólo aportó una nota simple del Registro de la Propiedad donde consta la existencia del préstamo hipotecario pero no justificó que el mismo se hubiera abonado con dinero con-sorcial. Por tanto, no observó lo exigido en dicho precepto, ni siquiera, como dice la sentencia de primera instancia, manifestó la imposibilidad de hacerlo temporáneamente. No puede, así, considerarse que la denegación de la prueba documental produjera indefensión material a la demandante, por lo que debe desestimarse ese motivo del recurso de apelación.

Adujo además la parte que la juzgadora de instancia dio total veracidad a las manifestaciones del demandado a propósito del crédito cuya inclusión se denegó en la sentencia. Se desconoce así lo que al respecto y con toda razón expresó la sentencia de primera instancia, y es que “en el convenio regulador ya se reconocía la existencia de un crédito a favor de la Sra. G. de 9.000 euros por aportaciones realizadas por ella al préstamo que gravaba una vivienda privativa del mismo, correspondiendo a la parte demandante la carga de probar que el crédito cuya inclusión en el inventario solicita, no es el mismo mencionado en el convenio regulador”.

SEXTO.— En el recurso de apelación formulado por el demandado se alegó, en primer lugar, incongruencia de la sentencia, señalando que la partida relativa a los alquileres de la nave industrial no puede incluirse como una partida del inventario al no haberse solicitado por la demandante. No es posible atender esta alegación, pues no es eso (la inclusión del importe de los alquileres en el activo) lo que acuerda la sentencia, sino la inclusión del crédito frente al esposo, por haber sido pagado el préstamo aludido con dinero consorcial (rentas por el alquiler de nave privativa).

En segundo lugar se alegó error en la valoración de la prueba, por no constar acreditado que el importe fuera abonado en su totalidad con los alquileres de la nave. Pero no hay tal error. Pues la sentencia expresa con claridad que “el letrado de la parte demandada manifestó que tal préstamo se había pagado con las rentas del alquiler de la nave”. Así es; como consta en la grabación de la vista, dicho letrado dijo (a partir del

minuto 2:25) que había traído unos recibos que acreditaban que el préstamo se fue abonando mediante el propio alquiler de la nave, que obviamente no estaban todos los recibos de todos los alquileres porque esos eran los que habían encontrado, ya que era algo muy antiguo. Pues bien, una vez reconocido que el préstamo se pagó con esas rentas comunes, era ya irrelevante la aportación de todos o algunos de los recibos.

En fin, afirma el demandado apelante que existe una conculcación de las reglas de la sana crítica y una falta de lógica en la valoración de la prueba testifical, concretamente en la de la declaración de D. Siro C., hermano de aquel, que afirmó que el vehículo era de su propiedad y que lo pagó, si bien debido a sus circunstancias económicas prefirió ponerlo a nombre de su hermano. La sentencia expresó en este punto que el vehículo había sido adquirido constante matrimonio y que no podía estimarse acreditado que D. Siro fuese quien lo adquirió y lo puso a nombre de su hermano, "ya que no se acreditó la compra y el pago del precio del vehículo por el Sr. Siro". Considera la Sala que esta apreciación es perfectamente lógica, por lo que tampoco en esto tiene razón la parte.

En suma, procede la desestimación de ambos recursos de apelación y correlativa confirmación de la dictada en primera instancia."

68. VIUDEDAD

*** Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Zaragoza de 14 de diciembre de 2017. Extinción del derecho expectante de viudedad. Venta de bien de persona incapacitada. Jurisdicción voluntaria. Intereses familiares

"Primero.— La presente resolución tiene por objeto resolver en torno a la petición de extinción del derecho expectante de viudedad que ostenta D. I sobre el inmueble sito en la Calle

En relación a la misma la primera cuestión a la que se debe dar respuesta (a la vista de las alegaciones formuladas por parte de D. I) es la referente a si el presente procedimiento es el idóneo o no para resolver lo planteado.

A tal efecto, este juzgado dictó auto el pasado 22.09.2017 en el que se indicó la idoneidad del recurso a la jurisdicción voluntaria con referencia al AAP Zaragoza, sec 2.º 27.03.2007 que tramitó un expediente en el que se acordó la extinción de un derecho expectante de viudedad como expediente de jurisdicción voluntaria.

La parte frente a quien se interesa el expediente señala la no idoneidad de la vía empleada sino que se debe acudir a un procedimiento ordinario, habiendo señalado como fundamento de ello el que la evolución de aquel caso no fue como el presente.

En relación a ello, el desarrollo del proceso seguido en el supuesto resuelto por el AAP Zaragoza, sec 2.º 27.03.2007 tiene como principal diferencia con el actual la referente a que en aquel procedimiento el esposo fue citado y no formuló oposición, a diferencia del presente en el que si se ha formulado tal oposición.

Respecto a si la existencia de oposición motiva que se deba señalar la inadecuación del procedimiento como interesa D. I, es de señalar que el presente expediente se tramita al amparo de lo previsto en la Ley

15/2015 de 2 de julio de jurisdicción voluntaria que define al expediente de jurisdicción voluntaria como aquel que requiere la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses en materia de Derecho civil y mercantil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso. Este último requisito no comporta (como ya se indicó en el auto de 22.09.2017) que ante cualquier oposición se deba archivar el expediente, pues la Ley 15/2015 normaliza en los expedientes de jurisdicción voluntaria la existencia un cierto grado de controversia, situación que implica un cambio sustancial respecto de la antigua formulación del derogado art. 1817 LEC/1881.

En concreto el art 17,2 LJV establece que, una vez admitida la solicitud, el LAJ citará a una comparecencia a quienes hayan de intervenir en el expediente, siempre que concurra alguna de las circunstancias que menciona (audiencia de otros interesados exigida por la ley, necesidad de pruebas personales o conveniencia para la mejor resolución del expediente). En tal caso, los interesados serán citados a la comparecencia y si alguno de ellos fuera a formular oposición (que no exige el precepto sea motivada), deberá hacerlo en los cinco días siguientes a su citación.

En este caso una primera cuestión que se plantea (y relacionada con este aspecto del análisis) es que en él no consta que D. I (a quien se notificó el auto de 22.09.2017 el 10.10.2017) formulase oposición en tal plazo, sino que cuando la verificó fue en la comparecencia. Tal ausencia de formulación de oposición en principio (y en una interpretación literalista del art 17,2 LJV) motivaría la imposibilidad de formularla en la comparecencia, si bien dado que el presente expediente viene referido a un caso de una persona con la capacidad modificada judicialmente, cabe entender de aplicación la previsión general referente a no regir el principio de preclusión. Ello en los procesos contenciosos se contiene en el art 752 LEC mientras que en el ámbito de la jurisdicción voluntaria establece el art 19,2 LJV que: "2. Cuando el expediente afecte a los intereses de un menor o persona con capacidad modificada judicialmente, la decisión se podrá fundar en cualesquiera hechos de los que se hubiese tenido conocimiento como consecuencia de las alegaciones de los interesados, las pruebas o la celebración de la comparecencia, aunque no hubieran sido invocados por el solicitante ni por otros interesados".

Esta situación es la que motivó no se señalare nada en el acto de la comparecencia en torno a la no idónea formulación de la oposición que por ello es posible tramitar y tomar en consideración.

Tras la precisión anterior en virtud de la que se estima que en un caso como el presente es posible tener por formulada la oposición (pese a la ausencia de anuncio previo), y en relación a lo que puede comportar su concurrencia, se debe partir del hecho de que en la Ley 15/2015 la regla general es que la oposición no hace contencioso el expediente, ni impide que continúe su tramitación hasta que sea resuelto, salvo que la ley expresamente lo prevea, como sucede en la adopción (art. 39.3), en la remoción de tutor o curador (art. 49.1). Sólo en algún caso, como el deslinde de fincas no inscritas (art. 106), la oposición provoca el archivo del expediente. En todo caso, ello es siempre

sin perjuicio de un proceso contencioso posterior, en el que la sentencia deberá pronunciarse sobre la confirmación, modificación o revocación de lo acordado en el expediente de jurisdicción voluntaria (artículo 19 LJV).

La situación expuesta se estima lleva a la conclusión en virtud de la que la oposición o contradicción al acto de jurisdicción voluntaria, si bien abre siempre la vía a un juicio contradictorio, solo unas veces concluye el expediente de jurisdicción voluntaria transformándolo en expediente contencioso, ya que en otras, el juicio contradictorio se pospone a la tramitación y decisión del expediente de jurisdicción voluntaria. En estos últimos casos la LJV estima necesario que el efecto jurídico propio del acto de jurisdicción voluntaria se produzca necesaria y directamente en el expediente de esta naturaleza, pudiendo los interesados, una vez producido el efecto, impugnarlo en juicio contradictorio. En los otros supuestos la oposición del interesado concluye el procedimiento de jurisdicción voluntaria, transformándolo en contencioso.

Dado que el supuesto aquí contemplado no es de los expedientes de jurisdicción voluntaria que la LJV prevea que ante la existencia de oposición se conviertan en contenciosos, ni tampoco es de aquellos que se deban archivar ante la existencia de oposición (dado los efectos que comporta ello se considera solo posible en los supuestos de previsión legal específica y en este caso ninguna hay), se estima que debe procederse a resolver el expediente, sin perjuicio de la previsión normativa que se contiene en el art 19,4 LJV.

Segundo.— Una vez dada respuesta en el fundamento de derecho anterior a la problemática procesal planteada, y entrando en el análisis de las circunstancias del caso concreto, es de señalar que el presente expediente se debe analizar desde la perspectiva del art 280,3 CDFA según el que: “3. A petición de un cónyuge, el Juez puede declarar extinguido el derecho expectante del otro sobre un bien, antes o después de su enajenación, en razón de las necesidades o intereses familiares”.

En este caso la petición la formula la tutora de la cónyuge pues ésta se encuentra incapacitada (la petición la formula D.º M, en su condición de tutora de su madre D.º M.º C que fue incapacitada en virtud de sentencia de 5.11.2014 dictada por el Juzgado de 1.º Instancia n.º 13 de esta ciudad estando acordada la designación de tutora por auto de 22.04.2015) dirigiéndose la petición frente al esposo de la Sra S (D. I), padre además de la tutora.

El concreto bien en relación al que se interesa la extinción del derecho de viudedad es una tercera parte de la vivienda propiedad con carácter privativo de la incapaz D.º María C sita en esta ciudad sita en . La venta del inmueble fue autorizada en lo que respecta y a la parte correspondiente a la incapacitada por medio de auto de 11.07.2016.

Juntamente con la solicitud se adjunta a la escritura de manifestación y aceptación de herencia en relación a D. D y en la que se integra la finca a la que vienen referidas las presentes actuaciones y está inscrita en el Registro de la Propiedad n.º 10 de Zaragoza con el número de finca 15.962 en el tomo 2495, folio 218. En relación a la misma, y en virtud de tal escritura D.º María del C se adjudicó una tercera parte de la titula-

ridad que correspondía al causante respecto de tal inmueble y que era de una mitad indivisa lo que supone 1/6 parte de este inmueble. En cuanto a la otra 1/6 le fue adjudicada por la escritura de manifestación de herencia de 6 de marzo de 1991.

En la nota simple del Registro de la Propiedad referente al inmueble consta la titularidad de esta finca que corresponde en 2/6 partes a D.º María del C, en 2/6 partes a D.º María P, en 1/6 a D. A y en otra 1/6 a D. V.

Partiendo de este objeto del presente expediente, es de señalar que el supuesto del artículo 280,3 CDFA posibilita la autorización a petición de un cónyuge (no del propietario del bien como decía el artículo 76.2 de la Compilación), normalmente para bienes privativos pero no se excluye para los comunes, para la extinción del derecho expectante sobre un bien concreto y por necesidades o intereses familiares, a criterio del juez.

El momento de la solicitud puede ser tanto anterior como posterior al acto de enajenación, siendo las causas en las cuales se funda la extinción del expectante (como además asimismo detalla la Exposición de Motivos del CDFA) las necesidades o intereses familiares (se ha suprimido en la regulación toda referencia al abuso de derecho).

Respecto de este régimen el AAP Zaragoza Sec 2.º 27.03.2007 (dictado al amparo de la normativa anterior) indicó que: “... El derecho expectante de viudedad es un derecho de naturaleza familiar de carácter real, ejercitable “erga omnes”, constitutivo de una verdadera carga o gravamen, renunciabile y fundado en la tradicional organización de la familia en Aragón. La extinción se puede producir por renuncia expresa, tácita presumiéndose ésta sin prueba en contrato mediante el consentimiento a la enajenación, por renuncia supletoria (decisión judicial) y por alguno de los casos previstos en la Ley. El art. 98.3 de la Ley 2/2003 de Aragón, prevee que a petición de uno de los cónyuges el juez pueda declarar extinguido el derecho expectante del otro sobre un bien antes o después de su enajenación, en razón de las necesidades o interés familiar, precepto que ha atendido los requisitos existentes hasta la fecha por el art. 76,2 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, que a su vez supuso una antigua aspiración de los juristas aragoneses, introducido por la reforma operada en la C. del 1967 por la Ley 3/1985 de 21 de mayo de las Cortes de Aragón, que pretendía ofrecer solución a todas aquellas situaciones en las que no podía llevarse a efecto la enajenación de los bienes privativos de uno de los cónyuges sobre el que recayera el derecho expectante cuando el titular de éste se hallaba incapacitado o se negara con abuso de derecho impidiendo sin justa causa la venta”.

En este caso se deben analizar las necesidades e intereses familiares que pudieren comportar la necesidad de acordar la extinción del derecho expectante de viudedad.

Tales necesidades en este caso han sido analizadas (si bien desde una perspectiva distinta) en lo que es la autorización a la tutora para la venta del bien en el auto dictado por el Juzgado de 1.º Instancia n.º 13 que fija las garantías que se estimaron oportunas para que lo obtenido de la venta tuviere el destino adecuado en protección de la persona tutelada.

En lo que es la existencia o no de una necesidad e interés familiar en la extinción del derecho expectante de viudedad de D. I, es necesario destacar que esta resolución debe hacerse desde esta última perspectiva y no puede analizar la corrección o no de la labor llevada a cabo por la tutora (como se expuso por D. I) ya que ello es materia propia de un expediente de remoción de tutor que nada tiene que ver con el presente.

La parte solicitante alude a los gastos que genera el bien adjuntándose la documentación referente a ello y el haberse dado de baja en el suministro de energía eléctrica así como en el de abastecimiento, saneamiento de aguas y recogida de basuras señalando que una forma de evitar tales gastos es la de proceder a la venta del bien, algo que contradice D. I quien indica se podría arrendar sin que ello supusiera la salida del inmueble del patrimonio.

Respecto de ello, es de señalar que la función de administración del bien no incumbe a D. I, y es materia ajena a estas actuaciones en las que se debe analizar si existe o no un interés y necesidad familiar que justifique la venta del bien y con ello la extinción del derecho expectante de viudedad.

Respecto de ello, es de señalar que D.º M.º C cuenta con un patrimonio (se detalla en el inventario de los bienes de la tutelada que se aportó) que permite atender a sus necesidades, si bien gran parte del mismo es de carácter consorcial con los efectos que ello supone de cara a la gestión del mismo y que derivan del CDFA, y que en este caso entrañan una importante problemática dada la relación existente entre la tutora de D.º M.º C y el esposo de ésta D. I (quien es además padre de la tutora) siendo ejemplo de ello las actuaciones del Juzgado de 1.º Instancia n.º 13 obrantes en autos.

Tal problemática, teniendo en cuenta además la situación económica global, es la que se estima comporta que en este caso haciendo una ponderación de los intereses operantes (y teniendo en cuenta el principio "favor viduitatis") hace que se estime que el interés y necesidad familiar hacen idónea la extinción del derecho expectante de viudedad en tanto en cuanto permitirá a la tutora obtener bienes respecto de los que la administración será ajena a D. I y en beneficio de la tutelada, sin que la pérdida que ello suponga para el Sr B se considere deba impedir tal actuación a la vista de la ponderación de los intereses operantes que se acaban de detallar, no estimándose posible en una resolución como la presente fijar algún tipo de compensación en su favor por la pérdida que tal derecho supone al no haberse interesado y el tipo de procedimiento de que se trata dada la ausencia de una previsión específica al respecto en el art 280 CDFA.

Ello hace que se estime procedente haber lugar a lo interesado, sin hacer declaración expresa en torno a los gastos derivados que se rigen por lo fijado en el art 7 LJV."

71. EN GENERAL. NORMAS COMUNES

*** Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 18 de julio de 2017. Aceptación de herencia. Jurisdicción voluntaria. Interpelación judicial

"PRIMERO.— Es objeto de recurso de apelación el auto que inadmite el expediente de jurisdicción volun-

taria para la interpelación judicial de aceptación de herencia, instado al amparo del art. 348 CDFA.

La resolución apelada considera que tras la modificación por la Ley 12/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria, que ha modificado el art. 1005 C. Civil, la intimación pasa a ser de judicial a notarial.

SEGUNDO.— La cuestión planteada ya se resolvió en auto n.º 22 de fecha 1-2-2017 de esta AP y Sección, indicando lo siguiente: "El art. 348 CDFA es una norma de naturaleza sustantiva, no procesal, de manera que la competencia estatal para la regulación de la normativa procesal no incide en la identificación de la autoridad tributaria de la facultad de realizar la intimación y a la que se le puede aplicar la misma.

Es lo que resulta asimismo de la Ley 3/2016, de 4 de febrero, de reforma de los arts. 535 y 536 CDFA, a propósito de la reforma de la competencia para declarar la condición de heredera de la Administración, señalando el Preámbulo de dicha Ley que: "La Ley estatal 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción voluntaria, mediante su disposición final octava, da nueva redacción al apartado 6 del artículo 20 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas según la cual cuando sea llamada la Administración General del Estado o las Comunidades Autónomas, corresponderá a la Administración llamada a suceder en cada caso efectuar en vía administrativa la declaración de su condición de heredero abintestato. Este es el caso de la Comunidad Autónoma de Aragón, llamada a suceder legalmente de acuerdo con el artículo 535 del Código del Derecho Foral de Aragón en defecto de parientes y de cónyuge."

A lo que añade: "La nueva regulación estatal no afecta para nada al Derecho civil sustantivo aragonés, que es el que regula la sucesión legal a favor de la Comunidad Autónoma o el Privilegio del Hospital Nuestra Señora de Gracia."

Y así se modifica el art. 535 CDFA para suprimir la referencia al carácter "judicial" de la previa declaración de herederos, y sin embargo no se ha modificado el art. 348 CDFA, lo que desvela la vigencia del precepto, y la clara voluntad del legislador aragonés."

*** Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 30 de octubre de 2017. Derecho de transmisión y sustitución legal preventiva de residuo en la institución recíproca de herederos en testamento mancomunado. Principio de troncalidad. Anulabilidad

"PRIMERO.— Los hechos que debemos de tener en cuenta para la resolución del recurso y de la litis se hallan convenientemente detallados en el fundamento jurídico primero de la sentencia apelada, y que transcribimos a continuación.

1.º) Dña. N y su esposo, D. A, ambos de vecindad civil aragonesa y sin descendientes ni ascendientes, otorgaron Testamento Mancomunado en fecha 11 de septiembre de 1985 ante el Notario D. José María Belled Heredia, en el que se instituyeron "mutua y recíprocamente" el uno al otro "herederos universales, en pleno dominio y libre disposición, tanto por actos inter vivos como mortis causa", sin más previsiones. *

2.º) Fallece primero Dña. N, el 10 de diciembre de 1988, y tan solo cuatro días después, el 14 de diciembre de 1988, fallece D. A, sin haber aceptado

ni repudiado la herencia de su esposa premuerta y sin haber otorgado testamento posterior.

Fallecidos ambos cónyuges en 1988, la ley que rige la sucesión es la Compilación de Derecho Civil Aragonés de 1967 modificada por Ley de 21 de mayo de 1985, cuyo artículo 108.3 (pacto "al más viviente" o llamamiento sucesorio a los herederos del cónyuge premuerto sobre los bienes heredados y no dispuestos por el más viviente) se mantiene en el actual artículo 419.3 del CDFa.

3.º) Por auto de fecha 16 de abril de 1993 dictado por el Juzgado de Primera instancia n.º 14 de Zaragoza son declarados herederos abintestato de D. A., respecto de todos sus bienes, derechos y acciones, sus hermanas Dña. E y Dña. A —a razón de una cuarta parte cada una— y sus sobrinos Dña. M J y D. J hijos de su premuerta hermana Dña. M —a razón de una octava parte cada uno—.

4.º) En fecha 30 de julio de 2004, y con intervención de la actora, de los demandados (a excepción de Dña. P y D. A) y de Dña. A, en cuanto herederos todos ellos de D. A (ya sobrinos y sobrinos nietos de éste) otorgaron ante el Notario D. José Luis de Miguel Fernández escritura pública de aceptación de la herencia de D. A y de disolución parcial de la comunidad, con el número 2910 de su protocolo.

Escritura en cuyo expositivo II se decía que al haber fallecido D. A "sin haber aceptado ni repudiado la herencia de Dña. N, en virtud del artículo 1006 del Código Civil, por derecho de transmisión corresponde heredar a los herederos de D. A los bienes procedentes de la herencia de Dña. N".

En el expositivo XI de la escritura se declaraban como bienes relictos al fallecimiento de D. A: un piso sito en Zaragoza; en la calle (valorado en 90.151,82 €), adquirido por D. A constante matrimonio y para su sociedad conyugal por título de compraventa el 12 de mayo de 1982, y dinero en metálico por importe de 24.731,75 C.

En estipulación QUINTA de la escritura, los aceptantes procedieron a adjudicarse, en proindiviso y distinta proporción, el pleno dominio de la totalidad del referido piso, y disolvieron parcialmente la comunidad constituída entre ellos sobre la expresada vivienda adjudicándose en pleno dominio Dña. A, quien hizo pago a los demás comuneros, en función de sus respectivas cuotas, del valor correspondiente.

5.º) Presentada la precedente escritura pública por Dña. A en el Registro de la Propiedad n 8 de Zaragoza, en que se hallaba inscrita la Vivienda adjudicada —al Tomo 66, Libro 137, Folio 69, Finca Registral número 8.184— por calificación de fecha 9 de junio de 2005 se denegó la inscripción interesada por defectos insubsanables por no haber intervenido en la liquidación de la sociedad conyugal, operaciones hereditarias y posterior disolución del condominio de la finca en cuestión los herederos de Dña. N.

6º) Dña. A formula el 15 de abril de 2014 demanda ejercitando acción de nulidad absoluta y radical del negocio jurídico contenido en la escritura pública de fecha 30 de julio de 2004, por contravención de normas imperativas.

La parte actora fundamentará su pretensión de nulidad absoluta de lo acordado en la referida escritura pública, según expone en el Fundamento de Derecho

VI de su demanda, en que rigiéndose la sucesión de D. A por la Compilación de Derecho Civil de Aragón en su redacción vigente al tiempo del fallecimiento (Compilación de 1967 modificada por Ley de 21 de mayo de 1985), era de aplicación el artículo 108.3 de dicha Compilación y no el artículo 1006 del Código Civil, y así habiéndose excluido con ello del reparto a los herederos de Dña. N, a quienes correspondía el 50 % de los bienes declarados en dicha escritura, a los que se había otorgado carácter privativo, ello implicaba una nulidad absoluta o radical por contravención de norma imperativa, y por ello no sometida a caducidad, que entendía la legitimaba para solicitar frente a los demás herederos de D. A, intervinientes en el otorgamiento de tal escritura, su nulidad con la consecuencia de tener que procederse a la recíproca restitución de prestaciones entre ellos.

La sentencia de primera instancia, tras un exhaustivo y pormenorizado razonamiento, al que nos remitimos en su integridad, concluye que no nos hayamos ante normas imperativas, y por lo tanto, no cabe nulidad radical, sino 'mera anulabilidad, por lo que considera que la acción ha caducado.

SEGUNDO.— La sentencia apelada razona —en síntesis— que fallecido el instituido heredero sin aceptar ni repudiar la herencia de la disponente, el ius delationis a su herencia contiene una doble legitimación: por un lado, la efectuada por la ley a los sustitutos legales de residuo (anterior artículo 108.3 de la Compilación, actual artículo 419.3 CDFa), y por otro lado, la delación iure transmissionis (artículo 1006 Código Civil, actual artículo 354 CDFa). Siendo ambas delaciones incompatibles, la preferente es la prevista en el artículo 108.3 de la Compilación, actuales artículos 395.3, 419.3 y 531.2 CDFa y ello en razón de que el legislador afirma que esa hubiera sido la voluntad del disponente en aplicación del llamado principio de troncalidad que informa la sucesión legal aragonesa. Ahora bien, a diferencia de lo que sucede en el Código civil, en que expresamente se elimina el juego del derecho de transmisión, en Aragón la delación respecto de los herederos del sustituido supérstite (D. A), no desaparece porque la delación ex artículo 108.3 Compilación, actuales artículos 395.3, 419.3 y 531.2 CDFa, sólo se antepondrá a la de aquéllos a condición de que haya herederos de la premuerta que ejerzan positivamente la delación, puesto que si no hay herederos de la primera causante o repudian el llamamiento, éstos bienes quedarán integrados en la herencia del transmitente, y sus herederos consolidarán el derecho a la totalidad de los bienes, incluidos los del disponente en aplicación del iure transmissionis, si el transmitente falleció sin haber ejercitado la delación.

Los efectos prácticos de esta concurrencia de delaciones dan lugar, en el plano de la eficacia, a desplazar el concepto de invalidez de manera que si los herederos del supérstite ejercitan la delación en razón del iure transmissionis, 'no hay invalidez de la aceptación sino tan sólo y, en su caso, ineficacia, pues la misma puede ser resuelta si los herederos legales del disponente —en este caso los de Dña. N— reclamasen la herencia, y si no lo hicieran, los aceptantes consolidarían su derecho definitivamente.

Por todo ello ha de concluirse que las normas que regulan y regulaban la delación en Aragón —artículos

108.3 de la Compilación, actuales artículos 395.3 y 419.3 CDFA, en su relación con el artículo 1006 Código Civil asumido por el artículo 354 CDFA— no son normas de “ius cogens”, como resulta de la relación expuesta entre el derecho de transmisión y la sustitución legal preventiva de residuo en la institución recíproca de herederos en testamento mancomunado. Por lo que la preferencia en el ejercicio de la delación a la herencia de Dña. N de los herederos de ésta, en aplicación del artículo 108.3 de la Compilación, sobre los herederos iure transmissionis de D. A, no conduce a la consecuencia pretendida por la actora de nulidad absoluta pues no estamos ante la infracción de normas imperativas.

TERCERO.— La doctrina (BELLOD FERNANDEZ DE PALENCIA “Código del Derecho Foral de Aragón,” Concordancias, Doctrina y Jurisprudencia², página 617), a propósito del artículo 419 CDFA, refiere que «la norma confirma la posibilidad de que los testadores en testamento mancomunado puedan instituirse recíprocamente herederos. La norma regula en sus párrafos segundo y tercero cómo se hereda después del fallecimiento de los testadores, estableciendo las reglas para determinar cuál ha de ser el destino de los bienes. A) Si los testadores designan herederos o legatarios, respecto de los bienes que quedaren al fallecimiento del último de los testadores, los así designados en los bienes, sucederán directamente del primer fallecido. B) Si por el contrario, los testadores no han previsto el ulterior llamamiento de un tercero, al fallecimiento del último de los testadores, los bienes procedentes del primero que quedaren por no haber dispuesto de ellos el sobreviviente pasarán a los parientes llamados en tal momento a la sucesión legal del primeramente fallecido. Se respeta así el principio de troncalidad, al cambiar la trayectoria sucesoria de los bienes a favor de los sucesores legales del premuerto. Es de reseñar que el precepto tiene carácter dispositivo [el subrayado es nuestro] y que solo es aplicable cuando la institución recíproca se hace en testamento mancomunado y no, cuando los testadores lo otorguen en sendos testamentos individuales, en cuyo caso al fallecimiento del superviviente heredarán sus sucesores legales, tanto de los bienes procedentes del premuerto como de los suyos propios».

Por consiguiente, si el precepto tiene carácter dispositivo, no es de ius cogens o imperativo, con lo que la acción entablada únicamente puede ser de anulabilidad y no de nulidad radical, estando sometido su ejercicio al plazo de caducidad de cuatro años, como establece la sentencia apelada, por lo que el recurso debe perecer en lo sustancial.

CUARTO.— Sin embargo, convenimos en la existencia de dudas jurídicas, ‘toda vez’ que el propio Registrador de la Propiedad, denegó la inscripción interesada al no concurrir la totalidad de los llamados o partícipes. Por ello el recurso debe ser estimado en este punto, revocando la sentencia de instancia en cuanto a la expresa imposición de costas a la parte actora.”

*** Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 7 de noviembre de 2017. Adición a sociedad consorcial y hereditario. Presunción de comunidad. Alcance de renuncia en escritura pública. Actos propios

“PRIMERO. La sentencia dictada en primera instancia desestimó totalmente la demanda que doña M interpuso contra don J en reclamación de los siguientes pronunciamientos: A/ La adición como activo al inventario de bienes y derechos integrantes de la sociedad consorcial compuesta por , liquidada como consecuencia de su disolución al fallecimiento de don L, formalizada en escritura autorizada en Teruel el 30 de enero de 2012 por el Notario don Dámaso Cruz Gimén, de un crédito por importe de 71.168 euros correspondiente al importe actualizado del coste de la construcción, pagada con fondos de la sociedad matrimonial sobre la finca identificada catastralmente como C, de naturaleza privativa del Sr. P y, por lo tanto, en contra del propio don L como deudor. B/ Adición al activo de la herencia de don L, formalizada en la misma escritura autorizada en Teruel el 30 de enero de 2012 por el Notario don Dámaso Cruz Gimén, de la mitad del derecho de crédito reseñado que se ha adjudicado a la herencia del causante don L en la liquidación de la sociedad consorcial. Y en el pasivo, y como obligación de pago a cargo del causante, don L, de la obligación de reintegrar a la sociedad consorcial la cantidad invertida por dicha sociedad consorcial en su finca de naturaleza privada. Pago que corresponde a los herederos del causante () en la misma medida en que lo son: a) La mitad del derecho de crédito adjudicada a la herencia del propio don L y que, por tanto, se adjudicará como titulares a sus herederos ; b) La mitad del derecho de crédito adjudicada al cónyuge viudo, doña M, deberá ser satisfecha al cónyuge viudo por los herederos de don L. Fallecida doña M y aceptada su herencia y adjudicado este derecho de crédito en su herencia a su heredera doña M, por el importe de 35.584 euros, a esta heredera (), habrán de satisfacer este derecho de crédito los herederos de don L, extinguiéndose por confusión las cantidades a satisfacerse a sí misma la propia doña M, como heredera de don L y como heredera de la propia doña M.

Llega el Juzgador a quo a esta conclusión previa calificación de privativa —del Sr. P— de la edificación construida en su solar por cuanto, si bien existe una presunción de comunidad respecto de todos aquellos bienes cuyo carácter privativo no pueda justificarse (artículo 217 del Código de Derecho Foral de Aragón), en el presente caso considera acreditado dicho carácter privativo en virtud de tres de los documentos obrantes en autos: 1.º/. La escritura de declaración de obra nueva de 14 de abril de 1959 en el que se hace constar que “sobre el solar antes descrito, el compareciente, a sus expensas, con materiales propios, sin que adeude nada por mano de obra ni dirección y con las licencias administrativas y asesoramientos técnicos necesarios, ha levantado un edificio de nueva planta por lo que la finca...” 2.º/. La escritura de liquidación de la sociedad conyugal formada por el Sr. P y la Sra. M, de fecha 30 de enero de 2012, en la que esta última manifiesta que no existen deudas a cargo de la sociedad conyugal disuelta y liquidan la sociedad conyugal. De estos dos documentos deduce el Magistrado-Juez de instancia que ambos cónyuges reconocieron dicho carácter privativo. 3.º/. Es en la escritura de aceptación y adjudicación de herencia de fecha 10 octubre 2013 (ya fallecida la Sra. M) cuando

se menciona por primera vez el supuesto derecho de crédito del consorcio frente al Sr. P.

SEGUNDO. Frente a dicha resolución se alza la demandante doña M alegando que los documentos en los que funda la sentencia de instancia la desestimación de la demanda no son definitivos, ya que en la escritura pública de 14 de abril de 1959 solo intervino don L; y la escritura pública de 30 de enero de 2012 no contiene realmente un reconocimiento de privacidad.

El demandado don J se opone al recurso e interesa la confirmación de la sentencia apelada.

TERCERO. No puede mostrar este tribunal de apelación su conformidad con la valoración que realiza el juzgador de instancia de los documentos indicados.

En primer lugar, porque en el primero de ellos, de fecha 14 de abril de 1959, intervino únicamente don L (no estaba presente su esposa doña M), pero es que, además, de los términos utilizados en la escritura pública (ex-posición segunda) no se concluye el reconocimiento privativo de la edificación por su parte sino el cumplimiento de los requisitos administrativos necesarios y la ausencia de deudas, de ahí que hiciera constar: "a sus expensas, con materiales propios, sin que adeude nada por mano de obra ni dirección, y con las licencias administrativas y asesoramientos técnicos necesarios".

Respecto a la segunda de las escrituras públicas, de 30 de enero de 2012, no existe en la misma un reconocimiento expreso por parte de doña M de la privacidad de la vivienda construida sobre el solar de su esposo, pero sí es cierto que de manera unánime, la madre (doña M) y los dos hijos del matrimonio, legatarios herederos universales del remanente de la herencia de su padre don L, y los nietos-legatarios liquidan y parten la sociedad conyugal tras la formación del inventario correspondiente donde, como punto uno figura como bien privativo de L "P", sin que en el inventario conste crédito alguno en contra del consorcio y a favor de M por su construcción con dinero consorcial. En el inventario de bienes aceptado unánimemente por todos los otorgantes no figura el crédito que se reclama. Finalmente, tras la liquidación de la herencia y adjudicación, los comparecientes manifiestan "que se dan por completamente pagados y satisfechos de sus respectivos derechos hereditarios y que renuncian a hacerse reclamación alguna como consecuencia de las adjudicaciones verificadas".

A la vista del contenido de los documentos referenciados no puede concluirse que esta prueba sea suficiente para considerar justificado el carácter privativo de la mencionada edificación y, consiguientemente, para inhabilitar la presunción de comunidad recogida del artículo 217 del Código de Derecho Foral de Aragón.

En lo que se centra realmente la cuestión litigiosa es en la determinación del alcance de la renuncia contenida en la escritura pública.

La Sala 1.ª del Tribunal Supremo ha señalado (sentencia de 17 de marzo de 2006, recurso 2717/1999, entre otras, que contempla un supuesto en el que, como el ahora estudiado, se conocía el carácter ganancial del bien y éste, a pesar de ello, no formaba parte del inventario de los bienes de la herencia, habiéndose realizado, además, renuncia expresa a cuantas accio-

nes pudieran corresponder. Sentencia que recoge la dictada por la Audiencia Provincial de Cuenta el 25 de febrero de 2014, n.º 29/2014), admite tanto la renuncia tácita como la expresa. Dice dicha sentencia: "...Tanto una como otra razón son aceptadas por esta Sala conforme a su propia jurisprudencia. Se estima que se trata de una renuncia a la posible reclamación sobre la finca objeto del contrato vitalicio: renuncia tácita la intervención, como parte, en la partición del haber hereditario de sus padres en cuyo inventario no aparecía la finca cuya reclamación es el objeto de este proceso; renuncia tácita que es admitida jurisprudencialmente, como recuerda la sentencia de 30 de octubre de 2001 al decir: 'si bien la renuncia ha de ser clara, terminante e inequívoca, el ordenamiento jurídico, concretamente, el artículo 6.2 del Código civil que la regula, no la sujeta a una forma especial, por lo que puede producirse de forma tácita o implícita'. Y, por otra parte, es renuncia expresa la declaración que consta en la misma escritura de aceptación de herencia y partición que expresa literalmente que renuncia a las acciones; a cuya renuncia expresa también se ha referido la jurisprudencia, como la sentencia de 25 de noviembre de 2002 que dice: 'la jurisprudencia de esta Sala es reiterada y uniforme en declarar que las renunciaciones no se presumen; que han de resultar de manifestaciones ex-presas a tal fin, o de actos o conductas que de modo inequívoco, necesario o indudable lleven a la afirmación de que ha existido una renuncia'. La renuncia, por dos veces, tácita y expresa, en el presente caso es indiscutible: el aceptar un inventario que no incluye la finca, a sabiendas, es una posición clara, terminante e inequívoca de que no la pretende reclamar nunca y el renunciar a las acciones que pudieran corresponderle, por darse por pagado es una clara renuncia expresa".

Esto es lo que sucede en el caso que nos ocupa. Por una parte, doña M renunció tácitamente a la cantidad que ahora es objeto del pleito, pues aceptó un inventario que no incluía el dinero que ahora pretende su heredera, y, por otro lado, también renunció expresamente a la cifra ahora litigiosa cuando manifestó, junto con los demás comparecientes en la escritura de 30 de enero de 2012 a quienes también les afecta "que se dan por completamente pagados y satisfechos de sus respectivos derechos hereditarios y que renuncian a hacerse reclamación alguna como consecuencia de las adjudicaciones verificadas".

Por ello, consideramos aplicable a este supuesto la teoría de los actos propios, lo que conlleva la desestimación de la demanda y, consecuentemente, la confirmación del fallo de la sentencia apelada, aunque por unos fundamentos distintos como se ha estudiado en la presente resolución."

*** Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 22 de diciembre de 2017. Testamento mancomunado con institución fiduciaria. Eficacia revocatoria de testamento ológrafo unipersonal. Falta de correspectividad "PRIMERO. — Antecedentes relevantes

De los hechos admitidos por las partes, que son base para las decisiones adoptadas en las sentencias dictadas en primera y segunda instancia, resultan comprobados los siguientes datos relevantes:

1. D. J. A. de G. A. y D.ª María Á. L. M., cónyuges, de vecindad civil aragonesa, otorgaron testamento mancomunado el día 6 de noviembre de 1986 ante el Notario que fue de Zaragoza D. Pascual Gomis Vidal. En dicho testamento disponían: “segundo. Se conceden mutua y recíprocamente, usufructo de viudedad universal, con expresa relevación de formalizar el inventario y de prestar fianza. Tercero. Los testadores se instituyen herederos fiduciarios, para que el sobreviviente pueda distribuir los bienes del cónyuge premuerto y los propios de él, entre los hijos comunes y sus descendientes, en la proporción, tiempo, forma y condiciones que tenga por conveniente, tanto por actos inter vivos como mortis causa. Y si dicho sobreviviente falleciera sin haber hecho uso de la anterior facultad distributiva, recaerán los bienes de ambos testadores, en sus hijos María-Á., J.-A., María-D., María-P. y María-C., por partes iguales. En defecto de cualquiera de ellos, les sustituirán sus respectivos descendientes, excepto en el caso de repudiación de la herencia”.

2. Posteriormente D. J. A. de G. A. otorgó testamento ológrafo el día 14 de mayo de 2006. En dicho testamento expresó lo siguiente: “quiero cambiar el testamento que hice con mi esposa María Á. L. M. D.N.I. con fecha 6 de noviembre de 1986, ante el Notario de Zaragoza D. Pascual Gomis Vidal. Así pues mi última voluntad y testamento, es que todos mis bienes, derechos, acciones,, en fin todo lo que actualmente tengo o pueda tener pase a ser heredado por mis queridas 4 hijas, María Á., María D., María P. y María C.”.

3. D. J. A. de G.A. falleció el 6 de enero de 2012. En dicha fecha le sobrevivieron sus cuatro hijas, habiendo premuerto su hijo J. A., quien falleció soltero y sin descendencia.

4. Ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Zaragoza se tramitaron Autos de Jurisdicción Voluntaria n.º 883/2014 en los que se acordó la protocolización del testamento ológrafo antes citado.

SEGUNDO.— El itinerario procesal

La representación de Doña María Á. L. M., Doña María D. De G. L. y Doña María C. De G. L., formuló demanda en juicio ordinario frente a Doña María Á. De G. L. y Doña María P. De G. L., en la que solicitaba del juzgado que declarase la nulidad del testamento ológrafo de Don J. A. De G. A., o subsidiariamente se le negase cualquier efecto revocatorio, por nulidad de las disposiciones del mismo que suponen modificación y revocación de lo testado mancomunadamente.

En el proceso seguido ante el juzgado de primera instancia las demandadas se opusieron a las pretensiones de la parte actora. Tras la tramitación del juicio ordinario recayó sentencia de primer grado estimatoria de la demanda, disponiendo en el fallo —que se ha transcrito en los antecedentes de hecho— la nulidad de las disposiciones del testamento ológrafo, en concreto la que cambiaba el testamento otorgado con su esposa Doña María Á., nulidad que la sentencia entendía derivada de la inobservancia del requisito formal de testamento notarial.

La parte demandada, no conforme con dicha sentencia, la recurrió en apelación, y la sentencia recaída al efecto ha estimado el recurso y decide desestimar la demanda, absolviendo a las demandadas de la petición formulada en su contra.

TERCERO.— Argumentos de las sentencias

La sentencia de primera instancia centra el tema objeto del debate, al afirmar que “como se señaló por las partes en la audiencia previa, estamos ante una cuestión jurídica. La validez de un testamento ológrafo en cuanto a la posible revocación de una fiduciaría otorgada en testamento mancomunado”.

El fallo acoge la demanda, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 431 a 438 del CDFA, sobre la revocación de las disposiciones testamentarias. Cita reiteradamente un estudio doctrinal del notario Sr. Pemán Melero, al que sigue en la fundamentación jurídica, y concluye en apreciar que, dado que el nombramiento de fiduciaria se hizo en testamento mancomunado, deben cumplirse los requisitos exigidos por el art. 421.4 para su revocación.

El recurso de apelación discrepa de las consideraciones de la sentencia de primer grado, y razona en derecho sobre la aplicación de las normas jurídicas aragonesas al caso. Argumenta también sobre las cuestiones doctrinales, y al efecto explica que frente a la opinión de Don Mariano Pemán existe otra corriente doctrinal, en la que se incluye la opinión de Don Fernando García Vicente y Doña María Ángeles Parra Lucán, según la cual es revocable la designación del fiduciario en cualquier clase de testamento o en escritura pública.

La Audiencia Provincial, al examinar el recurso de apelación, determina el objeto del proceso y del recurso estableciendo que “la sentencia de primera instancia analizó la cuestión, que es puramente jurídica. Se trata del análisis de los artículos 421.4, 432, 441 y 442 del Código de Derecho Foral Aragonés”. Hace referencia a los argumentos de la parte recurrente, recoge las opiniones doctrinales indicadas y, expresamente, afirma que la tesis de Don Mariano Pemán es contraria a la doctrina reflejada por Don Alfredo Sánchez Rubio García, en los comentarios al CDFA dirigidos por Don Jesús Delgado Echeverría. Finalmente concluye estimando el recurso de apelación. Los argumentos fundamentales que justifican el fallo son: i) que la forma del nombramiento de fiduciario no condiciona que la revocación deba hacerse en idéntico tipo de instrumento formal; ii) que debe prevalecer siempre que sea posible la voluntad del causante; iii) que en el caso de autos no se efectuó en el testamento ológrafo protocolizado ninguna modificación en lo que atañe a las disposiciones testamentarias realizadas en el mancomunado, simplemente se dejó sin efecto la institución fiduciaria, que el art. 443 del CDFA autoriza a verificar en testamento (sin especificar) o escritura pública.

CUARTO.— Análisis del recurso de casación

El recurso de casación que interpone la parte actora se funda en un motivo único, que denuncia la infracción del art. 421.4 del CDFA, en relación con el art. 443 del mismo cuerpo legal. Expone la recurrente que, salvo error, no existe doctrina jurisprudencial sobre el supuesto sometido a casación, una cuestión estrictamente jurídica: la eficacia revocatoria de un testamento ológrafo unipersonal respecto de una fiduciaría instituida en testamento mancomunado.

Cita la doctrina que ha estudiado la materia, y se apoya en la evolución legislativa desde el art. 97.2 de la Compilación, precepto que compara con el texto legal comprendido en el art. 421 del Código hoy vi-

gente, y al efecto expone que el inicio de la norma "Toda revocación ..." ha de incluir necesariamente el caso de autos, de modo que solo se podía modificar válidamente el testamento mancomunado mediante otro en forma notarial. Se refiere también a la lealtad debida al otro otorgante del testamento mancomunado, a la que alude la Exposición de Motivos de la Ley aragonesa de sucesión por causa de muerte; critica la tesis doctrinal que ha seguido la sentencia recurrida y, en conclusión, solicita la estimación del recurso, la casación de la sentencia recurrida y la íntegra estimación de la demanda.

Frente a tales razones la parte recurrida arguye que el derecho vigente a la fecha del otorgamiento del testamento estaba constituido por la Ley aragonesa 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte, aunque se aviene a argumentar sobre los preceptos del CDFA, que no modifican la regulación anterior. Entiende de aplicación al caso lo dispuesto en el art. 443, que no contiene ninguna exigencia de la forma del testamento, y sustenta que no hay por qué suponer que este precepto tiene relación con el art. 421.4: si el legislador hubiera querido relacionarlos, pudo haberlo hecho sin ningún problema, pero no fue así. Reitera la cita de argumentos doctrinales, expone las razones por las cuales, según su criterio, el testador modificó su decisión inicial sobre las facultades fiduciarias, y concluye en que es de aplicar, como ley especial, el contenido del art. 443, sin que sea aplicable al caso lo dispuesto en el art. 421.

QUINTO.— Decisión sobre el recurso de casación

1. Normativa aplicable

El proceso tiene por objeto la pretensión de nulidad del testamento ológrafo, y subsidiariamente la negación de cualquier efecto revocatorio sobre el testamento anterior mancomunado, por nulidad de las disposiciones del primero que suponen modificación y revocación de lo testado mancomunadamente. Dado que el testamento cuya nulidad se pretende fue escrito de puño y letra del testador en fecha 14 de mayo de 2006, resulta de aplicación la Ley Aragonesa 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte. Aunque el testamento ológrafo era un documento privado, no resulta de aplicación el artículo 1227 del Código civil respecto a su fecha, ya que ambas partes son contestes en cuanto al momento en que fue escrito de puño y letra y firmado por D. José Antonio.

No obstante, la regulación de la Ley de sucesiones ha pasado íntegramente al vigente CDFA, y es a éste al que se refieren los escritos de las partes y las sentencias de primera y segunda instancia. Por ello la argumentación hará cita del Código.

2. La fuente del derecho: ley y jurisprudencia

Las sentencias de primer y segundo grado se refieren reiteradamente a estudios doctrinales, y especialmente la de primera instancia sigue el pormenorizado estudio del Notario D. Mariano Jesús Pemán Melero, indicando que va a servir de base para la resolución de la presente controversia, a falta de jurisprudencia consolidada sobre la misma.

Igualmente los escritos de ambas partes aluden a distintos estudios jurídicos y comentarios a la legislación aragonesa, estando conformes en que el debate procesal se centra en una cuestión estrictamente jurídica.

Es preciso recordar que, conforme a lo prevenido en el artículo 1 del Código civil, son fuentes del ordenamiento jurídico español la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. A tenor del apartado 6 del mismo artículo, la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar las fuentes del derecho. Y, en materia en la que la competencia casacional corresponde a los Tribunales Superiores de Justicia, corresponde a estos últimos fijar la doctrina juris-prudencial. En este sentido se pronuncia la Ley aragonesa 4/2005, de 14 de junio, de Casación Foral.

En el caso de autos el litigio y, en este trámite, el recurso de casación, ha de ser resuelto a través de la determinación de la ley aplicable y su interpretación, sin que exista jurisprudencia recaída al efecto. Los estudios de la doctrina científico-jurídica son ciertamente útiles para realizar una acertada exégesis de la norma, mas las opiniones doctrinales no pueden constituir la forma de fijar el significado y alcance de las normas jurídicas.

3. Regulación de la revocación de la fiducia

La regulación de la fiducia sucesoria en derecho aragonés se realiza en el título IV del libro tercero del CDFA, y en el mismo se incluye el art. 443, cuya rúbrica es "Revocación del nombramiento", y en su apartado primero establece: "1. El nombramiento de fiduciario, con independencia de la forma en que se haya efectuado, podrá ser revocado por el causante en testamento o escritura pública".

Esta norma es de directa aplicación al caso de autos ya que, como consta comprobado y se afirma en la sentencia recurrida, la única modificación que introdujo el testamento ológrafo respecto del anterior fue dejar sin efecto las facultades fiduciarias que Don J. A. había concedido a su cónyuge.

El precepto expresa que el nombramiento de fiduciario podrá ser revocado por el causante en testamento. No limita la utilización para ello a alguna de las formas testamentarias permitidas en derecho aragonés, ni condiciona el uso de cualquiera de ellas a la forma en que se hubiera establecido el nombramiento. Si esto resulta claro de la dicción del precepto, esta interpretación se asegura si tenemos en cuenta:

a) los trabajos prelegislativos de preparación de la Ley 1/1999, llevados a cabo en el seno de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, a partir de la Ponencia General de 1996 y recogidos en las Actas de sus reuniones, en las que aparece que la redacción inicial del precepto mantenía que "2. El nombramiento de fiduciario, con independencia de la forma en que se haya efectuado, podrá ser revocado por el causante en escritura pública o cualquier clase de testamento" (Apartado 2 del artículo IV), y la Comisión opinaba que "se está de acuerdo en que debe dejarse claro que en cualquiera de las formas que expresa el mismo apartado 1 puede el comitente revocar el nombramiento de fiduciario y las instrucciones que en su caso haya dado. Se delega en los miembros de la ponencia la redacción más adecuada para expresarlo así, la cual se someterá a aprobación el próximo día" (Acta de 1 de octubre de 1997), y en la sesión siguiente se aprobó la redacción del citado párrafo en los mismos

términos en que se expresa el actual apartado 1 del artículo 443 (Acta de fecha 15 de octubre de 1997);

b) la constatación de que el legislador, al redactar el contenido del art. 443 —igual que el del art. 128 de la ley de 1999— no ignoraba la existencia de normas reguladoras del testamento mancomunado, que habían sido elaboradas por la misma comisión y aprobadas por las Cortes de Aragón en un único procedimiento legislativo, y sin embargo mantuvo la redacción del precepto en los inequívocos términos que se han transcrito;

c) la consideración del CDFA como un código unitario, que aun viniendo de la reunión de textos legales precedentes, ha sido objeto de unificación y dotado de coherencia, con pretensiones de generalidad y plenitud —en la medida que correspondía a una norma de derecho foral y conforme al art. 149.1.8 de la CE—, y así se desprende del iter legislativo y se recoge expresamente en el preámbulo del Decreto legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el CDFA, en el que se afirma —apartado VIII— que “en la refundición efectuada se ha hecho uso, en los pocos casos que se ha considerado necesario, de la facultad de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales refundidos”; de forma que se ha preocupado el legislador de evitar contradicciones en la regulación u olvidos en la redacción de los preceptos.

En definitiva, se trata de una norma que especialmente regula la forma de revocación de la designación de fiduciario y permite llevarla a efecto en testamento, cualquiera que hubiese sido la forma en que se hiciera; y esta norma ha sido aplicada correctamente por la Audiencia Provincial, que no ha incurrido en la infracción que denuncia el motivo.

4. Aplicabilidad de las normas reguladoras del testamento mancomunado

La parte recurrente denuncia la infracción del art. 421.4 del CDFA. Este artículo regula la forma de revocación del testamento mancomunado, distinguiendo las disposiciones correspectivas de aquellas que no lo son.

En el caso de autos es claro que la concesión de facultades fiduciarias de cada uno de los testadores a favor del otro no son disposiciones correspectivas.

El último apartado, al que se refiere la parte que recurre en casación, ordena que toda revocación o modificación unilateral en vida del otro testador deberá hacerse en testamento abierto ante Notario, exigencia formal que el legislador previene para posibilitar la comunicación al otro otorgante, en cumplimiento del deber de lealtad a que se refiere el preámbulo de la Ley, lo que se realiza mediante la notificación que el Notario realizará, dentro de los ocho días hábiles siguientes, del mero hecho del nuevo otorgamiento. Pero la norma no anuda a la exigencia formal la consecuencia pretendida por el recurrente, de nulidad o ineficacia del testamento ológrafo, pues el mismo apartado 4.º, in fine establece que “sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar, la falta de esas manifestaciones del otorgante —sobre la existencia del anterior testamento mancomunado— o de la notificación no afectará a la eficacia de la revocación o modificación”.

En consecuencia la sentencia recurrida no ha infringido el artículo 421.4 del CDFA, sino que lo ha tenido en cuenta, reconociéndolo expresamente en su fundamento de derecho primero, para concluir de forma ajustada a derecho en la estimación del recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia y, en su lugar, desestimar íntegramente la demanda formulada.”

72. SUCESIÓN TESTAMENTARIA

*** Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 21 de marzo de 2017. Nulidad de testamento otorgado en país extranjero. Libertad de testar. Voluntad del testador. Normativa internacional

“PRIMERO.— Hechos probados de la sentencia de apelación.

1. Joaquín E., nacido en 1930, contrajo matrimonio en 1956 con Isabel N. M., fruto del cual nacieron las tres hijas ahora demandantes.

2. En noviembre de 2007 Joaquín E. interpuso demanda de divorcio frente a su esposa, siguiéndose autos de divorcio con el n.º 1295/2007 ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 16 de esta capital, que dictó sentencia estimatoria en fecha 25 de marzo de 2008.

3. Desde principios de 2008 Joaquín E. convivió con la demandada María Isabel D. C. en el domicilio que ésta tenía en el barrio de Santa Isabel de Zaragoza.

4. Desde tal momento hasta su fallecimiento acaecido en 22 de noviembre de 2009, Joaquín E. estuvo ingresado en diversos períodos y en diferentes hospitales de esta capital por padecimientos cuya etiología no fue diagnosticada.

5. En tal ínterin se sucedieron diversos incidentes que dieron lugar a la formulación de denuncias cruzadas, siguiéndose juicios de faltas. También se siguieron autos de liquidación de la sociedad conyugal del matrimonio ya disuelto.

6. En marzo de 2009 las demandantes instaron la incapacidad de su padre mediante la oportuna demanda siguiéndose procedimiento de incapacidad ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 13 de esta capital con el n.º 509/2009, demanda que fue contestada por el entonces demandado oponiéndose a tal petición y adjuntado un informe pericial médico forense fechado el día 30 de junio de 2009, que concluía que Joaquín E. tenía conservadas sus capacidades cognitivas y volitivas.

7. En fecha 31 de julio de 2009 Joaquín E. y su entonces pareja manifestaron ante la Notaria de esta capital María Luisa Loren su propósito de contraer matrimonio levantándose la oportuna Acta.

8. En agosto de 2009 la pareja viajó a Birmingham (Inglaterra) instalándose en el domicilio de la hija de la demandada que vivía en tal ciudad con su esposo David C.

9. Ingresado nuevamente Joaquín E. en el pabellón 28 del Hospital Heartlands de la citada capital inglesa, el día 31 de agosto de 2009 otorgó testamento ante la Notaria Laura Helen Delacroix, interviniendo como testigos un compañero de David, Shane, y quien actuó de intérprete en tal instrumento, Jorge. En el referido testamento, fechado el día 28 de agosto, escrito en castellano y en inglés, y que fue leído y comentado

por D. Joaquín, se instituía heredera a la demandada María Isabel D. C. a salvo "los derechos de legítima que estrictamente puedan corresponder a las hijas, con las que no tiene relación personal alguna y desheredaría en caso de existir causa legal para ello, debido a la ingratitud y falta de cariño demostrada hacia su padre y por las falsedades e insultos que las mismas han proferido con respecto al testador y su prometida".

10. El día 2 de septiembre de 2009 Joaquín E. y María Isabel D. contrajeron matrimonio en la ciudad de Birmingham.

11. El día 22 de noviembre de 2009 falleció Joaquín E. en tal ciudad inglesa.

12. El proceso de incapacitación seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 13 fue archivado por resolución de 2010.

13. En mayo de 2010 las aquí demandantes interpusieron demanda de nulidad del matrimonio anterior frente a la aquí demandada, dictándose sentencia en fecha 15 de noviembre de 2010 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 16 de esta capital en autos seguidos con el n.º 612/2010-C, por la que se desestimaba la demanda, lo que fue confirmado por la Sección II de la Audiencia Provincial en sentencia de 26 de abril de 2016.

SEGUNDO.— Recurso de casación.

14. Se interpone recurso de casación por razón de la cuantía, al amparo del art. 477.2.2.º LEC y, subsidiariamente, por presentar interés casacional, al no existir doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Aragón sobre el otorgamiento de testamento por un nacional extranjero que ordena su sucesión de manera "clara" y "exhaustiva" conforme a la ley de su vecindad civil, con sometimiento de todas sus disposiciones testamentarias al derecho y Tribunales aragoneses, con exclusión expresa a la aplicación de cualquier Derecho Internacional Privado y su alusión a las normas de conflicto y reenvío, según se recoge en el recurso.

TERCERO.— Primer motivo: infracción de la voluntad del testador.

15. Como primer motivo del recurso se alega por el recurrente la infracción del art. 90 de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte (actual art. 405 CDF). Afirma que se vulneró la voluntad del testador, expresamente manifestada en el testamento, de someter a la ley de su vecindad civil, vigente en la fecha de su fallecimiento, todas las disposiciones y cláusulas, con exclusión de las normas de Derecho Internacional Privado y cualesquiera otras normas de conflicto y reenvío.

Basa esta afirmación en el texto literal de una disposición del testamento que transcribe en el recurso: "III. Hechas las precedentes declaraciones, el testador, otorga su testamento unipersonal, el cual quiere que valga aún en caso de posible preterición, sin que en ningún caso se pueda entender inoficioso por no respetar los derechos a las legítimas conforme al derecho aragonés, y de manera clara y exhaustiva se respeta su última voluntad de someter todas las disposiciones y cláusulas que se mencionan a continuación al derecho y Tribunales aragoneses por ser ésta su ley de vecindad civil, excluyéndose en este sentido de forma expresa la aplicación de cualquier norma de Derecho Internacional Privado y su alusión a las normas de conflicto y reenvío, ..."

16. En cuanto a la interpretación de esta disposición del testamento debe recordarse con carácter previo que, con arreglo a una doctrina jurisprudencial reiterada (SSTS 9 de octubre de 2003 y 22 de junio de 2010 entre otras muchas), "la interpretación de las declaraciones y disposiciones de última voluntad se integra en la soberanía juzgadora de los tribunales de instancia; siendo procedente su revisión en casación sólo cuando ostensiblemente contravenga la legalidad o se presente manifiestamente errónea, desorbitada, arbitraria o contraria al buen sentido (STSJA de 29 de septiembre de 2014; recurso de casación 30/2014)". No obstante, en el presente caso, ni el órgano judicial de instancia, ni el de apelación, se han pronunciado expresamente sobre la citada disposición, alegada en el recurso de apelación, por lo que procede entrar a determinar cual era la voluntad del testador.

17. Basta la simple lectura del texto transcrito en el recurso para comprender que el testador se está refiriendo al contenido del testamento y no a su forma. Su voluntad expresa que las disposiciones y cláusulas del testamento que otorga se sujeten al derecho aragonés y, en caso de controversia o necesidad de ejecución, a los tribunales aragoneses. En modo alguno se refiere a la forma del testamento, habiendo sido el propio testador el que voluntariamente optó por otorgarlo fuera del territorio nacional con arreglo a la *lex loci actus*, en este caso la legislación inglesa. Como se recoge en los hechos probados de la sentencia recurrida, el testamento se otorgó ante una notaria inglesa, y fue leído y comentado por el testador, de tal manera que ninguna duda cabe de que era perfectamente conocedor de que se otorgaba en Inglaterra con arreglo a la legislación de ese país, por lo que no resulta admisible conciliar estos hechos con una supuesta voluntad del testador de sujetar el documento a los requisitos formales de la legislación aragonesa. Por otra parte, es contrario a toda lógica pretender anular el testamento con la finalidad última de respetar la voluntad del testador que, precisamente, se manifiesta en dicho documento.

Por tanto, no se infringió la voluntad del testador y, consecuentemente, tampoco el art. 90 Ley 1/1999 (art. 405.1 CDF), que no se refiere propiamente a la forma en que debe otorgarse el testamento, sino que, con carácter general, atribuye al testador una gran libertad para ordenar su sucesión, sin más límites que el respeto a la legítima y las generales del principio *standum est chartae*.

18. En este motivo del recurso también se afirma la obligación de respetar en el otorgamiento del testamento la forma exigida por la ley reguladora de su contenido, en aplicación del art. 11.2 CC. Sostiene el recurrente que esta ley es la aragonesa, por ser ésta la vecindad civil del testador.

Al respecto cabe decir que el art. 11 CC venía siendo, desde la reforma del Título Preliminar por el D. 1836/74, la norma general sobre las formas y solemnidades de los actos y negocios jurídicos, incluidos los testamentos, no resultando de aplicación al contenido de estos actos.

El precepto recoge en su número 1 una pluralidad de conexiones alternativas con la finalidad de favorecer la validez del acto en cuanto a su forma, siguiendo el principio del *favor negotii*. Y en su número 2 establece una excepción al número anterior, de manera

que si la ley reguladora del contenido del negocio jurídico configura éste como un negocio formal y la forma exigida tiene carácter constitutivo, ésta habrá de ser aplicada siempre y en todo lugar, si bien podrá serlo con arreglo a la legislación de otro ordenamiento.

La regulación se completa con lo establecido por el primer párrafo del art. 732 CC, que contempla como un supuesto de testamento especial el hecho en país extranjero por un nacional español sujetándose a las formas establecidas por las leyes del país en que se halle, que es el caso que nos ocupa. Se trata de un desarrollo o aclaración a la regla general en materia de forma de los actos y negocios jurídicos prevista en el mencionado art. 11.1 CC, específicamente referida al testamento.

19. A partir de la entrada en vigor en el ordenamiento español del Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, sobre conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias (BOE 17 de agosto de 1988), ésta es la norma general de Derecho Internacional Privado aplicable en nuestro ordenamiento en materia de forma de los testamentos, de manera que las reglas que contiene han sustituido a las establecidas por el legislador estatal.

El citado Convenio de La Haya contempla en su art. 1 una serie de reglas alternativas en cuanto a la forma de los testamentos, todas ellas admisibles, siendo la primera la *lex loci actus*, de manera que una disposición testamentaria será válida en cuanto a la forma si ésta responde a la Ley interna del lugar en que el testador hizo la disposición, que es también la posibilidad contemplada en el primer párrafo del art. 732 CC.

20. Por tanto, y en aplicación del art. 1 del Convenio de La Haya, el testamento otorgado por el causante en Inglaterra y con arreglo a la forma prevista por la ley inglesa —cuestión pacífica—, es válido, sin que exista obligación legal por parte del testador de sujetarse a la forma exigida por la ley aragonesa que, por otra parte, tan solo dispone en el art. 409.1 CDFa (art. 94.1 Ley 1/1999) que el testamento unipersonal puede revestir cualquier forma, común, especial o excepcional, admitida por la Ley.

Lo expuesto conduce a rechazar el primer motivo de casación.

CUARTO.— Restantes motivos de casación.

21. En el segundo motivo de casación, el recurrente vuelve a reiterar que se ha infringido la voluntad del testador, pero en este caso afirmando que se infringe el principio *standum est chartae*, contemplado en el art. 3 CDFa. Al respecto, baste con reproducir lo ya expuesto en el motivo anterior y, en particular, que la voluntad del testador fue otorgar su testamento en el extranjero, con arreglo a la *lex loci actus*, perfectamente válida por permitirlo así el Convenio de La Haya, resultando intrascendente la mención del principio *standum est chartae* en el presente caso.

22. En cuanto a la infracción del art. 92.2 Ley 1/1999 (art. 407.2 CDFa) que dispone que el testamento es un acto solemne, en cuyo otorgamiento han de observarse las formalidades previstas en la ley, debe rechazarse, puesto que, como ya se ha reiterado, las formalidades que debían cumplirse en el presente caso, atendiendo a la forma elegida por el causante, eran las propias de la legislación inglesa, y éstas se han observado, cuestión no discutida por el recurrente.

También se ha cumplido el derecho foral de Aragón en lo que se refiere al contenido del testamento, en cuanto se ha respetado la legítima, tal como declara probado la sentencia recurrida (FD2.º).

23. Por lo ya expuesto en los apartados anteriores deben desestimarse los demás motivos de casación, en los que se alega la infracción del art. 97.1 Ley 1/1999 (actual art. 412.1 CDFa) sobre idioma del testamento; así como los arts. 695 y 699 CC, relativos a la forma del testamento, de aplicación supletoria, en su caso, ante la carencia de una regulación específica completa sobre la forma del testamento unipersonal en el CDFa y anterior Ley 1/1999. Estos preceptos no resultan de aplicación, puesto que el testamento se ha otorgado con arreglo a la legislación inglesa.

Así mismo, y por los argumentos que han conducido a rechazar el primer motivo de casación, carece de todo fundamento la referencia en el recurso a la infracción del art. 101.1 Ley 1/1999 (actual art. 416.1 CDFa), según el cual toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, puesto que la disposición a que se refiere el recurrente nada tiene que ver con la forma del testamento otorgado.”

*** Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 2 de octubre de 2017. Testamento mancomunado. Fiducia. Disposición correspectiva. Presunción. Bien privativo

“PRIMERO.— Son hechos de los que debemos partir para la correcta resolución de la litis los siguientes:

1) El actor don J es hijo de don JOSÉ —fallecido el 4 de abril de 2002— y de doña H —fallecida el 11 de noviembre de 2014.

Los expresados cónyuges habían otorgado testamento mancomunado el 2 de marzo de 1993, en el que “se conceden mutua y recíprocamente usufructo de viudedad, con expresa relevación de formar inventario y de prestar fianza.

Los testadores se instituyen herederos fiduciarios, para que el sobreviviente pueda distribuir los bienes del cónyuge premuerto y los propios de él, entre el hijo común y sus descendientes, en la proporción, tiempo, forma y condiciones que tenga por conveniente, tanto por actos inter vivos como mortis causa.

Y si dicho sobreviviente falleciera sin haber hecho uso de la facultad distributiva, recaerán los bienes de ambos testadores en su mencionado hijo, sustituido por sus descendientes”.

2) El 15 de junio de 2005 se otorgó la escritura de aceptación de herencia de don JOSÉ, formalizándose la escritura entre doña H y el hijo del matrimonio —demandante— J, efectuándose las adjudicaciones verificadas en el cuaderno particional sin que nada tuvieran que reclamarse.

3) Doña H donó el 26 de junio de 2008 el piso de su propiedad de carácter privativo sito en la calle, a su sobrina doña P.

4) El actor formula demanda contra los hijos de la donataria doña P como herederos de la misma, de reclamación de cantidad al amparo del artículo 422 del Código de Derecho Foral de Aragón y anterior artículo 107 de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte, solicitando la condena a abonarle el valor actualizado del inmueble expresado,

cifrado en 57.950,00 €. Considera el actor que su difunta madre contravino el clausulado contenido en el testamento abierto mancomunado otorgado por sus padres ambos en su día.

Afirma que según se desprende del mencionado testamento mancomunado de sus padres, el supérstite habría de distribuir la totalidad de los bienes propios y los del premuerto, entre su hijo —el actor— y sus descendientes, de modo que el supérstite no podía disponer gratuitamente de bien alguno en favor de persona distinta de su hijo y sus descendientes, por lo que surge la facultad del actor de solicitar al heredero de la donataria la entrega del valor actualizado del bien del que se dispuso a título lucrativo, entendiéndose que la disposición testamentaria entre sus padres era correspectiva,

SEGUNDO.— La cuestión a dilucidar es puramente jurídica, centrándose en determinar si la disposición testamentaria otorgada por los padres del actor es de naturaleza correspectiva, como pretende el actor, y por lo tanto procedería la reclamación efectuada en la demanda, o no, como defienden los demandados.

Al efecto, deben ser examinados los artículos 420 y 422 CDF. El Artículo 420 CDFa dispone: “Disposiciones correspectivas.

1. Son correspectivas entre sí las disposiciones de contenido patrimonial de uno y otro testador cuya eficacia, por voluntad declarada por ambos en un mismo testamento o contrato sucesorio, estuviera recíprocamente condicionada, sean en beneficio mutuo o de tercero. La correspectividad no se presume.

2. La nulidad o anulación de una disposición produce la ineficacia total de la correspectiva. Sin embargo, la ineficacia sobrevinida de una disposición no produce la de su correspectiva, que dejará de tener ese carácter”.

Por su parte, el artículo 422 refiere: “Disposición de bienes entre vivos.

1. Aunque el testamento mancomunado contuviere cláusula en contrario, cada uno de los testadores podrá disponer entre vivos de sus bienes, a título oneroso o gratuito, aun después del fallecimiento del otro, con las únicas excepciones y modalidades contenidas en los apartados siguientes.

2. En vida de ambos otorgantes, la disposición de bienes comprendidos en una disposición correspectiva que implique su revocación o modificación sustancial produce la ineficacia total de la correspectiva del otro.

3. Muerto un otorgante, podrá el otro disponer de los bienes comprendidos en una disposición correspectiva. Si lo hiciera por título lucrativo, la persona a quien el testamento atribuía dichos bienes podrá, una vez fallecido el disponente, pedir a los donatarios o sus herederos su valor actualizado. Y si la disposición fuera onerosa y supusiera la ineficacia de la disposición correspectiva, podrá, de igual forma, reclamar el valor actualizado, en este caso de los herederos del disponente. Estos derechos caducan en el plazo de dos años contados desde el fallecimiento del disponente”.

TERCERO.— La doctrina Bellod Fernández de Palencia considera. 1 que el artículo 420 CDFa presume la no correspectividad, lo que supone, que salvo aquellos casos en que los testadores la determinen expresamente, en todo lo demás, el que la alegue habrá de probarla. Si la intención de los testadores es vincular

sus disposiciones correspectivamente deberán señalarlo de forma expresa. No son correspectivas aquellas disposiciones que no tienen la interdependencia o vinculación a la que se ha hecho referencia, que son las disposiciones habituales que conforman el testamento mancomunado. Así, la STJA de 22 abril de 2002 señala que la disposición en un testamento mancomunado sea conjunta no implica que sea correspectiva, así dice: la correspectividad no se presume, si los cónyuges no la han establecido, debe entenderse que no existe correspectividad.

Aplicando esta doctrina al caso que nos ocupa, el testamento mancomunado otorgado en su día por los padres del actor no contiene una disposición correspectiva, ya que la misma no se presume, y si no se deduce con claridad, ha de entenderse que no existe. El testamento contiene la institución fiduciaria típica del derecho sucesorio aragonés, que consiste en la concesión recíproca de la facultad de distribuir la herencia del cónyuge premuerto; y una designación de sucesor en la persona de su único-hijo con sustitución vulgar de sus descendientes.

En nuestro no existe correspectividad, y el bien donado, además, era privativo de la donante.”

73. SUCESIÓN PACCIONADA

*** Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 25 de octubre de 2017. Sustitución fideicomisaria de residuo. Interpretación de voluntad del testador

“PRIMERO.— Sobre la admisibilidad del recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

1. La parte recurrida alega en su escrito de oposición al recurso, con carácter previo a los motivos de fondo, su inadmisibilidad por alegarse como infringidos preceptos de derecho civil común en los motivos segundo y cuarto. Entiende que, conforme a la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre casación foral aragonesa, el recurso de ha de fundar, exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas del derecho civil aragonés.

2. Sin embargo, aun cuando se invoquen como infringidos preceptos de derecho común, el Tribunal Superior de Justicia es competente para conocer si se alegan junto a normas de derecho civil aragonés. Así se desprende del art. 478 LEC, y de la interpretación que el Tribunal Supremo ha hecho en numerosas resoluciones del citado precepto. Es el caso del Auto del Pleno del Alto Tribunal de 11 de noviembre de 2015 (recurso 736/2015), entre otros, en el que se dice: “Lo que prima en esta distribución de la competencia, conviene insistir, es atribuir a las Salas de los Tribunales Superiores el pleno conocimiento de Derecho foral o especial y por ello el legislador acepta sin reparos que puedan conocer también del Derecho Común cuando se invoca junto a norma de Derecho foral o especial, de igual forma que el legislador acepta que el Tribunal Supremo conozca de Derecho foral o especial si existe el dato que prima en esta caso de alegación de norma constitucional. Adviértase que en ambos criterios de distribución el legislador no divide la competencia para el conocimiento de un mismo recurso sino que la atribuye a un único órgano, aunque para ello deba sacrificar los intereses perseguidos con la regla

precedente, generando así una excepción al régimen general de conocimiento: respecto a la atribución al Tribunal Supremo cuando se invoca norma de Derecho foral o especial, y una excepción a la excepción: respecto a la atribución a los Tribunales Superiores de Justicia, cuando se cita norma constitucional».

Por lo expuesto, debemos rechazar la inadmisibilidad del recurso por las razones invocadas.

SEGUNDO.— Antecedentes relevantes.

3. El 26 de abril de 1960, con ocasión del matrimonio que contrajo el primogénito D. A. V. L. con D.ª M. P. F., se otorgó escritura pública de capitulaciones matrimoniales. En ella, los cónyuges D. J. V. P. y D.ª M. L. L., padres de D. A. V. L., lo instituyen heredero. Así mismo, el esposo contrayente aporta al matrimonio seis fincas propiedad de sus padres. Son las registradas: 474, 475, 476, 473, 447 y 478, inscritas en el Registro de la Propiedad de B..

4. Como condiciones de la institución de heredero que guardan relación con lo debatido en el presente recurso se pactaron las siguientes:

“a).— Que los instituyentes se reservan la facultad de disponer por cualquier título de las fincas de este patrimonio, si no le fueran prestados por el heredero y familia de éste la ayuda, asistencia y cuidados que correspondan a personas de su posición social o fueran abandonados por su hijo heredero y familia; pero los hechos supuestos deberán ser probados por el dicho ante Notario de los señores Alcalde, Juez y Cura que sean de C..

b).— Para enajenar o gravar fincas de la herencia se precisará el consentimiento de instituyentes, heredero y esposa o sobrevivientes.

e).— Si el heredero muere sin hijos o éstos fallecen siendo menores de edad y sin testar, revertirá esta herencia a los instituyentes o sobreviviente al objeto de nombrar nuevo heredero entre sus hijos, sin perjuicio de los derechos reconocidos en esta escritura a la contrayente. Fallecidos los padres antes que el heredero podrán designar el nuevo heredero, un pariente de cada uno de ellos y el Sr. cura de C., juntos o en su mayor parte.”

5. En la sentencia de primera instancia, de fecha 30 de junio de 2016, se califica la cláusula e) de la institución de heredero contenida en capitulaciones matrimoniales como una sustitución fideicomisaria de residuo con condición de descendencia sin hijos, “por cuanto la misma solo operará si se produce el fallecimiento del nombrado heredero en las condiciones establecidas en la citada cláusula” (Fundamento de Derecho Tercero). En la misma resolución, atendiendo a la voluntad de los instituyentes (arts. 675 CC y 416 CDFA), se califica el fideicomiso de residuo otorgado como perteneciente a la modalidad *eo quod supererit* (Fundamento de Derecho Tercero).

6. La sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca, de fecha 6 de abril de 2017, también califica la institución como un fideicomiso de residuo que, a falta de pacto expreso, tan solo autoriza las disposiciones a título oneroso.

Para llegar a la conclusión de que se trata de un fideicomiso de residuo, la sentencia de apelación entiende que la condición e) de la institución de heredero —que se refiere a la reversión de toda la herencia—, no puede interpretarse prescindiendo de la condición

b) —que regula la enajenación de las fincas—, de manera que del juego de ambas cláusulas cabe concluir que solo deberán revertir aquellas fincas que no hubieran sido enajenadas respetando las previsiones contempladas en la cláusula b).

7. La sentencia de la Audiencia Provincial, al interpretar la condición b) de la institución de heredero: “Para enajenar o gravar fincas de la herencia se precisará el consentimiento de instituyentes, heredero y esposa o sobrevivientes”, considera, tal como hizo la sentencia de primera instancia, que la referencia final a los “sobrevivientes” permite entender que no existe una prohibición absoluta de disposición para después de haber fallecido los instituyentes pues, tal y como está redactada dicha cláusula, el heredero siempre podría disponer por sí mismo o contando con el consentimiento de su esposa si no hubiese fallecido.

8. La sentencia de la Audiencia Provincial se pronuncia sobre la condición e) de la institución de heredero en su Fundamento de Derecho Sexto. Y lo hace en el sentido de indicar que habrá que esperar a que se cumpla la condición de que el heredero muera sin hijos para que, en su caso, entre en acción la fiducia colectiva dispuesta por los instituyentes.

En el mismo fundamento de derecho, a modo de obiter dicta, se señala que si se cumple la condición y llega a entrar en acción la fiducia colectiva, quedará sometida, entre otros preceptos, a lo previsto en el art. 463 CDFA. Conforme al mismo “Cuando los fiduciarios sean varios, la pérdida de tal condición por alguno de ellos, una vez agotada la posibilidad de designación en el supuesto contemplado en el apartado 2 del artículo 459, no impedirá el cumplimiento del encargo por los restantes, aunque solo quede uno, salvo que sea el cónyuge no designado por el comitente o que éste haya dispuesto otra cosa”. A la luz de este precepto la sentencia, para la futura e hipotética situación de cumplimiento de la condición exigida —el fallecimiento del heredero sin hijos— y, en su caso, aplicación de la fiducia colectiva, concluye que no puede afirmarse en el momento de dictarse la resolución que dicha fiducia será de imposible ejecución, incluso aun cuando nadie ejerza la función de cura de C..

9. Frente a la referida sentencia se ha interpuesto recurso de casación por razón de la cuantía —al no poder cuantificarse—, conforme a lo dispuesto en el art. 2.1 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa.

TERCERO.— Primer motivo de casación. Infracción del art. 416 CDFA.

10. El recurrente entiende infringido el art. 416 CDFA, precepto que contiene las reglas o criterios a seguir para la interpretación de los testamentos.

En síntesis, el motivo considera que la sentencia recurrida no ha respetado el primero de los criterios del precepto, que exige atender al sentido literal de las disposiciones testamentarias salvo que se demuestre que fue otra la voluntad del otorgante. Con arreglo al propio sentido de la condición e) de la institución de heredero, que el recurrente entiende que no puede ser interpretada conjuntamente con la condición b), la reversión de la herencia para el caso de cumplirse la condición impuesta, debe afectar todos los bienes de la herencia y no solo a aquellos que no hayan sido objeto de enajenación.

De esta interpretación concluye el recurrente que la condición e) no configura un fideicomiso de residuo, como sostiene en las dos sentencias, sino un fideicomiso *si sine liberis*.

En el recurso se ataca también la interpretación que efectúa la sentencia de apelación de la cláusula b) de la institución de heredero, considerando que su sentido literal no faculta al heredero para disponer de los bienes sin autorización de los instituyentes.

11. El recurso, amparándose en la infracción del art. 416 CDFA, rechaza la interpretación que de las condiciones e) y b) de la institución de heredero han realizado las sentencias dictadas en la primera instancia y en apelación.

Debe recordarse con carácter previo, tal como ya dijimos en nuestra sentencia de 21 de marzo de 2017 (recurso de casación 63/2016) que, con arreglo a una doctrina jurisprudencial reiterada del Tribunal Supremo (SSTS 9 de octubre de 2003 y 22 de junio de 2010 entre otras muchas), "la interpretación de las declaraciones y disposiciones de última voluntad se integra en la soberanía juzgadora de los tribunales de instancia; siendo procedente su revisión en casación sólo cuando ostensiblemente contravenga la legalidad o se presente manifiestamente errónea, desorbitada, arbitraria o contraria al buen sentido". En este mismo sentido se pronunciaron con anterioridad las sentencias de esta Sala de 29 de septiembre de 2014 (recurso de casación 30/14) y 18 de febrero de 2013 (recurso de casación 48/13), con mención de otras anteriores.

12. La sentencia dictada por la Audiencia Provincial motiva detalladamente los argumentos que le llevan a concluir que la institución de heredero contiene un fideicomiso de residuo. Acertadamente entiende que para conocer la verdadera voluntad de los otorgantes deben tenerse en consideración las diferentes declaraciones de voluntad contenidas en la institución de heredero, de tal manera que la cláusula e) debe interpretarse a la luz de lo dispuesto en la cláusula b), pues si ésta permite enajenar fincas de la herencia con el consentimiento de instituyentes, heredero y esposa o sobrevivientes, la reversión prevista en la condición e) solo afectará a las fincas que no hayan sido enajenadas conforme a la cláusula b). Y ninguna duda interpretativa cabe respecto de esta última, puesto que la referencia a los sobrevivientes permite concluir razonablemente que se pueden enajenar fincas después de fallecidos los instituyentes.

Este modo de proceder se ajusta a la doctrina jurisprudencial fijada por el Tribunal Supremo que, entre otras, en su sentencia de 9 de junio de 1987 establece que, aun cuando la primera regla interpretativa del testamento sea la de la literalidad, puede acudir, con el fin de aclarar la voluntad del testador, al conjunto del documento testamentario, empleando unitariamente las normas de la hermenéutica, e incluso haciendo uso de los llamados medios extrínsecos o circunstancias exteriores al testamento. Aunque la sentencia del Alto Tribunal se refiere al art. 675 del Código Civil, en dicho precepto figura el sentido literal de las disposiciones testamentarias como primer criterio interpretativo, en iguales términos que en el art. 416 CDFA.

13. Por otra parte, como hemos dicho en la sentencia de esta Sala de 26 de enero de 2011 (recurso de

casación 16/10), "los tribunales deben interpretar las disposiciones testamentarias buscando la verdadera voluntad del testador, sin que pueda ser obstáculo lo inadecuado de los términos empleados, siempre que aquella voluntad resulte de una interpretación lógica y sistemática del testamento, y una vez que se conozca la intención real del testador, ésta prevalece sobre el tenor literal de las palabras utilizadas, en caso de discrepancia entre aquella y éstas (véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1984, 29 de enero de 1985, 1 de febrero de 1988, 18 de julio de 1998, 9 de octubre de 2003, 18 de julio de 2005, etc.).

Por lo tanto, en caso de duda y pugna entre la letra y el espíritu del testamento ha de prevalecer la intención sobre las palabras, intención que ha de deducirse de los llamados usualmente elementos interpretativos lógico y sistemático".

14. Por todo lo expuesto, en modo alguno puede calificarse la interpretación realizada por la Audiencia Provincial como ilógica y absurda, debiéndose rechazar el motivo.

CUARTO.— Segundo motivo de casación: infracción del art. 781 CC.

15. Como el recurrente rechaza que nos encontramos ante un fideicomiso de residuo, alega infringido el art. 781 CC por entender que dicho precepto regula en nuestro ordenamiento tal institución.

Lo cierto es que la construcción del motivo no se sustenta realmente en lo dispuesto en el art. 781 CC, sino que se desarrolla por otros derroteros, como veremos a continuación. En todo caso, debemos indicar que la norma invocada como infringida no regula, ni siquiera indirectamente, el fideicomiso de residuo. Se está refiriendo a la sustitución fideicomisaria ordinaria, con deber de conservar, puesto que la mención a que el heredero "conservar y transmita el todo o parte de la herencia" no lo es a que el fiduciario pueda disponer de parte de ella, sino a que la sustitución ordinaria puede comprender toda la herencia o parte de ella, de tal manera que en este segundo supuesto, el fiduciario estará obligado a entregar la parte fideicomitida de la herencia al fideicomisario. En otras palabras, establece que la sustitución puede ser de toda o parte de la herencia, no que el fiduciario pueda disponer de toda o parte de la herencia.

La admisión del fideicomiso de residuo en nuestro ordenamiento jurídico, que no resulta discutida ni por la jurisprudencia ni por la doctrina, deriva del principio de la soberanía de voluntad del testador y, si tiene alguna plasmación normativa en el Código Civil, no es en el art. 781, sino, más bien, en el art. 783, párrafo segundo, al señalar que "El fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo en el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa".

Estas consideraciones conducen a desestimar el motivo de casación, puesto que ninguna infracción del precepto alegado se ha producido, porque ni se ha aplicado, ni es aplicable.

16. En realidad, lo que el recurrente está impugnando a través de este motivo es la interpretación que la sentencia recurrida ha dado a la cláusula b) de la institución de heredero, al entender que la misma solo

autoriza a disponer en vida de los instituyentes. Sin embargo, a esta cuestión ya se ha dado cumplida respuesta en el motivo anterior. Como se ha dicho, la sentencia recurrida entendiéndola acertadamente que la mención expresa al consentimiento de los sobrevivientes permite disponer de las fincas una vez han fallecido los instituyentes, en cuyo caso solo será necesario el consentimiento de las otras personas mencionadas que sobrevivan: el heredero y/o su esposa. Esta interpretación lleva a integrar el sentido de la cláusula e) de la institución de heredero, de modo que la reversión de la herencia a que se refiere esta última debe entenderse como un fideicomiso de residuo, puesto que solo revertirán los bienes de los que no hubiera dispuesto el heredero antes o después del fallecimiento de sus padres.

QUINTO.— Tercer motivo de casación: infracción del art. 463 CDFA.

17. Este motivo de casación se fundamenta en la infracción del art. 463 CDFA, cuyo número 2 regula la extinción de la fiducia colectiva. Entiende el recurrente que el mecanismo para la designación de un nuevo heredero previsto en la cláusula e) de la escritura pública —que atribuye la designación a un pariente de cada uno de los padres ya fallecidos y al Sr. cura de C.— no puede aplicarse por inexistencia en la actualidad de esta última figura. Rechaza la posibilidad de que pueda utilizarse como mecanismo para solucionar esta imposibilidad el previsto para la fiducia colectiva en el precepto alegado como infringido, que dispone que la pérdida de la condición de fiduciario por algunos de los que la integran no impedirá el cumplimiento del encargo por los restantes. Por ello, solicita del tribunal sentenciador que declare que la designación debe recaer a favor de la demandante —por ser la voluntad de los causantes— o, subsidiariamente, que hay que abrir la sucesión ab intestato.

18. El motivo debe ser rechazado sin entrar en disquisiciones de futuro por un hecho evidente: el art. 463 CDFA no ha sido aplicado en la sentencia recurrida para resolver la controversia, sino que se incluye a modo de un mero obiter dicta o un argumento de futuro.

La sentencia, en su Fundamento de Derecho Sexto, rechaza las pretensiones de la demanda por no haberse cumplido la condición impuesta en la cláusula e) para la reversión de la herencia y nombramiento de un nuevo heredero: que el heredero actual fallezca sin hijos o estos fallezcan siendo menores y sin testar; esta es la verdadera ratio decidendi de la sentencia. Como quiera que el heredero no ha fallecido, no es posible atender a la designación del nuevo heredero en los términos solicitados por la demandante. Y añade, como un simple argumento hipotético que no configura la decisión que la sentencia da a la cuestión controvertida, que cuando el heredero muera sin hijos, “en su caso”, entrará en juego la fiducia colectiva que, entre otros preceptos, quedará sometida a lo previsto en el art. 463 CDFA. Con toda claridad se desprende de la sentencia ese razonamiento meramente hipotético al decir: “por lo que no puede afirmarse ahora que la fiducia, si llegara a tener que entrar en acción, será de imposible ejecución aun en la hipótesis de que nadie actuara en el futuro como cura de C. cuya parroquia, según la misma demanda, es atendida en la actuali-

dad por sacerdotes que la diócesis de B. envía”. Y con igual claridad, en el mismo fundamento de derecho se afirma, en relación a las pretensiones de la recurrente, que “no procede, desde luego, la designación como heredera de la propia demandante pues los tribunales nunca eligen herederos, pues tal tarea sólo corresponde a los causantes, sus fiduciarios o a la Ley y tampoco procede disponer que si A. muere finalmente sin hijos se abrirá la sucesión intestada pues todo ello forma parte de un incierto futuro que nadie puede vaticinar ahora si sucederá o no”.

El recurso de casación ha de fundarse en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso (art. 477.1 LEC) y no en preceptos alegados a modo de hipótesis de solución de cuestiones futuras.

19. Por otra parte, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 20/1993, de 18 de enero, refiriéndose a las acciones declarativas, dispuso que su viabilidad, “como modalidad de tutela jurisdiccional que se agota en la declaración de existencia, inexistencia o modo de ser de una relación jurídica, está subordinada a la concurrencia de un interés real, actual y concreto en que los órganos judiciales pongan fin a la falta de certidumbre en torno a la relación jurídica de que se trate”. Es claro que la pretensión de que se declare cual ha de ser el mecanismo de nombramiento del nuevo heredero carece de interés real y actual en este momento, puesto que no se ha cumplido todavía la condición exigida en la escritura pública de capitulaciones matrimoniales.

Por todo ello, el motivo debe ser desestimado.

SEXTO.— Cuarto motivo de casación: infracción de los arts. 781 y 1258 CC, por relación este último con el art. 1.118.1 del CC.

20. Este último motivo de casación se fundamenta por el recurrente en la infracción de los mencionados artículos del Código Civil. Sin embargo, dichos preceptos, que no han sido aplicados en las sentencias recurridas, son traídos al recurso de manera forzada, alegándose injustificadamente su infracción.

El art. 781 CC es mencionado en el encabezamiento del motivo del recurso, pero desaparece en su desarrollo, sin que conste referencia alguna a las razones por las que se entiende infringido por la sentencia. Si éstas son, como sucede en el segundo motivo, que su vulneración deriva simplemente de ser la norma que admite el fideicomiso de residuo en nuestro ordenamiento civil, la respuesta ha de ser la misma: tal precepto no se refiere expresamente al fideicomiso de residuo. Por tanto, en modo alguno ha sido vulnerado.

21. La vulneración del art. 1.258 CC, en relación al art. 1.118.1 CC parece derivar, según se recoge en el recurso, de que no siendo posible ya el cumplimiento de la condición, debe integrarse el procedimiento para la designación de un nuevo heredero, previsto en la cláusula e) de la escritura pública de capitulaciones matrimoniales que recoge la institución de heredero. Estos argumentos no suponen ninguna vulneración del art. 1.258 CC, puesto que el precepto contiene un principio general de perfección por el mero consentimiento que conlleva la obligación de cumplir no sólo lo expresamente pactado, sino también, todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, el uso y la ley.

22. Y respecto de la supuesta infracción del art. 1118.1 CC, pese a las disquisiciones del recurso sobre la imposibilidad del actual heredero, don Alberto, para tener hijos naturalmente o por adopción, lo cierto es que no se ha producido el hecho básico para que se entienda cumplida la condición y se proceda a nombrar nuevo heredero: que el actual haya fallecido.

Como acertadamente se expresa en la sentencia, habrá que esperar a que se cumpla la condición para que, en su caso, entre en juego el mecanismo de nombramiento de nuevo heredero previsto en la cláusula e), no resultando posible adelantarse a ese momento, tal como propone la parte recurrente. Y ello porque la aplicación del procedimiento de nombramiento de nuevo heredero dependerá de los hechos que concurren en ese momento, una vez se cumpla la condición. Esos hechos pueden ser distintos a los existentes en la actualidad, sin que la sentencia recurrida deba pronunciarse sobre futuros supuestos hipotéticos.

Por lo expuesto, no se ha producido la vulneración del art. 781 CC, ni del art. 1.258 CC, en relación con el art. 1.118.1 CC, debiéndose rechazar el motivo."

*** Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Barbastro de 14 de noviembre de 2017. Sucesión paccionada. Reversión de bienes troncales. Standum est chartae. Interpretación de capítulos matrimoniales "PRIMERO.— La parte actora interesa en su escrito de demanda que:

1. Se declare que la actora es la titular de los derechos hereditarios sobre la propiedad de las fincas descritas en el hecho tercero de su demanda por título de herencia de sus padres.

2. Se declare que el demandado no tiene ningún derecho de dominio sobre dichas fincas.

3. Se condene al demandado a estar y pasar por dicha declaración, acordando la nulidad de los títulos por los que pudo haber adquirido formalmente la titularidad de las mismas, en concreto, la parte que a ello corresponda de la escritura autorizada por el Notario de Graus, D. E, el día 3 de octubre de 2007, número 1.499 de protocolo, en la que aceptó la herencia de su esposa, Dña. M.

Y ello en base a los siguientes hechos:

— En fecha de 25 de abril de 1961 fue otorgada escritura de capitulaciones matrimoniales por D. A y Dña. C, padres de la actora y suegros del demandado, instituyendo heredera a su hija Dña. M, hermana de la actora y esposa del demandado, con transmisión de las fincas descritas en la demanda, estableciéndose, entre otros, el siguiente pacto: "d) Si la heredera muere sin hijos o éstos fallecen siendo menores de edad y sin testar, revertirá esta herencia a los instituyentes o sobreviviente al objeto de nombrar nuevo heredero entre sus hijos, sin perjuicio de los derechos reconocidos en esta escritura al contrayente..."

— La instituida heredera, Dña. M, falleció el día 9 de noviembre de 1998, sin haber dejado descendencia, por lo que se produjo la reversión de las fincas en su día entregadas. Dichas fincas se vieron afectadas registralmente por una prohibición de gravar y enajenar, y una reserva de disposición a favor de D. A y Dña. C, y fueron sujetas a fideicomiso de residuo.

— La Sra. T, sobreviviente a la muerte de su hija Dña. M y de su esposo, quien falleció el día 13 de julio

de 1989, por sí y en uso de la fiducia que ostentaba de su esposo, otorgó testamento en fecha 13 de septiembre de 2001, e instituyó heredera única y universal de ambos a su común hija Dña. A.

— En escritura de fecha 3 de octubre de 2007 el demandado aceptó la herencia de su esposa, Dña. M, adjudicándose los bienes relictos por dicha causante, entre los que se encontraban las citadas fincas. Con posterioridad, el demandado transmitió a terceros una de ellas, la número 864.

— Por la actora, en fecha de 18 de mayo de 2015, se procedió a otorgar escritura pública de aceptación de la herencia de su madre, dejando constancia que los únicos bienes relictos por la causante son las referidas fincas.

El demandado interesa la desestimación de la demanda, alegando lo siguiente:

— Que su esposa, Dña. M, instituida heredera en las referidas capitulaciones de 25 de abril de 1961, falleció sin haber dejado descendencia, pero habiendo otorgado testamento abierto mancomunado el día 26 de abril de 1990, por el que ambos cónyuges se institúan mutua y recíprocamente herederos universales para el caso que a su fallecimiento no exista stirpe con derecho legítima, ésta sea incapaz o renuncie a la herencia.

— Que la condición de reversión de los bienes no puede darse en este caso, al fallar uno de los condicionantes para que suceda tal circunstancia, pues se trata de requisitos cumulativos: que no haya descendencia y que no haya testamento.

— Que la madre de la demandante, desconociendo la existencia del testamento de su hija premuerta, instituye heredera universal a su otra hija, la actora.

— Que niega la validez del acto de aceptación de la herencia por la actora, por ser nulo, aun cuando el notario, en el apartado "CARGAS Y GRAVÁMENES" hace constar la advertencia prevista en el Reglamento Notarial "Sobre la conveniencia de asegurarse del estado de las cargas en el Registro de la Propiedad", refiriéndose obviamente a la existencia de la prohibición de gravar y enajenar o al pretendido fideicomiso de residuo, negado por el demandado.

— Que en la escritura de aceptación de la herencia de su esposa por el demandado se hace constar expresamente la existencia de capitulaciones matrimoniales a favor de su esposa, la ausencia de descendencia del matrimonio, la existencia de disposición de última voluntad en el año 1990. Así, el Notario otorgante entiende que el testamento de su esposa es el título habilitante mediante el cual se acredita la posible aceptación de bienes del marido, y no la sucesión intestada. Que, asimismo, en el Registro de la Propiedad, en el apartado "CARGAS", no consta ninguna afección de gravar ni enajenar, ni fideicomiso de residuo alguno.

— Que el demandado niega el título por el que la actora adquiere los bienes, al considerar que el derecho de reversión para los bienes troncales se aplica únicamente a la sucesión intestada.

SEGUNDO.— Visto cuanto antecede, la cuestión controvertida en el presente procedimiento se centra en determinar cuál fue la voluntad del causante en capitulaciones matrimoniales y, en consecuencia, si el testamento otorgado por la esposa del demandado es ajustado a derecho.

En este sentido, ha de tenerse presente lo dispuesto en el actual art. 3 del CÓDIGO DE DERECHO FORMAL DE ARAGÓN (en adelante, CDFA) bajo el titullillo "Standum est chartae":

"Conforme al principio standum est chartae, se estará, en juicio y fuera de él, a la voluntad de los otorgantes, expresada en pactos o disposiciones, siempre que no resulte de imposible cumplimiento o sea contraria a la Constitución o a las normas imperativas del Derecho aragonés".

En cuanto a su ámbito de aplicación, señala la doctrina (entre otros, DELGADO ECHEVERRÍA) que, configurado el ordenamiento civil aragonés como autónomo, el Standum ya no actúa convirtiendo en dispositivas o supletorias las normas del Código, sino sobre las leyes aragonesas, que "han de presumirse meramente supletorias de los pactos y disposiciones. Esto no significa, naturalmente, que no haya normas aragonesas imperativas... El principio Standum est chartae opera en la totalidad del Derecho civil aragonés, en todas las partes o materias que lo componen: obligaciones y contratos, derechos reales, persona y familia, sucesiones. Correlativamente, sólo en el Derecho civil aragonés (ámbito en el que es supletorio el Derecho civil general de España), no en el Derecho civil estatal estrictamente tal, es decir, aquel que necesariamente es de la competencia exclusiva del Estado. Dicho de otro modo: hasta donde podría legislar el legislador aragonés, y con la misma libertad, pueden disponer los aragoneses mediante pactos o disposiciones". Los límites aparecen en el mismo art. 3 CDFA, que termina señalando como límites de la voluntad: que no resulte de imposible cumplimiento o sea contraria a la Constitución o a las normas imperativas del Derecho aragonés.

Ha de tenerse en cuenta, además, que en el presente caso estamos ante una sucesión paccionada establecida en capitulaciones matrimoniales.

Así, en relación a la sucesión paccionada, la doctrina (entre otros, CALATAYUD SIERRA) señala que es un modo de delación voluntaria de la sucesión por causa de muerte diferente o alternativo del testamento (art. 317.1 CDFA), concretamente es aquella sucesión voluntaria basada en el pacto, es decir, en la que una persona pacta con otras cómo dispone de su herencia, con la eficacia propia de los contratos, fundamentalmente la irrevocabilidad sin nuevo pacto entre las mismas personas. Esta característica es lo que ha llevado a algunos Derechos a que la irrevocabilidad de la disposición por causa de muerte no debe tener excepciones, como sucede en el Derecho común (art. 1270, párrafo segundo, y otros). En cambio, en otros Derechos, como el aragonés, el navarro o el catalán, se ha considerado conveniente que el sucesor pueda tener la seguridad de que el instituyente no modificará su voluntad, como vía para estimular que los hijos permanezcan en la casa familiar y mantengan el patrimonio de ésta, históricamente de naturaleza agrícola y ganadera, sirviendo, de esta forma, para regular ordenadamente el tránsito entre generaciones. De hecho, históricamente ha sido el modo de disposición por causa de muerte más frecuente en Aragón, aunque en los últimos tiempos ha perdido mucha importancia frente al testamento, hasta el punto de que, salvo en algunas zonas del Alto Aragón, son muy infrecuentes.

No obstante lo cual, el legislador aragonés la ha mantenido.

En cuanto a su contenido, señala asimismo la doctrina que los pactos sucesorios pueden contener cualesquiera estipulaciones mortis causa a favor de los contratantes, de uno de ellos o de tercero, a título universal o singular, con las sustituciones, reservas, fiducias, modalidades, cargas y obligaciones que se convengan (art. 381.1). Es decir, en cuanto a su contenido no hay diferencias con el testamento. No obstante, el legislador ha establecido algunas reglas específicas de interpretación e integración:

— Los pactos sucesorios se interpretarán en los términos en que hayan sido redactados, atendiendo a la costumbre, usos y observancias del lugar, a los que deberá estarse cuando el pacto se refiera a determinadas instituciones consuetudinarias (art. 384.1). El peso de la costumbre del lugar sigue siendo importante en esta materia.

— Para integrarlos, se aplicarán como supletorias las normas generales sobre contratos y disposiciones testamentarias, según la respectiva naturaleza de las estipulaciones (art. 384.2). De aquí hay que deducir que, para las reglas sobre formación del consentimiento, interpretación de la voluntad y vicios, se acudirá a la regulación de los contratos, mientras que, en cuanto a la forma de suceder y de deferirse la herencia, a las del testamento.

Finalmente, ha de decirse que el legislador ha categorizado la sucesión paccionada en distintas modalidades, siendo la que hoy es objeto de estudio la siguiente:

— Institución a favor de contratante. Es aquella que contiene la disposición mortis causa de uno o varios contratantes a favor de otro u otros de ellos. Son parte en ellos: quienes instituyen y los instituidos, que en ese acto aceptan la institución, por lo que no podrán repudiar la herencia o renunciar al legado con posterioridad (art. 385).

— Y dentro de esta modalidad de pacto, nos encontramos ante una institución "De presente", en el que el instituido adquiere todos los derechos de que sea titular el instituyente al otorgamiento del pacto, salvo los que se hubiera reservado.

TERCERO.— Visto cuanto antecede, de lo que aquí se trata es de interpretar la estipulación contenida en las capitulaciones matrimoniales otorgadas por D. A y Dña. C, en las que se instituía heredera a su hija Dña. M (fallecida el día 9 de noviembre de 1998 y habiendo otorgado testamento abierto mancomunado el día 26 de abril de 1990, por el que ésta y su cónyuge hoy demandado se instituían mutua y recíprocamente herederos universales a falta de descendencia, como es el caso), y que es el verdadero objeto de controversia. En concreto, el PACTO PRIMERO, NORMA d), esto es: "d) Si la heredera muere sin hijos o éstos fallecen siendo menores de edad y sin testar, revertirá esta herencia a los instituyentes o sobreviviente al objeto de nombrar nuevo heredero entre sus hijos, sin perjuicio de los derechos reconocidos en esta escritura al contratante...".

Entiende la parte demandada que para que se produzca la reversión de los bienes habrían de cumplirse dos requisitos cumulativos: que hubiese muerto sin hijos y que no hubiese testado; mientras que la actora

considera que, habiendo fallecido su hermana sin hijos, ha de estarse a la reversión estipulada por sus padres.

Como se ha dicho, reviste aquí vital importancia el principio *standum est chartae*, esto es, la voluntad de los otorgantes, extremo objeto de examen en la presente Litis, pues dependiendo de cual fuere la voluntad reflejada en las referidas capitulaciones, procederá o no la estimación de la demanda.

En este sentido, y en primer lugar, ha de tenerse presente la literalidad de la estipulación "Si la heredera muere sin hijos o éstos fallecen siendo menores de edad y sin testar...". En efecto, dicho pacto recoge el supuesto de que muera la heredera, como es el caso, entendiéndose que no debe interpretarse en el sentido alegado por el demandado, esto es, sin hijos y sin testar, sino que considero que con dicha estipulación se está refiriendo el causante a que la heredera muera sin hijos o con hijos menores de edad que no hayan testado (ha de tenerse en cuenta que los menores de edad, mayores de 14 años, tienen capacidad para testar). Esta interpretación se ve reforzada con los propios actos de uno de los otorgantes, esto es, la Sra. C, que conociendo el contenido y voluntad con que se otorgaron las capitulaciones (pues fue otorgante en las mismas), una vez fallecida su hija instituida heredera en aquéllas, otorga nuevo testamento en fecha de 13 de septiembre de 2001, no habiendo prueba que acredite que desconocía que su hija premuerta había otorgado testamento mancomunado en fecha anterior. Así, y cumpliendo la fiducia contenida en las capitulaciones de 1961, instituye heredera a la aquí demandante, tras haber revertido los bienes que fueron objeto de sucesión paccionada a su persona.

Esta interpretación está en consonancia con lo dispuesto en el artículo 387.3 CDFA "La institución quedará sin efecto cuando el instituido premuera al instituyente sin dejar descendientes. En este caso, los bienes transmitidos de presente que aún subsistan en el patrimonio del instituido revertirán al instituyente".

A lo anterior ha de añadirse que si bien el demandado alega que en la escritura de aceptación de la herencia de su esposa se hace constar expresamente la existencia de capitulaciones matrimoniales a favor de su esposa, la ausencia de descendencia del matrimonio y la existencia de disposición de última voluntad en el año 1990, entendiéndose el Notario otorgante que el testamento de su esposa es el título habilitante mediante el cual se acredita la posible aceptación de bienes del marido, y no la sucesión intestada (hecho que no es objeto de controversia, pues la parte actora no basa su demanda en la existencia de sucesión intestada), y que asimismo en el Registro de la Propiedad, en el apartado "CARGAS", no consta ninguna afectación de gravar ni enajenar, ni fideicomiso de residuo alguno; lo cierto es que en la propia escritura de aceptación de la herencia por el demandado (folio 11 del doc. 4 de la contestación) se recoge, en cuanto al título de adquisición de las fincas objeto de autos, que "le pertenecían las fincas descritas bajo los números 1 a 4, ambos inclusive, a Dña. M, con carácter privativo, por herencia de sus padres D. A y Dña. C, en virtud de escritura de capitulaciones matrimoniales autorizada el día 25 de abril de 1961... No me exhiben dicha escritura...". Asimismo, en los folios 19 y 20 de la re-

ferida escritura se recogen por el notario, en cuanto a las cargas de las fincas, las normas a), b) y c) del pacto primero de las capitulaciones de 1961, sin hacer referencia a la controvertida norma d).

A ello se añade también, que aún cuando por el Registrador de la Propiedad no se hace referencia a carga alguna de las fincas en su nota simple de 28/09/15 (doc.3 de la contestación), lo cierto es que en la nota simple informativa emitida en fecha de 04/01/2001 (doc. 2.4 de la demanda), sí se hace constar que las fincas se encuentran sujetas a la prohibición de gravar y enajenar y a la reserva de disposición que, a favor de A y C resulta de la inscripción 2 y sujeta asimismo al fideicomiso de residuo.

Por tanto, a la vista de lo anterior, procede la estimación de la demanda, considerando que la interpretación que debe darse a la estipulación contenida en las capitulaciones matrimoniales de 1961 es que en el caso de que la heredera muera sin hijos (habiendo o no testado ésta), revertirá la herencia a los instituyentes o sobreviviente al objeto de nombrar nuevo heredero entre sus hijos, sin perjuicio de los derechos reconocidos en esta escritura al contrayente. Por tanto, se considera válida y eficaz la institución de heredero realizada por la instituyente sobreviviente Dña. C en escritura de fecha 13 de septiembre de 2001, en uso de la fiducia que ostentaba de su esposo; y, en consecuencia, la escritura de aceptación de la herencia de fecha de 18 de mayo de 2015 otorgada por la demandante Dña. Á; y siendo nulos los títulos por los que el demandado D. J adquirió la titularidad de las fincas objeto de autos."

74. FIDUCIA SUCESORIA

*** Auto del Tribunal Superior de Justicia de 24 de febrero de 2017. Inadmisión de recurso de casación. Ambigüedad en la infracción alegada. Carencia de fundamento. Problemática tributaria de la fiducia sucesoria

"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. 1.º, párrafo 2.º, 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 80 y 76.3.b) del Código de Derecho Foral de Aragón.

SEGUNDO.— Entrando a conocer sobre las causas de inadmisión expuestas en la providencia, debe comen-zarse por la tercera de ellas. Tal como se afirmaba en la providencia dictada para oír a las parte, los motivos de casación guardan escasa relación con

lo peticionado en demanda y se centran, fundamentalmente, en el inventario y avalúo de bienes efectuado en 2006, a los exclusivos efectos del pago del impuesto de sucesiones, aplicando legislación fiscal.

Las alegaciones presentadas por la parte recurrente vuelven a reiterar los mismos argumentos utilizados en el recurso de casación. Pese a la falta de una razonable claridad expositiva —a la que luego se hará referencia—, que dificulta la correcta comprensión del recurso, en síntesis se afirma que el inventario y avalúo de bienes llevado a cabo en el año 2006 supuso la aceptación de la herencia de la fallecida por su esposo e hijas, así como el reparto de los bienes entre ellos, con clara renuncia a ejercitar la fiducia.

Como se indicó en la providencia de fecha 2 de febrero de 2017, el inventario y avalúo de bienes efectuado en 2006 lo fue a los exclusivos efectos del pago del impuesto de sucesiones, sin que pueda calificarse, en modo alguno, como un acto de aceptación de la herencia y de renuncia a la fiducia. Ese documento solo obedece a exigencias fiscales, y no tienen incidencia alguna en la sucesión hoy discutida.

Es cierto que en el ámbito tributario la fiducia sucesoria resulta problemática, puesto que al ser esta última una institución basada en una transmisión sucesoria diferida en el tiempo, cuadra mal con el hecho de que los herederos presuntos —que nada reciben en ese momento— estén obligados a liquidar el impuesto como si verdaderamente recibiesen los bienes de fideicomitente desde el momento de su muerte. Pero este hecho de pagar el impuesto “a cuenta”, en modo alguno supone aceptar la herencia y renunciar a la fiducia. Se trata de una obligación de exclusivos efectos tributarios, que en nada afecta a la aceptación de la herencia ni a la fiducia. Por decirlo en términos sencillos, nada se hereda hasta que el fiduciario ejecute su encargo decidiendo quién hereda y qué hereda, ya sea por medio de escritura pública como acto inter vivos o en su propio testamento.

Es por ello que todos los motivos de casación del recurso carecen manifiestamente de fundamento, con arreglo al art. 483.2.4.º LEC.

TERCERO.— Además de la falta de fundamento del recurso de casación, adolece de los otros vicios expuestos en la providencia de 2 de febrero de 2017 que también determinan su inadmisión.

Por una parte, la falta en el escrito de interposición del recurso de la razonable claridad expositiva para permitir la individualización del problema jurídico planteado (artículo 481.1 y 3 LEC) y, por otra, la acumulación de infracciones, la cita de preceptos genéricos o la cita de preceptos heterogéneos en un mismo motivo que generan la existencia de ambigüedad o indefinición sobre la infracción alegada (artículo 481.1 LEC).

CUARTO.— La inadmisibilidad del recurso de casación determina que los motivos por infracción procesal habrán de ser igualmente inadmitidos, conforme a lo dispuesto en la Disposición Final 16.º.1, 5.º, de la LEC, y a la jurisprudencia recaída en su aplicación, entre otras en Auto de la Sala Primera del TS de 30 de marzo de 2004, a cuyo tenor la viabilidad de este último recurso está subordinada a la recurribilidad en casación de la Sentencia dictada en segunda instancia, conforme a lo taxativamente previsto en la Dispo-

sición final 16.º, apartado 1, párrafo primero y regla 5.º, párrafo primero, de la LEC.”

*** Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 13 de junio de 2017. Requisitos formales de revocación de fiducia. Testamento ológrafo

“PRIMERO.— Se ejercitó acción por la que se solicitó la declaración de nulidad del testamento ológrafo de D. J, de fecha 14 de mayo de 2006, cuya protocolización se ha acordado en Autos 883/2014 del Juzgado de primera instancia número 8 de Zaragoza, o negar cualquier efecto revocatorio, por nulidad de las disposiciones del mismo que supongan modificación y revocación de lo testado mancomunadamente, en concreto la disposición por la que acuerda “quiero cambiar el testamento que hice con mi esposa M con fecha 6 de noviembre de 1986, ante el Notario de Zaragoza don P. Así pues mi última voluntad y testamento. Es que todos sus bienes, derechos y acciones., en fin, todo lo que actualmente tengo o pueda tener pase a se heredado por mis queridas cuatro hijas, MARIA A, MARIA D, MARIA P y MARIA C”,

Y ello por derivado de la inobservancia del requisito de forma de testamento notarial, declarando, por consiguiente, la vigencia del testamento mancomunado otorgado con su esposa.

La sentencia de primera instancia analizó la cuestión, que es puramente jurídica. Se trata del análisis de los artículos 421.4, 432 441 y 442 del Código de Derecho Foral Aragonés,

El artículo 421.4 dispone, con relación al testamento mancomunado que “Toda revocación o modificación unilateral en vida del otro testador deberá hacerse en testamento abierto ante Notario. El otorgante hará saber al Notario la existencia del anterior testamento y el domicilio del otro otorgante, a quien el Notario notificará, dentro de los ocho días hábiles siguientes, el mero hecho del nuevo otorgamiento. Sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar, la falta de esas manifestaciones del otorgante o de la notificación no afectará a la eficacia de la revocación o modificación”.

El 432 refiere: “Revocación. El testamento anterior queda revocado por el pacto sucesorio o testamento posteriores perfectos, salvo que del contenido de éstos se infiera la subsistencia del anterior testamento en todo o en parte. Se presume la subsistencia cuando el pacto sucesorio o testamento no tienen contenido patrimonial o éste se limita a solo una parte del caudal hereditario”.

El artículo 423 refiere que “1. Son nulos: a) Los testamentos en cuyo otorgamiento no se hayan observado los requisitos esenciales prescritos por la ley para los testadores, el contenido o la forma del testamento otorgado.

En nuestro caso, el testamento ológrafo posterior el cambio obedece a la facultad de fiducia otorgada en el testamento mancomunado, revocación otorgada en vida del cónyuge.

Con respecto a esta institución, el artículo 443 CDFR refiere que 1. “El nombramiento de fiduciario, con independencia de la forma en que se haya efectuado, podrá ser revocado por el causante en testamento escritura pública”.

La sentencia de primera instancia, siguió la doctrina de don MARIANO JESUS PENAN MELERO que concilia ambos preceptos, en el sentido de que el artículo 443.1 establece la norma general en cuanto a que el nombramiento del fiduciario se puede revocar en testamento o escritura pública, pero cumpliendo también las exigencias que otros preceptos requieran para el acto de revocación. Por lo tanto considero que para la revocación del nombramiento de fiduciario debería haberse observado las formalidades establecidas para la revocación del testamento mancomunado.

En nuestro caso —refiere la sentencia apelada—, dado que el nombramiento de fiduciario se verificó en testamento mancomunado, deben cumplirse los requisitos exigidos en el artículo 421.4 CDFA para su revocación, que, en el supuesto examinado, no se han cumplido por haberse revocado en testamento ológrafo, lo que supone la ineficacia de dicha revocación por no haberse verificado con las formalidades legales. Por lo tanto, la sentencia declaró la plena vigencia y efectividad del testamento mancomunado otorgado.

Contra esta resolución se alza la parte demandada: refiere que el hecho de que la revocación de la fiducia acordada en el testamento mancomunado se haga de otra forma no afecta a su eficacia. Considera la parte recurrente que es perfectamente admisible la revocación del nombramiento fiduciario mediante testamento o escritura pública, no imponiendo ninguna específica forma testamentaria, a tenor del artículo 443.1 “El nombramiento de fiduciario, con independencia de la forma en que se haya efectuado, podrá ser revocado por el causante en testamento o escritura pública”.

Manifiesta que frente la opinión de DON MARIANO PENAN —doctrina recogida en la sentencia—, existe otra corriente doctrinal —DON FERNANDO GARCIA VICENTE y DOÑA MARIA ANGELES PARRA LUCAN— que establece que la designación puede revocarse en testamento de cualquier clase, como reflejaba el artículo 128.1 de la anterior Ley de Sucesiones de Aragón: “El nombramiento de fiduciario, con independencia de la forma en que se haya efectuado, podrá ser revocado por el causante en testamento o escritura pública”.

Considera en síntesis, el recurrente, que es revocable la designación de fiduciario en cualquier clase de testamento o en escritura pública.

SEGUNDO.— Efectivamente, tal como refiere el apelante, existen dos corrientes doctrinales sobre el objeto jurídico debatido: si el nombramiento de fiduciario nombrado en testamento mancomunado, puede ser revocado por cualquier clase de testamento o escritura pública.

La tesis de don MARIANO PEMAN es contraria a la sostenida en la Doctrina reflejada en por don ALFREDO SANCHEZ RUBIO GARCIA, en los Comentarios al Código de Derecho Foral de Aragón, dirigido por don JESUS DELGADO ECHEVARRIA. En la página 644 en la que se comenta el artículo 443 CDFA, se recoge que “Utilizar la fiducia en la propia sucesión forma parte de la última voluntad del comitente y por ello está sujeta a su posible revocación en los mismos términos que lo está el testamento mismo, dependiendo de la efectividad de la revocación de hacerla en testamento o en escritura pública, los mismos instrumentos

formales requeridos para la designación del fiduciario. La forma del nombramiento no condiciona que la revocación deba hacerse en idéntico tipo de instrumento formal, por lo que, se hiciera en testamento o en escritura pública, se puede revocar en escritura o testamento, indistintamente”.

Consideramos que si fuera necesario verificar la revocación de fiduciario en testamento mancomunado en la forma expresada para la modificación de este tipo de testamento, así lo hubiera hecho constar el Legislador en la institución de fiducia; y consideramos reforzada esta tesis porque el artículo 443 especifica que el nombramiento del fiduciario con independencia de la forma en que se hubiera efectuado, podrá ser revocado por el causante en testamento o escritura pública.

Ello aparte, convenimos que refuerza la tesis el que debe prevalecer siempre que sea posible la voluntad del causante, Por lo demás,, ninguna modificación se efectuó en , el testamento ológrafo protocolizado objeto de nulidad entablada en lo que atañe a las disposiciones testamentarias verificadas en el testamento mancomunado otorgado por doña M y D. J.

Simplemente se dejó sin efecto la institución fiduciaria que el artículo 443 CDFA autoriza a verificar “en testamento [sin especificar] o escritura pública”.

8. DERECHO DE BIENES

*** Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Barbastro de 24 de enero de 2017. Relaciones de vecindad. Servidumbre de luces y vistas. Requisitos. Prueba

“PRIMERO.— El actor, propietario de una casa sita en , que linda con la vivienda de la que los demandados son propietarios por mitades indivisas, ejercita acción al amparo de lo dispuesto en el artículo 545 del Código de Derecho Foral de Aragón (en adelante, CDFA), instando la condena de los mismos a dotar a las tres ventanas abiertas en la fachada de su vivienda con reja de hierro remetida en la pared y red de alambre, o protección semejante, retirando el cajón de la persiana de una de ellas; así como a retirar dos tubos de desagüe que hacen caer las aguas sobre el jardín del actor, y la cornisa que han colocado sobre la canaleta de desagüe y que vuela sobre la propiedad del demandante.

El demandado Sr. S se opone a tal pretensión alegando, en primer lugar, que todas las ventanas cumplen las distancias exigidas para la inexistencia de protección y que, además, dos de ellas cuentan ya con elementos de protección suficientes.

Añade que, en relación al cajón de la persiana, no puede sustentarse la pretensión del actor en el régimen de luces y vistas, y que además el demandante fue conocedor de las reformas efectuadas en la vivienda de los co-demandados conviniendo, entre otras cosas, el modo de terminación de su propia terraza. En cuanto a los tubos de desagüe y la cornisa, alega esta parte que las obras se ejecutaron en el año 2001 y que el actor estuvo conforme en su ejecución en los términos planteados, llegando a establecer un pacto sobre la terminación de las mismas, por lo que el actor no solo ha consentido desde entonces la servidumbre —adqui-

rida por prescripción— sino que además estuvo conforme en su establecimiento.

SEGUNDO.— Visto cuanto antecede, lo que ha de examinarse en el presente procedimiento es si las ventanas cumplen los requisitos exigidos legalmente o, en su caso, si había acuerdo entre las partes sobre las condiciones en que se ejecutaron las obras de reforma y, por tanto, si fue consentido por el demandante. Asimismo, es cuestión controvertida si la servidumbre de desagüe (tubos y cornisa) fue adquirida por prescripción adquisitiva o, en su caso, si hubo acuerdo entre las partes para su constitución.

En primer lugar, para examinar la cuestión relativa a si las ventanas cumplen las exigencias legales, ha de tenerse presente que el artículo 537.1 CDFA dispone que “Los vecinos podrán establecer normas específicas para sus relaciones de vecindad, que obligarán únicamente a quienes las acordaron” y el artículo 545 dice “1. Tanto en pared propia, y a cualquier distancia de predio ajeno, como en pared medianera, pueden abrirse huecos para luces y vistas sin sujeción a dimensiones determinadas. 2. Dichos huecos carecerán de balcones y otros voladizos y deberán estar provistos de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre, o protección semejante o equivalente, si no hay dos metros de distancia en vistas rectas o sesenta centímetros en vistas de costado u oblicuas”.

Así, en este caso, de la prueba practicada en la vista ha de considerarse acreditado que las ventanas no cumplen las distancias exigidas por el citado artículo para no estar provistas de las protecciones exigidas, pues vista la prueba documental obrante en autos (fotografías) queda patente que dichas ventanas se encuentran a menos de dos metros de distancia en vistas rectas, dado que las enumeradas en las fotografías aportadas con la demanda con los números 1 y 2 están abiertas en la fachada propiedad de los demandados que cae sobre el huerto o jardín propiedad del actor, existiendo menos de dos metros entre una y otra propiedad. Por lo que respecta a la ventana enumerada en las fotografías aportadas con el número 3, tampoco puede considerarse que existan más de dos metros de distancia, por cuanto cae sobre el tejado propiedad del actor.

Por otro lado, en cuanto a lo alegado por el codemandado de que las ventanas n.º 2 y 3 cuentan ya con elementos de protección suficientes, no puede acogerse tal argumento, ya que correspondiendo al mismo la carga de la prueba, de las fotografías aportadas no puede derivarse que las ventanas cuenten con dicha protección, no existiendo más prueba al respecto.

En lo que respecta al cajón de la persiana que existe en la ventana n.º 1, alega el codemandado la existencia de una servidumbre de luces y vistas de carácter aparente, constituida al amparo de lo dispuesto en el artículo 561 del CDFA en relación con los artículos 568 y 574 del mismo texto legal. En este sentido, ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 548, que nos ofrece el concepto de voladizo “1. Se entiende por voladizo los balcones y demás salientes que sobresalen suficientemente del paramento de la pared, están colocados debajo de un hueco de la misma y permiten asomarse, apoyarse o moverse por el saliente y mirar la finca vecina. 2.

No se consideran voladizos los aleros, los elementos arquitectónicos de la pared ni otros elementos salientes existentes en la finca”. Asimismo, la jurisprudencia y la doctrina vienen entendiendo que los voladizos deben estar situados en la parte inferior de los huecos destinados a luces y vistas, pero para que se conviertan en signos aparentes capaces de lograr por usucapión el nacimiento de la servidumbre, han de tener la finalidad de avanzar con el cuerpo sobre el fundo ajeno al objeto de mirar a través del mismo, lo que evidentemente no ocurre con el cajón de la persiana. Este elemento tendría encaje en el artículo 548.2 CDFA “2. No se consideran voladizos los aleros, los elementos arquitectónicos de la pared ni otros elementos salientes existentes en la finca”.

Por tanto, no puede acogerse la alegación de la existencia de la servidumbre de luces y vistas, pues no pudiendo adquirirse dicha servidumbre por usucapión en el caso de no haber signo aparente (art. 575 CDFA), tampoco se ha acreditado que la misma se haya constituido por voluntad de los titulares de las fincas, no existiendo prueba alguna en este sentido.

Visto cuanto antecede, se considera acreditado que, existiendo menos de dos metros de distancia en vistas rectas entre una y otra finca, las ventanas no cuentan con los elementos de protección exigidos por el artículo 545 CDFA, debiendo los codemandados proceder a adecuar las mismas conforme a la legislación vigente (reja de hierro remetida en la pared y red de alambre, o protección semejante o equivalente), debiendo asimismo retirar el cajón de la persiana, dado que al no haberse acreditado la existencia de servidumbre, no tienen derecho alguno a ocupar el vuelo sobre la propiedad ajena.

En cuanto a los tubos de desagüe y la cornisa para verter las aguas de la terraza de los codemandados, alega el codemandado la existencia de servidumbre, constituida bien por voluntad de las partes, bien por usucapión, refiriendo en la contestación a la demanda que las obras se realizaron en el año 2001, habiendo pactado con el actor la forma de ejecución, y habiendo transcurrido en todo caso el plazo de la prescripción adquisitiva.

A tal efecto, correspondiendo a los codemandados la prueba de la existencia de la servidumbre, se considera que no ha resultado acreditada su constitución, y ello por cuanto, en relación con la constitución por voluntad de los titulares de las fincas dominante y sirviente, el demandante niega tal pacto y declara en la vista que las obras de la terraza y su desagüe las realizaron los codemandados hace 6 ó 7 años, mientras que la testigo M, hija de los codemandados, refiere que se llevaron a cabo en el año 2001 y que le comentaron al actor lo de la terraza. Por tanto, existiendo controversia entre las partes, ha de acudir a otros elementos probatorios. Así, el codemandado aporta a autos factura del año 2001 donde se hace referencia a la terraza, si bien nada se dice al respecto del desagüe. En las fotografías obrantes en autos se puede apreciar la existencia de los tubos y del saliente de cemento colocado sobre la canaleta de desagüe, así como en la parte derecha de la fachada, la tubería de bajada hasta el jardín o huerto del actor. A la vista de estos elementos probatorios, no puede considerarse acreditado el pacto entre las partes acerca

de la constitución de la servidumbre alegada por el codemandado, así como tampoco su constitución por usucapión, pues no se ha probado desde cuando están colocados los tubos de desagüe y el saliente de cemento, ya que si bien podría considerarse que en las obras que se llevaron a cabo en el año 2001 se ejecutó lo referente a la terraza, no se ha constatado que el modo de verter las aguas procedentes de la misma fuera a través de dichos tubos de desagüe desde entonces, pudiendo serlo también a través de la canaleta y tubería de bajada que se halla en la parte derecha de la fachada, lo que sería incluso más lógico pues de este modo no se perturbaría al fundo sirviente. En definitiva, no habiéndose probado por los codemandados la servidumbre alegada, han de proceder a retirar los dos tubos de desagüe y la cornisa de cemento.

Expuesto lo anterior, procede la estimación íntegra de la demanda, debiendo los codemandados adecuar las tres ventanas abiertas en la fachada de su vivienda que aparecen en la fotografía 5 con los n.º 1, 2 y 3 adjunta a la demanda como parte del documento 4, a las previsiones del artículo 545 CDFA, dotando a las mismas de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre, o protección semejante o equivalente, retirando el cajón de la persiana de la ventana n.º 1; así como retirar los dos tubos de desagüe y la cornisa de cemento que han colocado sobre la canaleta de desagüe."

*** Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 20 de febrero de 2017. Acción reivindicatoria sobre inmueble. Naturaleza. Troncalidad. Transformación sustancial del bien

"PRIMERO.— Como antecedentes de interés, que resultan acreditados en las sentencias de primera instancia y de apelación, y por la documentación obrante en las actuaciones, son de tener en cuenta los siguientes:

1.— D. Félix L. V. , fallecido el 31 de enero de 1951, transmitió por título no acreditado a sus hijos Miguel y Máxima L. L. , por mitad a cada uno, una paridera en la localidad de Royuela (Teruel).

2.— D. Miguel L. L. y D.ª Delfina L. M. , casados el 30 de junio de 1.951, elevaron su vivienda sobre la mitad de la paridera de él, con dinero común del matrimonio y aprovechando el suelo y paredes de la paridera.

3.— Falleció D. Miguel L. L. el 10 de abril de 2002 en estado de casado con D.ª Delfina, sin haber tenido descendencia y sin haber otorgado disposición testamentaria válida.

4.— Al fallecimiento de D. Miguel, sus parientes más próximos eran los cuatro hijos de su hermano de doble vínculo Bartolomé, llamados Máxima-Concepción, M.ª del Rosario, Trinidad y Delfina L. A. , y sus hermanas de vínculo sencillo Máxima y María L. M. Renunciaron a la herencia las sobrinas Máxima-Concepción, María del Rosario y Trinidad L. A. , y el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Teruel dictó auto el 11 de enero de 2013, en el procedimiento 308/2012, por el que declaró herederos de los bienes troncales de la línea paterna de D. Miguel L. L. a sus hermanas de vínculo sencillo D.ª Máxima y D.ª María L. M. y a su sobrina D.ª Delfina L. A. por sustitución legal de su padre D. Bartolomé L. L.

5.— Falleció D.ª María L. M. el 19 de noviembre de 2002 y mediante acta de declaración de herederos de 6 de abril de 2004 ante la Notario D.ª Almudena Romero López fueron declarados herederos abintestato sus tres hijos, D.ª Feliciano-Felisa (conocida como Felisa), D. Matías-Rufo y D.ª Prudencia P. L. D.ª Delfina L. A. renunció a la herencia de su tío Miguel L. L. mediante escritura otorgada ante el Notario de Hospitalet de Llobregat D. Daniel Tello Blanco el 15 de septiembre de 2014, e igualmente renunció D.ª Máxima L. M. a la herencia de su hermano Miguel L. L. a favor de sus sobrinos D.ª Prudencia, D.ª Felisa y D. Matías-Rufo P. L. mediante escritura ante el Notario D. Enrique Vililla Graells el 3 de octubre de 2014.

Finalmente, los únicos herederos con derecho a la herencia de D. Miguel L. L. respecto a los bienes troncales de la línea paterna, D.ª Prudencia, D.ª Felisa y D. Matías-Rufo otorgaron escritura de aceptación de herencia de 28 de octubre de 2014 ante el Notario D. Enrique Vililla Graells en la que incluyeron, entre dichos bienes, la finca sita en R. (Teruel), urbana, casa sita en calle C. n.º 79, de una superficie de suelo de cuarenta y cuatro metros cuadrados (44 m2) y construida de ciento treinta y dos metros cuadrados (132 m2), consta de planta baja, primera y segunda alzada de cuarenta y cuatro metros cuadrados (44 m2) cada una, ocupando la edificación la totalidad de los metros de la parcela, siendo advertidos en dicho momento por el Sr. Notario de que en escritura de 21 de mayo de 2009 otorgada por él, D.ª Delfina L. M. , viuda de D. Miguel L. L. , incluyó dicha finca en el avalúo de la herencia de su esposo como bien no troncal, manifestando que dicha finca había sido adquirida por el matrimonio por compraventa a D. Félix L. , padre de su esposo, y sobre ella habían realizado obras de mejora y acondicionamiento, y que posteriormente los herederos de D.ª Delfina incluyeron dicha finca en la escritura de su herencia e inscribieron la misma en el Registro de la Propiedad de Albarracín.

6.— Efectivamente, D.ª Delfina L. M. , en estado de viuda de D. Miguel L. L. , otorgó escritura de aceptación y adjudicación de herencia de su fallecido esposo el 21 de mayo de 2009 ante el notario de Albarracín D. Enrique Vililla Graells, con el n.º 253 de su protocolo, en la que, previa liquidación de la sociedad conyugal por la que le correspondía la mitad de los bienes inventariados, todos de naturaleza consorcial, fue declarada heredera abintestato del causante respecto de los bienes no troncales, entre ellos la casa en calle , y se adjudicó la otra mitad por herencia.

7.— Falleció D.ª Delfina el 8 de enero de 2011 en estado de viuda de D. Miguel L. L. , sin descendencia, con testamento otorgado el 16 de febrero de 2010 ante el Notario D. Enrique Vililla en el que instituyó herederas universales, por partes iguales, a sus hermanas D.ª Julia y D.ª Valentina L. M. . Fallecida D.ª Valentina el 18 de febrero de 2011, en estado de casada con D. Paulino D. H. , sus hijos D. Jesús, y D. José Luis D. L. , junto su padre D. Paulino D. H. , como nudo propietarios y usufructuario, respectivamente, otorgaron escritura de aceptación de herencia el 19 de abril de 2011 ante el Notario de Albarracín D. Enrique Vililla Graells con el n.º 217 de su protocolo, junto con D.ª Julia L. , adjudicándose los primeros por sus respectivos derechos los bienes co-rrespondientes a D.ª Valentina

por su derecho hereditario sobre la herencia de su hermana Delfina, y D.ª Julia L. la mitad, entre otros bienes, de la casa en Royuela, calle .

SEGUNDO.— La demanda origen de estas actuaciones fue interpuesta por los familiares de D. Miguel L. L. como herederos de sus bienes troncales, entre ellos la casa en Royuela, calle , frente a los herederos de D.ª Delfina L. que habían incluido la casa en la herencia de ésta como bien consorcial, no troncal, del matrimonio con D. Miguel L. , como había afirmado ella al otorgar la escritura de aceptación de herencia de su esposo.

Frente a la acción reivindicatoria, los demandados, a cuyo nombre figura inscrita la finca en el Registro de la Propiedad, negaban que la misma tuviera la condición de bien troncal pues, si bien era errónea la manifestación de que hubiera sido adquirida por el matrimonio al padre de D. Miguel L. , bien pudo éste comprarla antes de casarse a su padre, D. Félix L., quien dividió la paridera entre sus dos hijos, Miguel y Máxima. Afirmaban que, en todo caso, la finca de D. Félix L. era una paridera posteriormente transformada por el matrimonio L.-L. en su vivienda aprovechando solo sus paredes por lo que se trata de un bien totalmente distinto y nuevo, por la construcción de la vivienda, que ya no tiene naturaleza troncal sino que tiene una identidad nueva por la inversión y modificación por el matrimonio, habiendo desaparecido la paridera como tal.

TERCERO.— La sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Teruel fijó como hecho incontrovertido la titularidad originaria de la paridera de D. Félix L. V. , fallecido el 31 de enero de 1951, que pasó por mitad a sus hijos Miguel y Máxima. Ésta última no hizo modificación alguna sobre su mitad pero Miguel y Delfina L. M. , que habían contraído matrimonio el 30 de junio de 1951, aprovechando el suelo y paredes de la paridera, desmontaron la cubierta y elevaron una planta para constituir allí su vivienda.

Ante la falta de prueba sobre el título por el que D. Miguel L. recibió de su padre D. Félix L. la mitad de la paridera, la sentencia declara que fue por sucesión hereditaria pues falleció el padre seis meses antes del matrimonio de su hijo con D.ª Delfina L. , y previamente había dividido la paridera entre sus hijos Miguel y Máxima, y fue acondicionada la mitad de la paridera en vivienda por el matrimonio con dinero consorcial, ya fallecido D. Félix L. De todo ello declara probado por presunción judicial (artículo 386 LEC) la transmisión del inmueble (la mitad) por título gratuito de herencia de D. Félix L. a su hijo Miguel, y la otra mitad a su hija Máxima.

Afirma la sentencia que se trata de un bien troncal simple por haber sido recibido por el causante a título gratuito de ascendiente o colateral hasta el sexto grado (artículo 528.1 CDFR), cuya transformación de paridera en vivienda no supone una alteración sustancial del bien, a diferencia de lo resuelto en la sentencia de 3 de marzo de 2015 de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, recurso 52/2014, sino la ampliación de una construcción de pueblo a mediados del siglo pasado aprovechando su superficie y cerramiento mediante la retirada de la cubierta y el alzado de una planta más para ampliar su uso de paridera a vivienda.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel confirma que la adquisición del bien por parte de D. Miguel L. no pudo ser por compra constante su matrimonio con D.ª Delfina a su padre D. Félix, dado que éste falleció antes de la fecha de ese matrimonio y, a falta de otras pruebas, no puede presumirse que fuera a título oneroso, por no constar contraprestación alguna.

Sin embargo, declara acreditado que D. Félix L. dividió la paridera, en vida o a su muerte, en dos partes, y que la correspondiente a D. Miguel L. fue reedificada con su esposa D.ª Delfina, construyendo hasta tres plantas donde instalaron su vivienda. Tal transformación, de construcción rústica de una sola planta para el estabulamiento (sic) de ganado, a edificio de tres plantas destinado a vivienda con todos sus servicios, es considerado por la sentencia como transformación no solo física sino jurídica que implica modificación sustancial de su identidad real y económica, hasta el punto de que no puede sostenerse que el bien que permaneció en la familia sea el mismo que hoy se pretende reclamar. Razón por la que estima el recurso y revoca la sentencia de primera instancia.

CUARTO.— El motivo único del recurso de casación denuncia la infracción del artículo 528, en relación con los artículos 526, 527 y 589 del CDFR, por considerar que las obras realizadas por D. Miguel L. y D.ª Delfina L. no suponen una alteración sustancial del bien sino, como se dice en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, la ampliación de una construcción de pueblo a mediados del siglo XX aprovechando su superficie y cerramiento mediante retirada de la cubierta y el alzado de una planta más, por más que dicha obra se hiciese para adecuar su uso de paridera a vivienda.

Refiere la parte recurrente que en el acta notarial de 28 de octubre de 2014 el Notario Sr. Vililla describe las fotografías que se acompañan al acta, con los pilares exteriores del mismo tipo (que el de la construcción antigua) y las aguas de las edificaciones originales que vertían en la misma altura y dirección, apreciándose claramente la elevación en una de las casas. De esa descripción concluye el recurrente que no se ha producido una reedificación de tres plantas porque si así fuera podríamos encontrarnos —dice— ante una alteración y modificación sustancial que pudiera asemejarse al supuesto contemplado en la sentencia 9/2015, de 3 de marzo de 2015, recurso 52/2014, pero no es el caso pues en éste se trata del mismo edificio, cuya estructura no se ha visto alterada. Defiende que no hay alteración sustancial que origine un bien de naturaleza distinta al existente porque no se trata de una obra nueva que haya perdido su naturaleza troncal. En apoyo de su recurso cita la sentencia de esta Sala n.º 5/2016, de 10 de febrero de 2016, y la n.º 4/2002, de 26 de abril de 2002, así como las de la Audiencia Provincial de Huesca de 27 de marzo de 2000 y de 23 de mayo de 2006.

QUINTO.— La cuestión fáctica relativa a la entidad de las obras realizadas en la paridera debe despejarse partiendo de que no se ha interpuesto motivo de infracción procesal por errónea valoración de la prueba al amparo del artículo 469.1.4.º LEC, que permita declarar con precisión el estado de la edificación

como consecuencia de su adaptación o transformación de paridera a vivienda.

La sentencia de primera instancia afirma en su primer fundamento que “los esposos aprovechando el suelo y las paredes de la paridera desmontaron la cubierta y elevaron una planta, con el propósito, que efectivamente materializaron, de constituir en él su vivienda”. Y la sentencia de apelación dijo que “la transformación de una paridera, esto es, una construcción rústica de una sola planta, para el estabulamiento de ganado, en un edificio de tres plantas destinado a vivienda con todos sus servicios, supone una transformación no solo física sino jurídica del bien...”.

Como se ha recogido en el antecedente 5 del fundamento primero de esta sentencia, en la escritura de aceptación de herencia de 28 de octubre de 2014 ante el Notario D. Enrique Vililla Graells se describe la finca como “urbana, casa sita en calle C. n.º 79, de una superficie de suelo de cuarenta y cuatro metros cuadrados (44 m²) y construida de ciento treinta y dos metros cuadrados (132 m²), consta de planta baja, primera y segunda alzada de cuarenta y cuatro metros cuadrados (44 m²) cada una, ocupando la edificación la totalidad de los metros de la parcela”.

En el acta notarial de 28 de octubre de 2014 ante el Notario Sr. Vililla las fotografías ponen de manifiesto que se trata de una edificación cuya parte delantera y trasera dan a calles situadas a distinto nivel por lo que en la parte delantera la edificación levanta sobre la planta baja (en la que hay una puerta y una ventana con reja) una sola planta (con una ventana abierta) respecto a la otra mitad de la paridera, no alterada, en tanto que la parte trasera eleva sobre la baja (donde hay una puerta y un ventanuco) dos plantas (la primera con dos ventanas y la segunda con una ventana), respecto a la paridera original. De ahí que en la escritura de 28 de octubre de 2014 se describan la planta baja, la primera y la segunda alzadas, cada una ocupando los 44 m² de la parcela.

Por lo tanto, en la actualidad es una finca de planta baja y dos alzadas, de 44 m² cuadrados de superficie cada una de ellas, con destino a vivienda.

Sin duda la transformación realizada por el matrimonio L.-L. es sustancial, tanto por la elevación de dos plantas sobre la baja como por el cambio de destino, de paridera a vivienda. Lo recibido por D. Miguel L. de su padre, a título gratuito, pues así lo declaran ambas sentencias y ya no lo combate en este punto la parte recurrente en casación, fue una paridera, y lo que después fue transmitido a los herederos es una vivienda de las características y superficie indicadas.

La propia parte recurrente afirma que si la actuación consistió en una reedificación de tres plantas podríamos encontrarnos en una situación similar a la contemplada en la sentencia de esta Sala de 3 de marzo de 2015 (recurso 52/2014). En aquel caso se trataba de una construcción nueva de una vivienda sobre un solar de naturaleza troncal, en tanto que aquí se aprovechó una edificación de solo planta baja destinada a paridera para elevar sobre ella dos plantas alzadas con modificación del uso de toda la edificación, ahora destinada a vivienda. En ambos casos se produjo una modificación sustancial del bien, física y jurídica, similar a la de la citada sentencia de 3 de marzo de 2015 en la que declaramos que la naturaleza troncal del

solar sobre el que se asentó la nueva edificación no se comunicaba a lo edificado.

El artículo 528.1 del CDFA no resulta infringido en la sentencia recurrida pues se declara que la paridera era un bien troncal simple dada su adquisición por el causante a título gratuito, pero también declara que lo que se pretende adquirir como bien troncal es algo bien distinto. Como decíamos en la sentencia de 3 de marzo de 2015, 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. Miguel recibió de su padre a título gratuito fue la paridera, y no otra cosa.

No resulta de aplicación la sentencia de esta Sala de 10 de febrero de 2016, recurso 52/2015, como alega el recurrente, por tratarse de supuesto distinto en el que se resolvía un retracto de abolorio sobre un edificio con fincas anejas. Ni la de 26 de abril de 2002, n.º 4/2002, referida igualmente al ejercicio de un retracto de abolorio sobre finca segregada que no había perdido su identidad ni su naturaleza troncal. Y las de la Audiencia Provincial de Huesca de 27 de marzo de 2000 y de 23 de mayo de 2006 valoran en cada caso la menor entidad de obras de rehabilitación y mejora, o el mantenimiento de la identidad de una casa aunque de ella se segregara un pajar.

En consecuencia, debe rechazarse el motivo único del recurso, que resulta así desestimado.”

*** Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 30 de mayo de 2017. Interdicto de obra nueva. Derecho autónomo sobre muro

“PRIMERO.— Como ha reiterado este tribunal, el vigente juicio verbal (art 250-1-5 LEC) recoge, en esencia, el contenido del precedente “interdicto de obra nueva”, por lo que será la doctrina general que se aplicaba a dicho proceso la que también lo será para el juicio verbal que pretende la suspensión de una obra nueva. De esta manera, este juicio verbal busca la suspensión de una obra nueva cuando se pretende evitar el perjuicio que la continuación y la conclusión de la misma y su posterior destrucción originaria. Cuando se trata de obras de escasa entidad sí cabe la recuperación de la posesión. No así cuando estamos frente a otras de importancia, como la presente.

Por otra parte, como ya recogió nuestra sentencia de 4-mayo-2000, “con independencia de corrientes jurisprudenciales más o menos amplias en su concepción de este procedimiento, lo que no admite discusión es que se trata de un proceso judicial mediante el cual se tiende a paralizar una obra cuya continuación produciría o podría producir (según una interpretación lógica del acontecer futuro) un daño en los bienes o derechos del interdictante. Siendo los derechos protegidos por tal paralización no sólo la posesión strictu sensu, sino también la propiedad y otros derechos reales, lo que —en alguna medida— habilita al órgano jurisdiccional a un somero estudio de las relaciones jurídicas y posibles derechos y deberes de las partes en conflicto. Se intenta, además, evitar así las consecuencias antieconómicas y antisociales que una destrucción de lo ya hecho pudiera acarrear el reconocimiento definitivo de los derechos de los interdictantes en su posterior

juicio declarativo de naturaleza plena. Por lo tanto, es la parte interdictante la que —ex Artículo 1.214 del Código Civil (actual art 217 LEC)— ha de acreditar el daño o futuro daño sobre sus bienes o derechos o, al menos, el *fumus boni iuris* que justifique el ejercicio interdictal”. (5 280/2006, 15,5).

SEGUNDO.— En tal contexto, será preciso determinar si la parte actora tenía, siquiera desde un punto de vista fáctico, un derecho autónomo sobre el muro que cerraba su edificio en la colindancia con el de la parte demandada. Y si el comportamiento constructivo de ésta podía suponer un perjuicio de difícil o muy costosa eliminación.

TERCERO.— Este segundo requisito se da por supuesto. Si la demandada y apelante construyera apoyándose en un muro que no resultara medianero, el derribo de la obra finiquitada supondría un perjuicio claramente anti-económico.

CUARTO.— Por tanto, la cuestión se centra en si la actora posee una apariencia de utilización independiente del muro que separa ambas propiedades.

La prueba practicada es favorable a la tesis de la “Asociación”. El vendedor de la finca entendía que tal pared le pertenecía en exclusiva. En idéntica forma se explicó el testigo-perito que redactó el proyecto de demolición del edificio de la demandante.

La estructura del muro, en la que no apoyaban vigas del edificio de la demandada, a excepción de una pre-tensada, evidentemente más moderna que aquel edificio; la existencia de huecos recayentes a la propiedad de la demandada, sin ninguna protección (rejillas, ni red) y el alero del tejado que volaba sobre la finca de la Sra. R constituyen para el técnico datos fundamentales que avalarían la configuración del muro como de propiedad exclusiva de la actora.

CUARTO.— En el ámbito de un juicio posesorio, este tribunal también coincide con esa conclusión.

El hecho de que registralmente los corrales de la demandada (o sus antecesores dominicales) estuvieran inscritos antes que el edificio de la Asociación (dato que, por cierto, no aparece con claridad en autos, salvo error), no significa que dichos corrales fueran más antiguos; ni que, de haberse construido después, el local destinado a horno, se hubiera necesariamente apoyado en el —en su caso— anterior muro que cerraba los corrales.

QUINTO.— Es más, acudiendo a las presunciones que al efecto recoge nuestra legislación foral, si la pared fuera medianera, debería de tener sus huecos protegidos (art. 545 C.D.F.A.).

Y, aunque el C.D.F.A. actual especifica que no se consideran voladizos los aleros u otros elementos salientes de la finca, a excepción de balcones y similares (art. 548), en la Compilación de Derecho Civil de Aragón no se hacía esa precisión (art. 145), con lo que el alero —acertadamente o no— podía entenderse —si volaba sobre la finca vecina— como un signo aparente de ausencia de medianería. Construcción jurídica discutible, pero que constituye un elemento accidental o secundario en apoyo de la procedencia de paralizar la obra.”

*** Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 24 de julio de 2017. Retracto de abolitorio.

Permanencia familiar durante dos generaciones. Derechos de ayuda comunitaria agrícola. Afección

“PRIMERO.— La parte demandante, hermanas Ma J y M.ª P, mandan al adquirente de 23 fincas, D. S, ejercitando el retracto de abolitorio del Derecho Foral Aragonés, por entender que se cumplían los requisitos que tal institución exige, reintegrando así a la familia bienes que procedían de ella.

SEGUNDO.— El demandado se opuso por diversas razones. Primera, porque no debió de admitirse a trámite la demanda por no haberse presentado acompañándola los documentos que prevé, como principio de prueba, el C.D.F.A., y por tratarse de documentos que debían de acompañar al escrito inicial (arts. 266 y concordantes L.E.C.)

Segundo, procederá, en su caso la desestimación de la demanda por no haber probado los requisitos subjetivos (relaciones de parentesco entre retrayentes y vendedoras, así como del resto de parientes a los que se refiere el C.D.F.A.); tampoco los objetivos relativos a la condición de los bienes, su procedencia familiar en las preceptivas circunstancias que exige el abolitorio; y ni siquiera los de índole formal, pago, consignación y plazo. Por lo que la acción habría caducado.

Pero, además, considera que tal y como se desarrollaron las conversaciones previas, ha existido mala fe y abuso de Derecho por parte de las retrayentes.

TERCERO.— La Sentencia de primera instancia, con una redacción anómala estimó íntegramente la demanda. Posteriormente aclaró lo que consideró errores materiales. Pero se negó a completar la sentencia por considerar que no procedía, dejando a la parte petionaria la vía del recurso de apelación.

CUARTO.— Recurre en apelación la parte demandada. Considera que se ha producido nulidad de actuaciones al no resolver la sentencia lo que era objeto del juicio, recogiendo datos y circunstancias correspondientes a otro procedimiento.

Denuncia incongruencia omisiva por no resolver cuestiones litigiosas (caducidad, requisitos procesales, mala fe), y también incongruencia extrapetita, concediendo más de lo pedido (25 fincas, cuando se piden 23, concediendo alguna que fue renunciada por los actores en la Audiencia Previa, la n.º 11).

Falta de motivación, pues no se infiere de la sentencia las razones de su decisión.

Todo lo cual ha producido indefensión. Tampoco ha resuelto lo relativo a la admisibilidad de prueba que la demandada consideró extemporánea.

Por fin, en cuanto al fondo, reitera la caducidad y ausencia de requisitos objetivos, subjetivos y formales del derecho de saca o abolitorio.

QUINTO.— La primera cuestión que procede resolver es la atinente a las cuestiones procesales. En principio las relativas a la sentencia de primera instancia.

En efecto, sorprende la lectura de la sentencia puesto que se refiere (al menos parcialmente) a otro procedimiento diferente, con partes y objeto distintos, lo que hubiera provocado una nulidad radical de la misma por contener un vicio procesal sustancial y provocador de indefensión que, además, hubiera obviado —en la práctica— una resolución en la primera instancia. Cuestión distinta a la posible falta de motivación o incongruencia. Hubiéramos estado en el supuesto del art. 465-4 LEC.

El Auto de aclaración o de rectificación de errores materiales da respuesta sucinta al contenido de la litis, con lo que, a juicio de este tribunal no llega la resolución decisoria del pleito (Sentencia más auto aclaratorio) a dicha nulidad radical.

SEXTO.— Lo que da paso al análisis de la falta de motivación e incongruencia omisiva y extra petita.

En tales circunstancias el art. 465 LEC, referido a la segunda instancia, prevé una respuesta distinta que el recurso de casación por infracción procesal, que sí permite anular la sentencia y devolverla al tribunal de instancia para que resuelva motivadamente (STS 188/2015, 8-4)

Lo previsto para la apelación es la revocación de la sentencia por las infracciones en ella cometidas y, a continuación, resolverlas (art. 465-1 LEC)

SÉPTIMO.— en cuanto a la motivación de la sentencia, constituye una exigencia constitucional (art. 120-3 C.E. y 217-2 LEC), puesto que es necesario para que las partes conozcan las razones de la decisión final y el tribunal ad quem pueda decidir en caso de recurso, comparando los argumentos del recurrente y de la resolución recurrida. Por ello está íntimamente unida al principio constitucional de la tutela judicial efectiva (art. 24 C.E.)

La S.T.S. 206/15 de 3-6 razona así: “Esta Sala ha venido exigiendo la aplicación razonada de las mismas que consideran adecuadas al caso en cumplimiento de las funciones o el eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos, la de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada, favoreciendo la comprensión sobre la justicia y corrección de la decisión judicial adoptada, y la de operar, en último término, como garantía o elemento preventivo frente a la arbitrariedad (SSTS 5 de noviembre de 1992, 20 febrero 1993 y 18 noviembre de 2003, entre otras)”. En el mismo sentido la S.T.S. 46/16, 11-2.

OCTAVO.— En el caso que nos ocupa la sentencia recurrida recoge de forma profusa doctrina sobre el retracto de abolorio, pero dedica escasas líneas para conectar la norma y su interpretación con los hechos discutidos de forma que —en ocasiones— simplemente se limita a concluir en un sentido u otro, pero sin explicar en que Factum anda tal decisión. Por ejemplo al resolver sobre el plazo de caducidad (penúltimo fundamento de su quinta hoja) ¿cuándo tuvo conocimiento la parte actora de la enajenación?

Tampoco explica por qué las fincas se pueden considerar dignas de abolorio. Simplemente afirma que así lo han probado las actoras y no lo contrario el demandado.

NOVENO.— No puede afirmarse que la ausencia de motivación es radical, pero sí que no resulta especialmente apta para conocer con precisión los motivos de la estimación de la demanda. Procediendo una inferencia según la cual habría estimado la demanda por coincidencia con los argumentos de la parte actora.

Hay, pues, una falta de motivación parcial, no total, pues respecto a ciertas cuestiones no se puede conocer con precisión el íter argumentativo que conduce a la decisión final.

DÉCIMO.— Asimismo se aprecia incongruencia.

Omisiva, pues no se pronunció sobre los requisitos procesales para admitir la demanda a trámite, tal y

como expuso en la Audiencia Previa (si eran o no documentos suficientes para su admisión a trámite); si los derechos de la “PAC” entran o no dentro del objeto retraído (Audiencia Previa respecto a un hecho nuevo) Respecto al abuso de Derecho parece pronunciarse en el penúltimo párrafo de la penúltima hoja de la sentencia.

Extra o ultra petita. Se concede el retracto sobre la finca n 11, que en la Audiencia Previa fue excluida por la propia parte demandante. Y se habla de fincas 21 a 25, cuando sólo se reclaman 23 fincas (no hay 24 y 25)

UNDÉCIMO.— Por lo cual, procede revocar la sentencia y resolver sobre las cuestiones planteadas (art. 465-3 LEC)

DUODÉCIMO.— Principios procesales.

Para la admisión a trámite de la demanda no es preciso que se presente toda la documentación, el art. 595 C.D.F.A., que regula también aspectos procedimentales, exige un principio de prueba documental como requisito específico de procedibilidad, en el mismo sentido que el art. 439 LEC.

Mas no la prueba completa, que puede ser testifical, por ejemplo.

DECIMOTERCERO.— Otra cuestión es la de los documentos que han de presentarse con la demanda, ex Art. 265 y concordantes de la LEC. Reitera la parte apelante que la identificación de las fincas litigiosas como susceptibles de entrar en el contexto del abolorio o derecho de saca debió de realizarse documentalmente en el momento de presentar la demanda y no en fase de prueba.

Cierto que es así y que lo contrario puede originar indefensión a la parte contraria, la cual ha de tener a la vista todos los argumentos y soportes documentales de las pretensiones ajenas.

Ahora bien, es precisamente la indefensión del demandado la que trata de evitar esa regulación procesal. Indefensión que en este caso no se produce.

En primer lugar, porque el demandado —como declaró— llevaba más de 20 años trabajando para la familia de las actoras y conocía las fincas y, al menos, de palabra la posible titularidad de las mismas. En segundo lugar, porque en las negociaciones previas a la venta participaron, de una manera u otra, todas las parte interesadas, comprador, vendedoras y retrayentes. Y, en tercer lugar, porque el Registro de la Propiedad al que alude reiteradamente la defensa del demandado también es público para él.

Por ello, aunque sí pudiera advertirse una infracción procesal, no produciría nulidad, pues —en este caso concreto— no rompe ni elimina la posibilidad de defensa del demandado.

Sin perjuicio de que pueda tenerse en cuenta esta anomalía a la hora —en su caso— de decidir sobre la condena en costas, pues —como bien dice la letrada del mismo— una documentación más elaborada le hubiera permitido, por ejemplo, allanarse siquiera parcialmente.

DECIMOCUARTO.— Consignación del precio.

Otro requisito de procedibilidad es el del pago o consignación del precio, o su garantía mediante aval o cheque conformado. Precio que será el conocido por el retrayente o, en caso contrario, el estimado (art. 595 C.D.F.A.)

En este caso, el precio consignado y avalado cubre los requisitos y finalidad a que se contrae el citado precepto.

La objeción de la parte apelante más bien hace referencia a su extemporaneidad. Lo que nos lleva al análisis de la posible caducidad de la acción.

DECIMOQUINTO.— Caducidad de la acción.

Conocidas, al menos formalmente, las exactas condiciones de la venta mediante la exhibición realizada en procedimiento preparatorio de Diligencias Preliminares, el día 13 de julio de 2016, presentada la demanda el 2 de septiembre de 2016, no puede entenderse caducada la acción.

Sin embargo, la parte demandada y apelante considera que el dies a quo del cómputo ha de ser, o bien el 13-4-2016 (fecha en que el esposo de una de las actora, P, aconseja a las sobrinas o al esposo de una de ellas, del precio de mercado que pueden tener esas fincas), o bien el mes de mayo de 2016 (la propia demanda reconoce que en tal fecha (mes) tuvieron conocimiento de la venta escriturada notarialmente el 30-4-2016). Obviamente, la primera fecha es inaceptable. En abril de 2016 se realizaron conversaciones, las cuales incluso se podrían afirmar que concluyeron en un acuerdo de contratar, vender a D. S y permutar éste con D. P. Pero a tales relaciones, por muy avanzadas que estuvieran, no se les puede calificar sino de tratos preliminares. No de una notificación fehaciente del propósito de enajenar, con indicación de precio y condiciones esenciales (art. 594-1 CDFA). Entre otras razones porque de la prueba practicada no se desprende con precisión qué precio se acordó exactamente, y si coincidía con el que posteriormente se escrituró. Y, en segundo lugar, porque las hermanas demandantes tenían un interés derivativo en la venta, cual era la permuta de determinados bienes de D. P con los que adquiriría D. S de las sobrinas de aquélla. Interés que desapareció, precisamente porque P no quería desprenderse de la finca de Santa (testificales de la parte demandada).

Por tanto, no tenían por qué saber con exactitud el precio definitivo de la venta.

Que en mayo de 2016 conocieran que la venta se había efectuado tampoco supone el conocimiento de datos suficientes para iniciar el retracto.

A falta de notificación fehaciente, dice el art. 594-4-b) CDFA, será día inicial del cómputo aquel en que el retrayente conociera la enajenación y sus condiciones esenciales. No consta que conociera éstos.

En principio es obligación del vendedor notificar estos datos al familiar que estuviera en la condición de retraer. Por lo que sólo la prueba clara y determinante de que el potencial retrayente conocía tales condiciones y que demoró voluntariamente ese conocimiento con ánimo dilatorio o de perjuicio de comprador y vendedor, podría enervar su derecho a retraer por aplicación del art. 7 C.civil.

La prueba practicada en este procedimiento no permite llegar a esa conclusión. Por lo que no procede declarar caducada la acción.

DECIMOSEXTO.— Retracto de abolorio.

Su finalidad es clara. Evitar que determinados inmuebles salgan de la familia. Un derecho de adquisición preferente de raigambre en nuestro ordenamiento, ligado a la protección del concepto de familia y bienes

familiares productivos de naturaleza inmueble o respecto de los cuales se posea una ligazón como consecuencia del parentesco y que el legislador aragonés ha considerado que debe de seguir protegiéndose.

DECIMOSÉPTIMO.— Requisitos personales.

No ofrecen dificultad en el caso presente. Las retrayentes son tías de las vendedoras. Hermanas del padre de éstas. Por tanto, colaterales en tercer grado (art. 590 C.D.F.A.). La propia postura de las vendedoras no ofrece dudas al respecto. Corroborada por la documentación presentada (siquiera indirectamente).

DECIMOCTAVO.— Requisitos reales.

El art. 589 CDFA establece con claridad la clase de bienes que pueden ser susceptibles de saca o abolorio:

- a) inmuebles rústicos o edificios, sitios en Aragón;
- b) que hayan permanecido en la familia durante dos generaciones anteriores a las de los enajenantes.
- c) Que no hayan salido de la familia en ese interregno.

DECIMONOVENO.— En el caso presente no se discute el primer requisito. Tampoco el tercero. Sí el segundo. Es decir, que los 23 inmuebles hayan permanecido en la familia durante al menos dos generaciones anteriores del enajenante; como clasifica el propio precepto, esos bienes deberían de haber estado en la familia desde el abuelo de las vendedoras. Ello en sintonía con el art. 527 CDFA.

Es decir, tenían que pertenecer ya a D. S y su esposa DA J, o a la hermana de ésta D C.

VIGÉSIMO.— En principio las fincas vendidas por las hermanas G al ahora demandado, D. S, provienen de la herencia de su padre D. J (1 A 20) Y 21 A 23 por aportación al matrimonio en estado de casado con la madre de las vendedoras, DA C.

Por tanto, las vendedoras transmiten fincas que estaban en la familia, como mínimo desde su abuelo, D. S. Este, a su vez, las había heredado de sus padres D. M y Di A, bisabuelos de las vendedoras. Otras fincas pertenecían a los abuelos S y J por compra constate matrimonio.

Por tanto (salvo error en la identificación de alguna finca, que ninguna parte ha señalado), las fincas 1 a 20 objeto de venta estaban en la familia de las vendedoras desde sus abuelos, incluso de sus bisabuelos. Por lo que son bienes susceptibles de abolorio.

VIGÉSIMO PRIMERO.— Hay que excluir la finca número 11, pues así lo expresa la parte actora en la Audiencia Previa, desistiendo de su retracción.

Las fincas 21 a 23 se adquirieron por los padres de las vendedoras, por lo que no reúnen el requisito generacional que exige el CDFA. No se ha explicado por la parte actora qué significado concreto tiene el contenido registral (docs 1 a 3 de la contestación) de "aportación con carácter consorcial" el 31-1-2001.

No podemos olvidar que son fincas, la mayoría de ellas, que provienen del padre de las actoras y de sus abuelos (bisabuelos de las vendedoras), por lo que éstas, parte en el pleito bien pudieran haber dado la pertinente respuesta a lo puesto en la contestación a la demanda.

VIGESIMOSEGUNDO.— No ocurre lo mismo con las fincas que en fase de conclusiones estimó la letrada del demandado que no eran bienes de abolorio. Las fincas nº 2 de la escritura de venta y planteó dudas sobre las 16 a 19, sin mucha precisión.

No era el momento procesal para objetar esa cuestión, por impedir la defensa de las actoras. Además, de-terminar una adecuada correlación de las fincas vendidas con las heredadas y donadas a las tres hermanas G exige una adecuada individualización para una comparación escritura por escritura, con los matices y pruebas que al respecto hubieran querido aportar las partes.

El demandado, además de los documentos de la demandada poseía la escritura de compra y los títulos del padre de las vendedoras, por lo que pudo haber articulado su contestación sobre los extremos que intentó en las conclusiones finales, de forma extemporánea.

VIGESIMOTERCERO.— Hecho nuevo.- Los derechos de la PAC.

En idéntica medida hay que resolver esta cuestión. Se planteó ex novo en la Audiencia Previa por la parte actora. Es decir, que en el precio de la venta no sólo estarían las fincas, sino los derechos de ayuda comunitaria agrícola.

Primero, la alegación es extemporánea. Segundo, los derechos de la PAC son personales, no son bienes inmuebles. Tercero, no constan en la escritura de compraventa. En cuarto lugar, no consta que llevaran dos generaciones en la familia. Y, en quinto lugar, aunque el demandado afirmó que estaban incluidos en la venta, el esposo de una de las vendedoras e interviniente en las negociaciones, D. E, señaló que las fincas no se transmitieron con los derechos de la PAC, que se hizo en un documento aparte.

Por lo que el retracto queda restringido a las fincas.

VIGESIMOCUARTO.— Mala fe y abuso de Derecho.

Los intereses o intenciones personales, subjetivos de los retrayentes, no forman parte de los requisitos para retraer. La S.T.S.J.A. 5/16, 10-2 lo expone claramente en su fundamento cuarto:

“El preámbulo de CDFA explica la reforma afirmando que “los inconvenientes que presenta en el tráfico inmobiliario no son suficientes para suprimirlo, pues responde a intereses y concepciones familiares dignos de protección. En cualquier caso, el derecho de abolorio no debe tener otros presupuestos, requisitos ni restricciones que los que la Ley establece, por lo que se prescinde de la referencia a la “moderación equitativa” por los tribu-nales que la Compilación introdujo”.

En la regulación actual no se encuentra recogido el requisito de la afección. Por eso concluye: “La suspensión de la facultad moderadora tiene su justificación, precisamente, en objetivar los requisitos exigibles (parentesco y permanencia en la familia), sin exigir una afección específica que se debe presumir mediante el cumplimiento de los requisitos anteriores. Además, ha de tenerse en cuenta la prohibición para el retrayente de enajenar el bien adquirido durante cinco años (artículo 596.3)”.

*** Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 9 de noviembre de 2017. La tolerancia como base de las relaciones de vecindad. Bilateralidad. Falta de presunción. Actos inequívocos

PRIMERO.— A propósito de un callejón que existe entre las fincas de ambas partes, D. Ángel Sanjuán interpuso demanda contra los propietarios de la se-

gunda finca citada, la n.º 7-9, destinada a que los demandados realizaran determinadas obras con el fin de respetar los derechos de propiedad que ostenta sobre el mencionado callejón o finca compartida. Eliminado del objeto del litigio el restablecimiento de reja de hierro, el objeto de la litis se centra en la ejecución de tales obras, a las que se adicionará el coste de la reparación del tejado que, protege la propiedad de los actores y una habitación acabalgada que los demandados tienen en la propiedad del actor.

Los demandados reconviniere. Y lo hicieron sobre la base de considerarse propietarios del callejón, considerando no ajustada a derecho la actuación del actor al alterar el estado de esa servidumbre de paso con el nuevo cerramiento y reposición que se afirma existía, de una puerta de madera delimitadora del acceso privativo. Así como reposición de un hueco para chimenea que existía a favor de la habitación acabalgada.

SEGUNDO.— La sentencia dictada en el primer grado jurisdiccional estimará la demanda y desestimará la reconvencción. Recurren los demandados.

En primer lugar es de advertir que el recurso no es admisible en lo afectante a la reconvencción. Su cuantía no excedía de 3.000 euros, por lo que su trámite debería haber sido el juicio verbal. Que se haya seguido por los trámites del juicio ordinario, al ser posible la reconvencción de una acción que se debería seguir por los trámites del verbal en un procedimiento, no impide que esa acción sea tributaria de su propio régimen de recursos. De suerte que no siendo susceptibles de apelación las acciones seguidas por razón de la cuantía cuando no supera los 3.000 €, no lo serán tampoco aunque se hayan ejercitado reconvenccionalmente en un procedimiento ordinario.

Las reglas sobre inadmisibilidad del recurso de apelación en los juicios verbales no puede quedar alterada por el elemento circunstancial de que se ejercite reconvenccionalmente en el seno de un juicio declarativo ordinario, al amparo del art. 406.2 II LEC, de suerte que resultaría de mejor condición procesal, con doble instancia, la tutela pretendida reconvenccionalmente que la pretendida autónomamente en el juicio que le fuera propio, el verbal. Una interpretación armónica, ajustada al sentido material del art. 455 LEC debe llevar a considerar que la acción ejercitada reconvenccionalmente pero cuyo cauce procesal adecuado era el verbal, no es tributario del recurso de apelación.

En la contestación, a la demanda se hizo cuestión de la cuantía de la demanda, que se fijó como indeterminada, pero que se valoró en la contestación a la demanda en 6.148,08 euros, cuestión que no fue resuelta en la audiencia previa. Pero la reconvencción se valoró en 2.807,20 €, lo que no se objetó ni en la contestación a la reconvencción ni en la audiencia previa.

De suerte que la apelación sólo es posible respecto a los pedimentos de la demanda principal que han sido estimados.

TERCERO.— La eliminación de la caja de luz y el canalón ubicados en la fachada de la parte actora debe resolverse atendiendo a la naturaleza jurídica de ese uso o aprovechamiento por la finca colindante, la de los recurrentes.

Las relaciones de vecindad se asientan en Aragón en la tolerancia. Esta última, elemento estructural del Derecho de propiedad en Aragón, es contraria.

El art. 537.2 CDFA dispone que “los actos realizados y soportados en el ámbito de las relaciones de vecindad se presumen de mera tolerancia”.

1.— La tolerancia se presume tanto con relación al acto realizado como al soportado. Si esa relación se mueve en la órbita de la tolerancia debe predicarse de ambos sujetos, pues la bilateralidad es nota que debe caracterizar la tolerancia.

2.— Si no hay tolerancia no hay relación de vecindad. La tolerancia pues, pese a lo que afirme el legislador, ni se presume ni se podría presumir. La tolerancia es, en realidad, un principio que preside e impregna todas las relaciones de vecindad. Y que, en el régimen jurídico aragonés de la propiedad va a trascender la mera relación de vecindad. Si no hay tolerancia sino vínculo jurídico o relación jerarquizada, no hay vecindad, sino otra cosa.

3.— El legislador previno la vecindad frente a la servidumbre, siquiera, hace supuesto de la cuestión pues sitúa la presunción en la relación de vecindad y obliga a entender que guardando alguna similitud la caracterización fáctica en la relación de vecindad con la servidumbre, la falta de prueba debe llevar a negar la carga real y a hacer prevalecer la mera relación vecinal.

La relación predial jerarquizada, la servidumbre, no se presume y debe probarse. El único argumento que funda la posición de los recurrentes es el tiempo transcurrido, unos 27 años, desde 1990.

El mero transcurso del tiempo no hace claudicante la vecindad. La tolerancia no está sometida a plazo de caducidad. Es necesario que existan actos inequívocos de que esa tolerancia, que es bilateral, se ha roto y pasa a existir una posesión impuesta excluyente de la tolerancia. Pues esta no afecta a la posesión ni por tanto puede fundar usucapión alguna.

Y la testifical del constructor que hizo la obra en 1990 (sec. 11:14:02), desvela que la colocación de esos elementos en la pared de la parte demandante, respondió a meras razones de buena vecindad, y en concreto facilitar una solución constructiva a la propiedad de los demandados en orden a una potencial elevación de una planta. Razón por la cual esa tolerancia y buena vecindad son excluyentes de la usucapión de una servidumbre. Usucapión que configura una relación predial jerarquizada que no se puede apoyar en una tolerancia, que no afecta a la posesión (art. 444 C. Civil).

CUARTO.— No mejor suerte ha de tener la defensa de su derecho de propiedad sobre esa especie de callejón. En realidad en el propio recurso se viene a reconocer que carece de título, o del que tiene es inespecífico, y ni quita ni añade nada diferente al del demandante. Antes al contrario la expresión de que linda “a través” del callizo, aún siendo equívoca, le perjudica, pues si fuera finca propia o integrante de su propiedad, así la describiría. Y no utilizando un término, “a través”, que evoca alteridad.

El catastro es, como se reconoce en el propio recurso, un mero indicio. Lo único que hay constatado es un uso compartido de un espacio de aprovechamiento común de las dos fincas de lo que originariamente era

una única propiedad. Por ello la presunción debe serlo a favor de ambos, y de la misma condición y derecho, la de copropiedad.

No hay razón para dar prevalencia a uno subordinando al otro como mero beneficiario de una carga real.

Debe recordarse que en lo que constituye en la realidad una reivindicatoria, la jurisprudencia se ha acogido a la doctrina de la confrontación de los títulos, de suerte que en un supuesto, como es el de autos, en el que los títulos no clarifican esa propiedad, constatado un uso compartido desde la división de lo que originariamente era una sola finca, debe partirse de una situación de copropiedad, pues la posesión presume el título (art. 448 C. Civil), pues ninguno de los poseedores ha poseído por concepto diferente al del otro, y el de hacerlo los dos en concepto de dueños (art. 450 C. Civil).”

*** Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 13 de noviembre de 2017. Servidumbre voluntaria de paso. Signo aparente. Excepción de falta de litisconsorcio pasivo. Nulidad de actuaciones

“PRIMERO. Se alza el demandado don J frente a la sentencia de instancia que declara “la existencia de una servidumbre voluntaria de paso permanente de personas y vehículos, constituida por signo aparente, con un ancho de tres metros setenta y seis centímetros, que grava la finca propiedad del demandado de la localidad de Escorihuela (Teruel), a favor de las fincas, nietos del antiguo propietario de la totalidad de las fincas.”

A dicho recurso se oponen los actores .

SEGUNDO. Alegó el demandado-apelante don J en primera instancia y reitera en esta alzada la excepción de falta de legitimación pasiva por no ostentar la cualidad de titular dominical de la finca urbana sita en de Escorihuela (Teruel) respecto de la cual la actora pretende sea gravada con una servidumbre de paso.

Dicha excepción fue rechazada por el Magistrado-Juez a quo al considerar dicha circunstancia como no relevante a los efectos pretendidos de improsperabilidad de la acción entablada, dada la condición que tiene el demandado de usufructuario de dicha finca en virtud de la cual colocó la puerta para impedir el paso y acceso por la misma hasta las propiedades de los actores.

Para la resolución de este motivo del recurso debe partirse de que la legitimación pasiva en las acciones de constitución de una servidumbre puede ampliarse a otros sujetos distintos del propietario en el caso de que ostenten, mediante un derecho real, la facultad de disposición, no sobre su propiedad sino sobre la cosa misma. Cuando se constituye una servidumbre no se dispone de la finca gravada, no se enajena su propiedad, sino que lo que se transmite es una facultad de uso limitado o parcial de la cosa. Por lo tanto, puede ampliarse la legitimación no tanto con respecto a titulares de derechos reales que otorguen la facultad de uso de la finca, cuanto en relación a aquellos que tenga atribuida la facultad de uso de la finca y puedan disponer de ella. Es decir, tendrán que tenerla atribuida en medida tal que incluya el contenido de la servidumbre que, normalmente, consiste en una facultad de uso limitado y parcial de la finca, como ocurre con

el usufructuario, que puede disponer, en principio, de su derecho de usufructo y, en consecuencia, de la facultad de uso que tiene sobre la finca. Se suele considerar mayoritariamente que los que se encuentren en esas condiciones pueden gravar la que será finca sirviente con una servidumbre (en este sentido el estudio publicado por doña M.ª Teresa Alonso Pérez, Profesora Titular de Derecho Civil Facultad de Derecho Universidad de Zaragoza). El Código de Derecho Foral de Aragón establece en su artículo 562.1 que "pueden constituir una servidumbre los propietarios de la finca dominante o sirviente y los titulares de derechos reales posesorios sobre estas. En este último caso, la servidumbre tiene el alcance y la duración de sus derechos."

Pero en el caso de autos, los actores —dueños de los predios que se pretenden dominantes— no intentan la constitución de una servidumbre de paso con el alcance y duración de los derechos que tiene el demandado como tal usufructuario de la finca que pretenden sea sirviente, sino que formulan con carácter principal una acción declarativa de servidumbre existente por voluntad de la propietaria del predio supuestamente sirviente (doña M, que transmitió después su propiedad a la esposa del demandado, ya fallecida) y de las fincas supuestamente dominantes (doña F y don F), hijos los tres de don J, anterior propietario de todas ellas. Por ello, para que la relación jurídico-procesal esté debidamente constituida no basta con demandar al usufructuario sino también a los propietarios, ya que la declaración que se interesa en la demanda les afecta y esta pretensión debe hacerse valer también frente a ellos. Al no haber sido demandados por los actores concurre la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario al no haber sido traídos a juicio los propietarios de la localidad turolense de Escorihuela.

La excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, de creación jurisprudencial y hoy regulada en el artículo 12 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuyo apartado segundo establece que "cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada solo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa", se rige por el principio impuesto a los órganos jurisdiccionales de cuidar que los litigios se ventilen con todos aquellos que pudieran resultar afectados por el fallo a dictar con la finalidad de evitar resoluciones contradictorias e impedir que nadie pueda ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio, surgiendo siempre esta figura cuando la pretensión ejercitada es obligado hacerla valer frente a varias personas, bien por establecerlo una norma imperativa o bien por imponerlo la relación jurídico material controvertida, pudiendo esta falta de llamamiento ser examinada de oficio por el órgano jurisdiccional por ser presupuesto de la relación jurídico procesal. Como perteneciente al orden público y al interés social de evitar sentencias contradictorias no precisa de la alegación de la parte, queda fuera de la jurisdicción rogada y debe ser apreciable de oficio, pudiendo examinarse por primera vez en apelación e incluso en casación. En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2011 señala que: "La sentencia de esta Sala núm. 1275/2006 de 13 diciembre, recoge lo señalado por la de 7 de

julio de 2004 en el sentido de que «es jurisprudencia reiterada la que permite apreciar de oficio la falta de legitimación activa incluso en casación (Sentencias de 4 de julio de 2001, 31 de diciembre de 2001, 15 de octubre de 2002, 10 de octubre de 2002 y 20 de octubre de 2002)»".

Esta doctrina es la que debe aplicarse en este procedimiento conforme a lo ya argumentado.

TERCERO. Tratándose de la falta de litisconsorcio pasivo necesario de un defecto procesal subsanable mediante el emplazamiento de quienes debieron ser demandados (artículo 420.3 Ley de Enjuiciamiento Civil) lo procedente no es la absolución en la instancia sino declarar la nulidad de actuaciones y reponer las actuaciones al momento procesal oportuno para la subsanación del defecto, tanto si ha sido aducido por las partes como si se aprecia de oficio por el juzgador e incluso cuando se aprecia tardíamente como acontece en este caso (SSTS de 20 de diciembre de 2001, 8 de abril de 2002, 26 de febrero de 2004, 27 de diciembre de 2004), por lo cual procede declarar la retroacción de las actuaciones al trámite procedimental a que hace referencia el artículo 420.3 LEC a fin de que sean llamados al proceso los propietarios de la finca de Escorihuela (Teruel)."

*** Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Zaragoza de 28 de noviembre de 2017. Responsabilidad extracontractual. Defectos constructivos. Servidumbre de vertido de aguas

"PRIMERO: La demanda origen de las presentes actuaciones tiene por objeto la reclamación por parte del actor (titular del inmueble sito en) a la demandada (titular del situado en) dirigida a la realización de dos actuaciones y a indemnizarle en la cantidad de 5.958,83 €.

Las actuaciones concretas afectan a los trabajos necesarios para la colocación en todo el perímetro de su vivienda sita en y sin invadir la vivienda propiedad del Sr M, de un canalón de evacuación de aguas de su tejado y de las correspondientes tuberías que desagüen las aguas hasta el nivel de la calle sin ocasionar molestias al predio contiguo. Junto a ello se interesa que la demandada efectúe los trabajos necesarios para retirar el pilar que soporta el puente de la cubierta de la vivienda de la demandada o reducir su diámetro de manera que el agua no quede estancada en el tejado, de acuerdo con lo indicado en el informe del perito Sr M.

Las titularidades de los inmuebles no son objeto de debate en esta causa habiéndose aportado juntamente con la demanda, además de la copia del abono del IBI del ejercicio 2016 referente a la vivienda del n.º 6, igualmente la escritura de declaración de obra nueva que hizo el demandante que aparece fechada el 7 de agosto de 1991.

Por su parte el título de la demandada sobre la vivienda de su propiedad deriva de una escritura de 2 de octubre de 1979 de agrupación, división material y donaciones en las cuales integra la misma (fue tal vivienda resultante de la división de una finca en la que la otra parte quedó descrito como almacén, corral y paso), si bien la que generó la inscripción es según la nota simple del Registro de la Propiedad de Borja una escritura de 2 de octubre de 1980.

SEGUNDO: Una vez determinado lo que es objeto de debate se estima que en aras al logro de una mayor claridad expositiva se debe proceder por separado al análisis de las dos patologías que indica el demandante existir.

La primera de ellas viene generada por humedades en la puerta, machón de fachada e interior del patio junto a la puerta.

El demandante señala que en vivienda de su propiedad existen humedades la parte delantera en la zona que linda con la de la demandada encontrándose la puerta de entrada de la vivienda muy afectada por la humedad y con importantes humedades también en la parte más próxima de la fachada y la pared interior del patio junto a la puerta. Tales humedades entiende la parte actora que se deben a la inexistencia de canalón que recoja las aguas pluviales del tejado de la demandada.

Frente a ello la parte demandada señala que las humedades habidas en la vivienda del actor (y en la zona que ahora se analiza) no tienen nada que ver con la presencia o no de un canalón en la fachada indicando que existen toda otra serie de causas aludiendo a las condiciones del terreno y transmisión por capilaridad de humedades, estado de mantenimiento del canalón de la vivienda del actor o incluso orines de animales. Esta exposición enmarca la problemática planteada desde el punto de vista jurídico en el ámbito de la responsabilidad extracontractual que se regula en los arts 1.902 ss CC que como indica a título de ejemplo la STS 21 de marzo de 2001 responde al principio general "alterum non laedere" y requiere la concurrencia de los siguientes requisitos: a.— Acción u omisión generadora de una conducta imprudente, por no adoptar las medidas de precaución necesarias para evitar el daño; b.— Realidad del daño causado por la acción u omisión; y c.— Relación de causalidad entre el daño causado y la acción u omisión.

En relación a este tipo de responsabilidad la STS de 17 de julio de 2007 recuerda que la responsabilidad civil exigible al amparo del mismo no ha llegado al extremo de la total objetivación, por cuanto siempre es exigible la concurrencia de un actuar negligente por parte de aquél a quién se achaca dicha responsabilidad. En este sentido dice, invocando otras resoluciones como las de 31 de octubre de 2006 y 22 de febrero de 2007, que la jurisprudencia nunca ha llegado al extremo de erigir el riesgo en fuente única de la responsabilidad regulada en el artículo 1902 del C.C., pues éste exige inequívocamente la intervención de culpa o negligencia en el sujeto cuya acción u omisión cause el daño. Para declarar tal responsabilidad ha de concurrir necesariamente una culpa o negligencia identificable. La misma doctrina se contiene en posteriores resoluciones del mismo Tribunal Supremo; así en la Sentencia de 17 de diciembre de 2007 se insiste en que "....

la jurisprudencia no ha llegado al extremo de erigir el riesgo como criterio de responsabilidad con fundamento en el artículo 1902 del Código Civil (SSTS 6 de septiembre de 2005, 17 de junio de 2003, 10 de diciembre de 2002, 6 de abril de 2000, 10 de junio de 2006, 11 de septiembre de 2006 o 22 de febrero de 2007).

En todo caso siempre es necesario (art 217 LEC) que la parte demandante pruebe la realidad del daño y el vínculo de causalidad entre la acción u omisión que achaca y las consecuencias padecidas. La prueba de este último elemento ha de ser clara viniendo aplicando la doctrina jurisprudencial el principio de causalidad adecuada, que exige, para apreciar la culpa del agente, que el resultado sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación de la voluntad; debiendo entenderse por consecuencia natural aquella que propiamente, entre el acto inicial y el resultado dañoso, una relación de necesidad, conforme a los conocimientos normalmente aceptados; y debiendo valorarse en cada caso concreto si el acto antecedente que se presenta como causa tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto lesivo producido, no siendo suficiente las simples conjeturas, o la existencia de datos fácticos, que por una mera coincidencia, induzcan a pensar en una posible interrelación de esos acontecimientos, sino que es precisa la existencia de una prueba terminante relativa al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño, de tal forma que haga patente la culpabilidad que obliga a repararlo. Y esta necesidad de una cumplida justificación no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo o la inversión de la carga de la prueba, aplicables en la interpretación de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil pues "el cómo y el porqué" constituyen elementos indispensables en el examen de la causa eficiente del evento dañoso.

De cara a la prueba de la causa (esencia del debate planteado en estas actuaciones), un primer elemento de análisis a tomar en consideración es el que viene determinado por los informes periciales que se han aportado en las actuaciones.

En el elaborado por parte de D. C (el primero ya que el segundo es el presupuesto de reparación), respecto de esta patología consistente en humedades en la puerta, machón de fachada e interior del patio señala se están produciendo por el agua que se vierte desde la cubierta del inmueble del n.º 4 que al no tener canalón vierte con fuerza las aguas pluviales desde la cubierta en la acera salpicando la fachada tanto del Sr M como de la Sra J. Igualmente indica que el agua salpica sobre el machón que queda entre la puerta y la pared de la vecina produciendo humedades en el zócalo de piedra, en el ladrillo cara vista y en el interior de la pared de yeso y en el suelo del terrazo. Todas estas humedades indica el perito Sr M que se evitarían si la vecina del n.º 4 colocara un canalón de recogida de aguas de su cubierta y desde allí las condujera hasta la acera o a su red interior. Junto a ello indica que el Sr M (en su inmueble del n.º 6) tiene colocado un canalón desde hace mucho tiempo lo que le lleva a la conclusión (según el perito Sr M) de entender que el origen de las humedades está en la cubierta del n.º 4 y la ausencia en la misma de canalón.

Junto al anterior, la parte actora aporta un segundo informe en este caso elaborado por D G en el cual (y en lo que es esta primera patología) y tras una visita del inmueble del demandante el día 30 de marzo de 2017 constató el perito manchas de humedad en un paramento vertical del recibidor, daños por el agua en

la puerta de entrada a la vivienda, daños por agua en rodapié y solado de terrazo de la planta baja y daños por agua en el machón de la vivienda. El origen (y la eliminación de la causa generadora de los daños) a juicio de este perito se encuentra (de igual manera que indicó el Sr M) en la ausencia de canalón de pluviales que recoja las aguas caídas sobre la cubierta del inmueble colindante de forma adecuada.

Finalmente (y en lo que se refiere a las pruebas periciales), juntamente con la contestación a la demanda se aportó otro informe pericial elaborado por D. J. En este informe (y en lo referente a esta primera patología) se indica que si bien es cierto que la vivienda del n.º 4 no tiene canalón en la fachada principal y que las aguas de la cubierta caen a la calle y nada más caer ese agua a la calle, en la zona más cercana a la vivienda del n.º 6 se encuentran las aguas con que existe un rebaje en la acera hacia la vivienda del n.º 4, teniendo la acera pendiente hacia la vivienda del n.º 4. En virtud ello indica que al caer en plano inclinado el agua según las leyes de la física el agua nunca puede ir a parar al inmueble del n.º 6 (en el acto de la vista incluso hizo una demostración haciendo caer sobre un plano inclinado una pelota de tenis). A lo anterior añade el perito Sr C que justo en la zona existe un sumidero público que recoge aguas pluviales con lo cual desecha la idea de una acumulación de aguas. Es por ello que este perito considera totalmente imposible el hecho de que el agua de la cubierta de la vivienda del n.º 4 salpique a la fachada de la vivienda del n.º 6 y mucho menos con fuerza. Además indica que cuando llueve sobre todo lluvias fuertes con viento, ello es incontrolable. Asimismo señala que existe en la zona un problema con el terreno sobre el que se asientan las viviendas (se ven afectadas con humedades incluso las que cuentan con canalón y se reflejan dos en su informe con fotografías) puesto que se trata a su juicio de un terreno que tiene humedad en el subsuelo y que la transmite a las edificaciones puesto que todas ellas cuentan con la misma patología de humedades en todos los elementos la parte baja de la planta baja. También constató el perito que en la puerta de la vivienda del n.º 6 hay una botella llena de agua y que se suelen colocar botellas llenas de agua en los lugares donde los perros orinan habitualmente, siendo un método utilizado por muchas personas hartas del olor y de las manchas que dejan los canes cuando orinan. También este perito pone de manifiesto el deplorable estado de conservación del canalón de la vivienda del n.º 6 puesto que se encuentra lleno de tierra lo que impide a su juicio que el agua discurra con normalidad y cumpla correctamente su función, pudiendo en un determinado momento sobrarse y dejar caer agua directamente al suelo o a través de la fachada. En base a ello este perito concluye que las humedades de la puerta, manchón de fachada, escalera de entrada y patio del n.º 6 no proceden de salpicaduras del n.º 4. De esta exposición se pone de manifiesto la existencia de posiciones totalmente contrapuestas por parte de los peritos (ratificadas en el acto de la vista), debiéndose por ello proceder a una valoración de los mismos conforme a las normas de la sana crítica.

A tal efecto, una prueba que se estima de especial interés y que se considera puede permitir valorar los informes es la que viene determinada por las fotogra-

fías 8a y 8b que se aportaron el día de la audiencia previa y en las que en su parte izquierda se aprecia el zócalo de la vivienda del n.º 6 (la parte derecha es el n.º 4). Se trata de unas fotografías hechas un día de lluvia y en ellas se aprecia que tal zócalo solo aparece mojado respecto del inmueble del n.º 6 en la zona colindante con el n.º 4 estando seco en la parte restante (la situada a la izquierda de la puerta mirando de frente) lo que denota que en esa zona próxima al n.º 4 existe algo que genera las humedades no lo hay en el resto. Como complemento de la anterior, en la fotografía adjunta como n.º 9 se aprecia que en lo que es el recibidor del n.º 6 las humedades están en la pared colindante con el n.º 4 y además en la zona más próxima a la fachada. Esta prueba se estima especialmente de interés pues obedece al evento al que precisamente la parte actora atribuye la generación del daño (la lluvia) y dada la claridad de lo que en ella se aprecia (humedades solo en la zona colindante con el n.º 4) ello se considera corrobora lo que se ha constatado por los peritos que si han entrado en la vivienda del n.º 6 de estar afectadas solo las zonas próximas al n.º 4 con lo que el origen del daño está en este inmueble que carece de canalón lo que hace que el agua de lluvia caiga desde la cubierta de forma no controlada.

En cuanto a otras causas que pudieren darse, dado lo expuesto con anterioridad no se estima que concurren (o si lo hacen es en una proporción no relevante).

Así, la referencia a los orines de los perros (de darse), no se considera podrían dar lugar a un daño como el constatado pues no consta la concentración de canes en el lugar en un número tan importante como para generar humedades como las relatadas.

En cuanto a las condiciones del terreno y las humedades que pudieren transmitir por ser un problema de otros inmuebles que si tienen canalón, es de señalar que las concretas condiciones de esos otros inmuebles no constan (solo se hizo una exposición general) y a los efectos del daño aquí reclamado no se estiman esenciales pues las fotografías a que se viene haciendo referencia constatan la existencia de humedad relevante (está el zócalo mojado) un día de lluvia en la vivienda del n.º 6 solo en la zona colindante al n.º 4 y no en la restante, siendo el agua de lluvia que impacta directamente sobre un elemento constructivo un factor esencial que puede generar daños como los reclamados.

En cuanto al estado de la canalización del propio actor y la mayor o menor limpieza de la misma, se considera que (de ser una causa relevante) debería generar los daños de forma más considerable en la zona izquierda del inmueble del n.º 6 (la que se sitúa junto al n.º 8 pues los peritos señalaron que la ligera pendiente va en esa dirección) y ello no consta. Finalmente la inclinación de la acera (la existente es la que sirve para facilitar la entrada en el portón del n.º 4), tampoco se considera que impediría la problemática generada siendo la prueba más relevante las fotografías a que antes se ha hecho referencia, considerando asimismo (y en virtud de las reglas de la sana crítica) que la comparación que se hizo por el perito Sr C entre gotas de lluvia y una pelota de tenis plantean la problemática de ser los elementos base de la comparación de una configuración muy diferente.

Es por ello que si se considera que la parte actora ha probado la causa del daño y estar éste en la vivienda del n.º 4 con los efectos a ello inherentes que en primer lugar se centran en lo que es la realización de las obras de corrección entendiendo que las propuestas si que permitirían dejar sin efecto esta causa, si bien limitando a la actuación relacionada con la patología aquí considerada que se refiere a los canalones a colocar en la fachada del n.º 4 cuya ausencia se estima es la que genera este daño. Es por ello que se condena a la demandada a efectuar los trabajos necesarios para la colocación en la zona de la fachada de su vivienda sita en y sin invadir la vivienda propiedad del Sr M, de un canalón de evacuación de aguas del tejado hasta el nivel de la calle sin ocasionar molestias al predio contiguo.

En cuanto a lo que es la indemnización adicional de perjuicios, la misma se fundamenta en el segundo de los dictámenes elaborados por D. C en el que se indica ser necesario cambiar la puerta con un marco incluido, re-poner la grada de terrazo de la entrada y un tramo de pavimento de terrazo del patio, reparar el yeso en las paredes interiores así como en la fachada cambiar la piedra del zócalo y ladrillo caravista (en los elementos afectados por la humedad), pintando todo el patio.

Tal labor se estima es la que está directamente relacionada con lo afectado por la problemática aquí detectada y los elementos afectados (es de especial significación que lo que afecta al zócalo y ladrillo caravista no es todo el zócalo sino solo la parte afectada) e implica una labor de reparación que se estima razonable (de hecho en este aspecto no se ha centrado el debate). Su coste es según el perito Sr M de 4.068,40 € que con el 6% de gastos generales (244,10 €) suponen 4.312,50 €. Si a ello se añade el IVA (905,63 €) suponen (sevo) un total de 5.218,13 €. Dado que es esta sentencia la que procede a la cuantificación, se considera que los únicos intereses exigibles son los que derivan del art 576 LEC.

TERCERO: La segunda patología a analizar que expone la parte demandante deriva del hecho de que la cubierta de la vivienda del n.º 4 tiene lo que califica como dos defectos constructivos que indica afectan a la cubierta de la vivienda del n.º 6 obligando a su propietario a hacer reparaciones frecuentes para evitar humedades. Así indica que en la zona que linda con la vivienda del demandante la cubierta de la vivienda de la demandada también carece canalones que recojan las aguas de forma que éstas vierten libremente sobre la cubierta de la vivienda del actor lo que motiva que éste deba impermeabilizar esos puntos con más frecuencia de la que tendría que ser necesario. A lo anterior se añade según el actor que la cubierta de la vivienda de la demandada tiene un pilar que hace que el agua quede almacenada en una zona del tejado obligando también al actor a asumir los costes de impermeabilización demasiado frecuentes.

Frente a ello la demandada señala que su vivienda es preexistente a la del actor y que cuando éste adquirió su propiedad en 1980 lo hizo con un signo externo de servidumbre contra de su finca visible, evidente y sin alteraciones desde 1969 no existiendo defecto constructivo alguno en el tejado de la vivienda de la parte demandada. Consecuencia de lo anterior es que

ninguna responsabilidad señala que le corresponde pues el actor a las aguas pluviales que proceden del n.º 4 debería haberles dado otra salida. En cuanto al pilar señala que la solución constructiva existente es correcta y que tiene su origen en el año 1969 debiendo haber sido demandante el que al rehabilitar la vivienda en 1990 debió adoptar una solución constructiva adecuada.

De cara al análisis de estos dos problemas en la cubierta, se considera que su análisis debe verificarse por separado pues desde el punto de vista jurídico la situación es diferente.

Vertido de aguas de la cubierta del n.º 4 a la del n.º 6

Respecto de este problema, el perito Sr M indica que existe una zona de la cubierta del n.º 4 que vierte aguas sobre la cubierta del n.º 6, situación que indica se debe corregir colocando un canal y que dicho tramo de cubierta vierta las aguas sobre la canal y desde ésta la recoja en su edificio, no vertiéndolas sobre el colindante.

El informe emitido por D. G manifiesta su conformidad con este informe proponiendo la instalación de un canalón de pluviales que recoja las aguas caídas sobre la cubierta del n.º 4 de forma adecuada sin que ésta se precipite sobre la cubierta del n.º 6.

Frente a ello el perito Sr C indica que la vivienda del n.º 4 desde el año 1.969 presenta la misma configuración mientras que la declaración de obra nueva de la vivienda del n.º 6 es de 1991. En concreto indica el perito que la edificación sita en el n.º 4 se realizó tal como hoy se encuentra en 1969 mientras que la del n.º 6 existía antes de 1991 como almacén corral y paso. La zona donde se encuentran las chimeneas que se aprecian en las fotografías anexas a su informe señala el perito que es la zona declarada como ampliación mientras que el resto es una zona que fue rehabilitada. Tras ello indica que las aguas del n.º 4 llevan cayendo 26 años sobre la zona donde ahora está la nueva cubierta proyectada tras la ampliación del n.º 6. Igualmente pone de manifiesto el perito que la vivienda del n.º 6 no tiene canalón en la fachada trasera. Es por ello que indica que, si bien es cierto que parte de las aguas de la cubierta del n.º 4 vierten sobre la cubierta del n.º 6 y que éstas discurren por el resto de las cubiertas de la vivienda del n.º 6 hasta recogerse en algún punto, esta contingencia indica que es algo que viene siendo así desde el año 1991 año en que se reformó y amplió la vivienda del n.º 6. La fecha de construcción de la vivienda n.º 4 fue 1969 y en aquel momento las aguas tenían caída libre al almacén-corral-paso del n.º 6. La solución para impedir que las aguas del n.º 4 viertan sobre el n.º 6 dice ser muy sencilla puesto que indica que bastaría con quitar parte de las tejas de la vivienda del n.º 4, realizar una pequeña canal de ladrillo lucida de mortero, proceder a la impermeabilización de la misma y verter las aguas al canalón existente en la vivienda n.º 4.

En relación a esta problemática, con carácter previo se debe señalar que es un hecho no debatido que la situación que se genera no consta fuere un problema en el n.º 4 por una mala solución constructiva (y a diferencia de lo que se ha analizado en cuanto al problema de la fachada) pues lo que se da no es sino el vertido de las aguas de un tejado en un fundo vecino

(en concreto y en la actualidad en el tejado del mismo – antes en una zona de patio/corral).

De esta exposición de los peritos merece destacarse que la situación consta que se viene produciendo desde 1969 (no se ha debatido que la construcción de la vivienda del n.º 4 se hiciera en tal fecha) existiendo en ese momento en el n.º 6 un patio al que vertían las aguas y hasta que se verificó la nueva construcción de la vivienda del n.º 6 en 1991.

Ello suscita la cuestión referente a la posibilidad de que se pudiese estimar existente una servidumbre de vertido de aguas.

En relación a ello el CDFA contiene una regulación de las servidumbres plenamente aplicable ya que la DA 23.ª señala que las normas contenidas en el Libro Cuarto son aplicables de inmediato, desde el 1 de enero de 2011, fecha de entrada en vigor de la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho civil patrimonial, a todas las situaciones contempladas en él (cabe citar en este sentido la STSJ Aragón 17.11.2014).

Respecto de ello el art 552 CDFA determina sus clases, siendo el art 561 CDFA el que regula las formas de constitución señalando que se constituyen: "a) Por voluntad de los titulares de las fincas dominante y sirviente. b) Por voluntad del titular de la finca dominante, con carácter forzoso para el de la finca sirviente, cuando la ley así lo contempla. c) Por signo aparente. d) Por usucapión".

A la constitución por signo aparente se refiere el art 566 CDFA el cual indica que: "1. La existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas establecido por el propietario de ambas se considerará suficiente, cuando se enajenare una, para que se entienda constituida la servidumbre, a no ser que, al tiempo de separarse la propiedad de las dos fincas, se exprese lo contrario en el título de enajenación. 2. La regla establecida en el apartado anterior se aplicará a las fincas resultantes por división o segregación de aquella sobre la que existiera el signo aparente". Por su parte el art 568 CDFA regula lo que es la usucapión de las servidumbres aparentes al indicar que: "Todas las servidumbres aparentes pueden ser adquiridas por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título ni buena fe". El art 569 CDFA regula la usucapión de las servidumbres no aparentes indicando que: "Las servidumbres no aparentes, susceptibles de posesión, pueden adquirirse por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, con buena fe y justo título. En todo caso, la posesión inmemorial, pacífica y no interrumpida produce, sin otro requisito, los efectos de la prescripción adquisitiva". De cara al cómputo del tiempo el art 570 CDFA indica que: "En la constitución de servidumbres por usucapión, el tiempo de la posesión se contará desde el día en que el titular de la finca dominante hubiera empezado a ejercerla sobre la finca sirviente".

En este caso la servidumbre que podría existir es la de vertido de tejados o "estilicidio" que es continua porque entra en ejercicio por un hecho de la naturaleza, ajeno a la acción humana, de modo que su uso es o puede ser incesante, sin que dependa de la intervención del hombre. El fundo dominante obtiene la utilidad del sirviente sin necesidad de acto alguno del hombre, cuya actividad se limita a la fase preparato-

ria, mediante la construcción del tejado o alero (STS 29 de mayo de 1979). Asimismo, es una servidumbre aparente en la medida que su existencia es fácilmente perceptible por la posición de la cubierta o alero ("... la servidumbre de vertiente de aguas, una de las más ostensibles...", como declara la STS 12 de octubre de 1904).

En este caso dado el momento desde el que se tiene constancia del vertido de aguas desde el tejado del inmueble existente en el n.º 4 al n.º 6 y el hecho de haber sido fundos que originariamente eran uno y luego se dividieron, se estima que si existe constituida una servidumbre de vertido de aguas. No obstante esta conclusión, la existencia de una servidumbre requiere que se haga un uso adecuado de la misma, estableciendo el art 557 CDFA el criterio general de ejercicio "civiliter" de las servidumbres, según el cual estas se ejercen de la forma más adecuada para obtener la utilidad de la finca dominante y, a la vez, del modo menos incómodo y lesivo para la finca sirviente (cabe citar a este efecto la STSJ Aragón 17.11.2014).

En este caso en lo que es el vertido de las aguas del tejado de la vivienda del n.º 4 en el n.º 6 no consta que la forma como ello se verifica implique un obrar abusivo e incorrecto pues la situación existente no es sino la que deriva de la propia existencia de la servidumbre y la situación existente desde que se construyó en 1969 la vivienda del n.º 4, motivo por el que el titular del inmueble del n.º 6 es quien al llevar a cabo la construcción de la vivienda, debió tener esta circunstancia en consideración y verificar las adaptaciones en su inmueble que permitiesen la continuidad en el uso de la servidumbre sin que se le ocasionaren perjuicios.

Ello hace que este aspecto de la demanda se deba ver desestimado.

Pilar de la cubierta del n.º 4

En lo que es la situación del pilar el perito Sr M indica que existe un defecto en un pilar que sirve de apoyo para un puente de madera de la cubierta del n.º 4 que sobresale por encima de la cubierta del n.º 6. Al quedar la cubierta del n.º 4 a una cota superior a la del n.º 6 ello indica que está obstaculizando la caída del agua de lluvia de la cubierta al quedarse almacenada en un rincón, lo que produce goteras en el encuentro de ambas cubiertas y que obliga al titular del n.º 6 a impermeabilizar los encuentros con el gasto a ello inherente. La solución que propone el perito es la de eliminar el tramo del pilar que sobresale de la cubierta de forma que el agua discurriera libremente por las canales de las tejas hasta que canalón.

El informe emitido por D. G manifiesta su conformidad con este informe proponiendo igualmente la necesidad de proceder a un picado parcial del pilar.

Frente a ello el perito Sr C indica que el pilar se encuentra en la pared que separa a las dos edificaciones. Este pilar se indica que existía desde 1969. La solución empleada por la dirección facultativa de la obra que en su momento se ejecutó en el n.º 6 en la zona de unión de la cubierta de dicha vivienda con el pilar señala el perito señor C pudiese no ser correcta: fue la de continuar con las tejas en caída vertical y colocar una especie de canalón con pintura impermeable para sacar el agua a otra fila de tejas fuera del pilar. Considera el perito que existían otras soluciones, si bien la descrita fue la adoptada por la dirección

facultativa, de ahí que entienda que no se entiende existir un defecto de construcción de la vivienda n.º 4. Por otra parte precisa que la propuesta de eliminación del pilar es a su juicio es un despropósito puesto que es un punto donde se sujeta la viga de la cubierta lo que haría que se desplomase produciendo un colapso total en la vivienda del n.º 4.

De esta exposición se pone de manifiesto que el origen del problema que señala la parte actora es un pilar que sirve de apoyo para un puente de madera de la cubierta del n.º 4, siendo el motivo de las humedades el que su presencia hace que la cubierta del n.º 4 en este punto esté a una cota superior a la del n.º 6. La situación indicada deriva por ello del diseño concreto del pilar que desde 1969 desempeña las funciones sustentadoras y que no se ha constatado que esté mal ejecutado. Es un pilar preexistente a la construcción en el edificio del n.º 6 y que debió ser tomada en consideración por los profesionales que se encargaron de la misma ya que por el hecho de llevarse a cabo una nueva construcción no por ello debe obligarse a los predios colindantes a verificar modificaciones en las suyas preexistentes desde hace mucho tiempo y máxime en un elemento como el aquí considerado que es un pilar que sirve de apoyo a un puente de madera de la cubierta.

Ello hace que este aspecto de la demanda deba verse desestimado.”

*** Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 5 de diciembre de 2017. Relaciones de vecindad. Apertura de huecos para luces y vistas. Servidumbre

“PRIMERO.— Antecedentes relevantes

La representación de D.ª María Rosa C. S. y D. Ángel Domingo M. O. interpuso demanda de juicio verbal en ejercicio de acción reivindicatoria de servidumbre de luces y vistas —así la denomina— y de acción negatoria de servidumbre de luces y vistas frente a D.ª María Teresa B. S. y D. José Manuel V. S. En el petitum solicitaba, en lo que ahora interesa, que se dictase sentencia declarando la procedencia de la acción reivindicatoria de servidumbre de luces y vistas respecto de las ventanas con una chapa metálica en la actualidad.

La parte demandada se opuso a las pretensiones de la actora indicando, respecto de la acción que considera meramente declarativa, confesoria de servidumbre de luces y vistas, que es de aplicación el régimen de relaciones de vecindad regulado en el derecho aragonés, sin que proceda la declaración solicitada de contrario por imposibilidad de usucapión de la servidumbre, al no existir signo aparente, todo ello de conformidad con lo establecido en los artículos 545, 550, 561, 574 y 575 del CDFA.

Conforme a los alegatos de las partes y a la prueba practicada entiende la Sala comprobado que los actores son propietarios de un inmueble situado en la localidad de A. (Zaragoza) que es colindante con el de los demandados. En dos habitaciones de su casa los demandantes tienen abiertas sendas ventanas, que dan a un patio de los demandados, y por esas ventanas las habitaciones reciben luz y ventilación. Dichas ventanas han sido tapadas por los demandados mediante unas chapas metálicas.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda en cuanto a la pretensión que se ha descrito precedentemente. Al efecto razonó que es el propio demandado D. José Manuel quien ha reconocido que las ventanas que hoy se encuentran tapadas y por las que reclama el demandante llevaban abiertas doce años y que “no las tapó antes porque no sabía que podía hacerlo”; que se trata de dos ventanas que son la única fuente de ventilación de habitaciones en las que se hallan; que dan a un patio propiedad de los demandados, llevan abiertas unos doce años de forma visible, aparente y continua, habiéndolas tapado el demandado recientemente; y concluye que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 568 del CDFA existe una servidumbre de luces y vistas constituida por usucapión.

La citada sentencia desestimó la pretensión de la actora respecto a la acción negatoria, pronunciando éste que no fue recurrido.

Interpuesto recurso de apelación por la representación de los demandados frente a la sentencia de primera instancia, en cuanto había estimado la declaración de existencia de una servidumbre de luces y vistas y ordenado a los demandados eliminar los elementos que impidieran el uso y disfrute normal de dicha servidumbre, el recurso fue admitido y tramitado con arreglo a derecho. Las alegaciones de la parte recurrente se fundaban, desde un punto de vista jurídico sustantivo, en la vulneración del artículo 575 del CDFA por imposibilidad de adquirir la servidumbre de luces y vistas por usucapión, y al efecto hacía cita de los artículos 548 y 574 del mismo cuerpo legal y 444 y 1942 del Código civil.

La sentencia de la Audiencia Provincial, ahora recurrida en casación, ha desestimado íntegramente el recurso de apelación.

SEGUNDO.— Motivo único del recurso de casación

El recurso de casación se articula sobre un motivo único, que impugna la sentencia de la Audiencia Provincial por infracción de los artículos 575, 552, 574 y 548 del Código de Derecho Foral Aragonés (CDFA). En el desarrollo del motivo la parte recurrente refiere que se ha infringido el art. 575 por cuanto la servidumbre invocada por la actora, al no ser aparente, no puede adquirirse por usucapión; también el 574, en cuanto a la consideración de que solo los voladizos son signos aparentes de esta clase de servidumbres, relacionado con el 548 que determina lo que debe entenderse por voladizos, y el 552.2 en cuanto al concepto de servidumbres aparentes. Finalmente añade que la sentencia ha infringido, por aplicación indebida, los arts. 561 y 568 del CDFA, toda vez que no estamos ante servidumbres aparentes por carecer las ventanas litigiosas de voladizo.

A estos argumentos se opone la parte recurrida, aduciendo la corrección en derecho de la sentencia de la Audiencia, por cuanto: está acreditado que las ventanas llevaban abiertas doce años; que la servidumbre era preexistente, por cuanto los demandados reconocieron su existencia durante más de doce años; y que la servidumbre de autos es aparente. Concluye solicitando la desestimación del recurso de casación.

TERCERO.— Relaciones de vecindad

El derecho civil aragonés, articulado ahora en el Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA), distingue claramente entre las relaciones de vecindad y la ordenación de las servidumbres prediales, y lo hace siguiendo una tradición jurídica centenaria, proveniente de los Fueros y Observancias, recogida como materia de derecho foral que se debía conservar en el Apéndice foral de 1925 —art. 14—, desarrollada más tarde con depurada técnica jurídica en la Compilación de 1967 —arts. 144 y siguientes— y regulada actualmente en el CDFA.

Las relaciones entre edificios colindantes, que en muchas ocasiones son fuente de conflictos entre sus titulares, se regulan en Aragón con un criterio favorecedor de la buena vecindad, que permite hacer todo aquello que protege la mejor condición de uso de cada edificio, siempre que respete los derechos del colindante. Para ello establece la posibilidad de abrir huecos para obtener luz y vistas —art. 545—, si bien deberán estar cerrados con reja remetida en la pared y red de alambre o medio similar, dentro de las distancias que fija el art. 545.2; aunque esta forma de apertura no genera derechos a la adquisición de servidumbre predial —art. 549— ni impide al dueño del edificio colindante construir en su propiedad, incluso tapando los huecos —art. 550—, si bien esta forma de cierre habrá de tener una justificación razonable de uso de su derecho, y no ser realizada con abuso de la situación jurídica —sentencias del TSJ de Aragón de 31 de marzo de 2004 y 23 de enero de 2008—.

CUARTO.— Régimen jurídico de la servidumbre de luces y vistas en Aragón

Separadamente del régimen normal de relaciones de vecindad, nuestro derecho regula las servidumbres, como derechos reales limitativos de las facultades del propietario, las formas de su constitución y los derechos que su existencia confiere al titular del predio dominante sobre el sirviente. De esto trata la controversia en el proceso, y a ello se refiere el recurso de casación.

Las servidumbres de luces y vistas tienen consideración de continuas y negativas. El carácter de aparentes o no aparentes, que en el derecho del Código civil común ha dado lugar a intensos debates, zanjados en reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo que fija su carácter de aparentes cuando los huecos se abren en pared medianera y de no aparentes cuando se ubican en pared propia —STS 317/2016, de 13 de mayo, y las que en ella se citan—, es objeto de regulación expresa y rotunda en el CDFA: conforme al art. 574, los voladizos, en pared propia o medianera, que caigan sobre fundo ajeno son los únicos signos aparentes de servidumbres de luces y vistas. No lo son la falta de la protección señalada en el artículo 545 ni tampoco los voladizos sobre fundo propio.

Y, a tenor del art. 575, la servidumbre no aparente de luces y vistas, al no ser susceptible de posesión, no puede adquirirse por usucapión.

QUINTO.— Acción ejercitada y argumentos de la sentencia recurrida

En el caso de autos la parte actora ejercitó una acción declarativa que puede considerarse como confesoria de servidumbre de luces y vistas, respecto de las ventanas que habían sido tapadas por los demandados. Aunque en la demanda se refería a “acción reivindicatoria de servidumbre”, y en el suplico se pedía

al juzgado que declarase “la procedencia de la acción reivindicatoria de servidumbre de luces y vistas”, la naturaleza jurídica de la acción ejercitada había de calificarse como confesoria de la servidumbre de dicha clase, adquirida por usucapión. En cuanto a la adquisición porque, de los modos de constitución de las servidumbres recogidos en el art. 561 del CDFA, el único que podía ser aplicado al caso era el citado, a la vista de los hechos en que se fundaba la demanda: apertura de las ventanas hacía doce años, consentida sin oposición por los demandados.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda en cuanto a dicha pretensión, según hemos visto. En el escrito de recurso de apelación, los recurrentes invocaron la infracción de los artículos 548, 574 y 575 del CDFA, juntamente con los arts. 444 y 1942 del Código civil, referidos éstos a los actos meramente tolerados que no afectan a la posesión y a la ineficacia a efectos de prescripción adquisitiva de los actos de carácter posesorio ejecutados en virtud de licencia o mera tolerancia del dueño.

La sentencia de la Audiencia tiene en cuenta las alegaciones de la parte recurrente —fundamento de derecho segundo—, pero considera que esta servidumbre, como aparente, podrá ser adquirida por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título o buena fe (artículo 568 del CDFA) y que está acreditado que las ventanas sobre las que se ejercita la acción confesoria preexistían al ejercicio de la acción y llevaban abiertas más de doce años, además de que constituyen la única fuente de ventilación e iluminación.

Finaliza su fundamentación afirmando que “reconocida por las partes la existencia de la servidumbre carece de fundamentación jurídica la aplicación del artículo 574 CDFA, que establece cuales serán los signos aparentes a que debemos acudir para determinar la existencia de una servidumbre. El motivo se desestima”.

SEXTO.— Sobre la procedencia del motivo del recurso de casación

La sentencia yerra al afirmar que está reconocida por las partes la existencia de la servidumbre, pues la parte demandada y ahora recurrente no la ha reconocido a lo largo de todo el proceso. Reconoce, eso sí, la existencia de las ventanas, abiertas y sin protección, durante un largo lapso de tiempo, pero no la consecuencia jurídica pretendida de contrario, es decir, que estuviese constituida una servidumbre de luces y vistas sobre su casa, en la que el predio de los actores fuese dominante y el de los demandados sirviente.

A la vista de los hechos admitidos y los declarados como probados resultaba de obligada observancia la aplicación de las disposiciones contenidas en los arts. 574 y 575 del CDFA, pues el legislador aragonés, al regular las formas de constitución de las servidumbres de luces y vistas, no ha querido dejar la posibilidad de adquisición por usucapión al albur de la consideración de la apariencia de las servidumbres y a la existencia o inexistencia de acto obstativo, en la forma en que se recogía en el art. 14 del Apéndice foral de 1925, siguiendo el criterio del Código civil —art. 538— como momento de inicio del plazo de posesión ad usucapionem (para la usucapión). Por el contrario, siguiendo y ampliando la regulación contenida en el art. 145 de la

Compilación, deja fijada la cuestión expresando que solo son signos aparentes los voladizos, en la forma en que se expresa en art. 574, y que, en su defecto, no se puede ganar esta servidumbre por usucapión.

Sobre la naturaleza y configuración de los voladizos se ha pronunciado esta Sala en sentencias de 27 de septiembre de 2007 —sobre los tendedores y otros objetos que sobresalen de la línea de fachada—, de 14 de julio de 2008 —sobre los balcones como voladizos— y de 30 de noviembre de 2009. Esta última distingue las servidumbres de las relaciones de vecindad, lo que el legislador aragonés llama “régimen normal de luces y vistas”, refiriéndose a las relaciones entre vecinos en materia de luces y vistas sobre fundo ajeno, y confirma el criterio según el cual in facultativis non datur praescriptio respecto a la imprescriptibilidad de la acción para exigir las protecciones en las relaciones de vecindad.

En el caso de autos no existen voladizos, ni siquiera se invoca su presencia por la parte actora. Y la mera existencia de las ventanas, abiertas en pared propia sobre fundo ajeno, sin la protección de reja y red, no constituye signo aparente de servidumbre a los efectos de su adquisición por usucapión, conforme a los preceptos forales antedichos y a lo dispuesto en el art. 1942 del Código civil. De este modo no llegó a constituirse la servidumbre no aparente de luces y vistas, al no ser susceptible de posesión, pues conforme a derecho no puede adquirirse por usucapión.

En consecuencia procede la estimación del recurso de casación; y la Sala, retomando la instancia, ha de acordar la íntegra desestimación de la demanda deducida por los actores, al no haber razón jurídica para la prosperabilidad de sus pretensiones procesales.”

9. DERECHO DE OBLIGACIONES

*** Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 14 de Zaragoza de 20 de febrero de 2017. Reclamación por daños y perjuicios. Legitimación. Aceptación de herencia sin exclusión

“PRIMERO.— Habiéndose allanado los demandados a la pretensión actora en lo fundamental de la misma reconociendo, por tanto, que el letrado sr. P incurrió en un error al tramitar en el año 2007 la testamentaría de una hermana de los demandantes, error detectado tras el fallecimiento del padre de los mismos en el año 2013 y que les supuso el tener que realizar en su momento, tanto los hoy actores como su difunto padre, unos pagos a la OCA que no les correspondían y cuya devolución ha sido desestimada por ésta al haber prescrito el plazo para solicitarla, y satisfaciendo los citados demandados las cantidades indebidamente abonadas por ambos actores, el objeto del debate se contrae a determinar si éstos vienen o no legitimados para reclamar la cantidad de 5.596106 euros satisfecha de más por su padre, habida cuenta que el mismo falleció en el año 2013, con anterioridad, por tanto, a la interposición de la presente demanda.

SEGUNDO.— El argumento que alegan los demandados para fundamentar su oposición es el de que en la escritura de aceptación de la herencia de su padre no consta la transmisión a los herederos del derecho de crédito que sirve de base para la presente reclamación, y si bien es cierto que en la relación de

bienes relictos por el causante no aparece reflejado el citado derecho de crédito ello es debido a que en aquel momento se desconocía su existencia (solo se puso de él a raíz de efectuar ante la DGA el pago de los impuestos correspondientes con posterioridad a la aceptación de la herencia, que es cuando se les comunica que las, liquidaciones practicadas en el año 2007 respecto a la herencia de su difunta hermana son incorrectas) . Por tanto, y con independencia de los pasos que deban seguir los actores para complementar la escritura de aceptación de herencia, lo cierto es que los mismos son los únicos herederos del finado sr. G, habiendo aceptado su herencia a beneficio de inventario y sin ningún tipo de exclusión, por lo que les resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 322.1 del Código de Derecho Foral de Aragón, “El llamado a título de heredero que acepta la herencia adquiere los bienes y derechos de la misma, se subroga en las obligaciones del causante y queda obligado a cumplir las cargas hereditarias, todo ello desde el momento de la delación” y, por lo que aquí respecta, se les considera plenamente legitimados, en su condición de herederos, para reclamar el crédito que correspondía a su padre, por lo que procede, en definitiva, estimar la pretensión actora y condenar a los demandados al abono de la suma de 5.596’06 euros. ”

*** Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 14 de junio de 2017. Ejecución hipotecaria. Cónyuges en régimen consorcial. Consumidores. Cláusula abusiva. Responsabilidad del bien común

“PRIMERO.— De los dos recurrentes, D. E y D.ª. C, constituyeron hipoteca voluntaria a favor del Banco S.A. Interesa destacar que 1) objeto de la hipoteca era la vivienda familiar, de carácter unifamiliar sita en que D. E era administrador de la prestataria “R SL”, 3) que el matrimonio, de vecindad foral aragonesa, estaba sometida al régimen consorcial aragonés 4) que además de hipotecantes no-deudores fueron fiadores: garantía real y pericial.

SEGUNDO.— La resolución dictada en la primera instancia ha considerado que, en base a la doctrina del Auto TJUE de 19 de noviembre de 2015, al existir “vínculo funcional” entre uno de los garantes de manera real y personal D. E y la prestataria, mientras que a la otra garante, esposa del primero, D.ª. M, le ha reconocido la condición de consumidora de suerte que, en base a ello, ha entrado a reconocer la abusividad de alguna de las cláusulas, en concreto la que fijaba los intereses moratorios (renumeratorios más diez puntos). No obstante razónará que, sin embargo, carecerá de efectos prácticos en este procedimiento de ejecución hipotecaria, a salvo una eventual continuación de la ejecución por vía del artículo 579 de la Ley procesal civil, ya que la hipoteca fue constituida por ambos demandantes de oposición, pues pertenecía a su sociedad conyugal en virtud de escritura de adjudicación de 28 de septiembre de 1994.

TERCERO.— Recurre la parte demandante para afirmar que con la resolución en la primera instancia se ha desconocido que es garante real, hipotecante no deudora, de suerte que sería una ficción retrasar la efectividad de la declaración de abusividad hasta el momento de exigencia de su condición de fiadora personal, pues “responderá en el mismo momento en el

que se ejecute, cuando el inmueble propiedad " de la hipotecante responda de la obligación que garantizó con la realización de la finca garantizada..

La fianza como acto de consumo se han abordado en varias resoluciones del TJUE. Así el auto citado en la instancia, A TJUE de 19 de noviembre de 2015 (C-74/15). En esa resolución se afronta si es posible que el fiador se pueda considerar consumidor. Interrogante que se responde por, el TJUE en el sentido de corresponde al juez nacional que conozca de un litigio relativo a un contrato que pueda entrar dentro del ámbito de aplicación de la citada Directiva verificar, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso y el conjunto de las pruebas, si el contratante de que se trata puede calificarse de "consumidor" en el sentido de dicha Directiva (véase, en este sentido, la sentencia Costea, C-110/14, EU:C:2015:538, apartados 22 y 23) . De este modo, en el caso de una persona física que se constituyó en garante de la ejecución de las obligaciones de una sociedad mercantil, corresponde al juez nacional determinar si dicha persona actuó en el marco de su actividad profesional o por razón de los vínculos funcionales que mantiene con dicha sociedad, como la gerencia de la misma o una participación significativa en su capital social, o bien si actuó con fines de carácter privado.

Más relevante para el supuesto de autos es el ATJUE de 14 de septiembre de 2016 (C-534/15), pues contempla un supuesto de garantía real, considerando un caso en el que los hipotecantes no actuaron en el momento de constituir la hipoteca en razón a vínculos funcionales con la garantizada, sentando la doctrina de que los artículos 1, apartado 1, y 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que dicha Directiva se aplica a un contrato de garantía inmobiliaria celebrado entre personas físicas y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a la referida entidad en virtud de un contrato de crédito, cuando, esas personas físicas actúen con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezcan de vínculos funcionales con la citada sociedad, lo que corresponde determinar al tribunal remitente.

Y singularmente relevante en este sentido es la STJUE de 3 de septiembre de 2015 (C-110/14), relativa a la actuación de un abogado, que por esa mera condición no se excluye su condición de consumidor, razonando que, en efecto, la situación de inferioridad del consumidor respecto del profesional, a la que pretende poner remedio el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13, afecta tanto al nivel de información del consumidor como a su poder, de negociación ante condiciones contractuales redactadas de antemano por el profesional y en cuyo contenido no puede influir dicho consumidor.

Advertirá el TJUE además que por lo que respecta al hecho de que el crédito nacido del contrato de que se trata esté garantizado mediante una hipoteca contratada por un abogado en su condición de representante de su bufete de abogado, la cual grava bienes destinados al ejercicio de la actividad profesional de dicho abogado, como un inmueble perteneciente al ci-

tado bufete, procede declarar que, tal hecho carece de incidencia en la apreciación realizada en los apartados 22 y 23 de la presente sentencia.

Sentando la doctrina de que el artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito, sin que en él se precise el destino del crédito, puede considerarse "consumidor" con arreglo a la citada disposición cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del referido abogado. Carece de pertinencia al respecto el hecho de que el crédito nacido de tal contrato esté garantizado mediante una hipoteca contratada por dicha persona en su condición de representante de su bufete de abogado, la cual grava bienes destinados al ejercicio de la actividad profesional de esa persona, como un inmueble perteneciente al citado bufete.

CUARTO.— La traslación de esa doctrina al supuesto de autos ofrece dos singularidades que son las que conforman el objeto de], conflicto en esta alzada. Uno que se trata de un supuesto en el que los propietarios del mismo bien hipotecado son dos personas físicas, una de la que sí se ha apreciado un vínculo funcional, por tanto no tributario de la protección frente a las cláusulas abusivas y otra que por no concurrir ese vínculo funcional sí merece esa tutela. Y la segunda peculiaridad es que esas dos personas físicas están casadas y sometidas al régimen consorcial aragonés. La primera singularidad, aporta una indiscutible dificultad a la cuestión, pues declarado ese estatuto del consumidor para la recurrente y negado para el otro hipotecante, en términos no discutidos, en esta alzada en la garantía real concurren unas notas que conducen a una inescindibilidad en la naturaleza y características de la obligación garantizada con hipoteca: no puede ser que la finca responda, a la vez, de una obligación ajena, en su integridad (por el hipotecante que por su vínculo funcional no es consumidor) y a la vez responda limitadamente, por el hipotecante no deudor para el que la hipoteca pueda considerarse un acto de consumo. No puede estar, simultáneamente, sometido a uno y otro régimen jurídico.

El hipotecante por deuda ajena no es un fiador ni está, por tanto, personalmente vinculado al cumplimiento de la obligación asegurada con sus bienes, sino que únicamente responde de la misma con los bienes hipotecados. Es por lo que, en este sentido, no obstante la similitud existe entre la fianza personal y la prenda o la hipoteca constituida por un tercero extraño a la obligación principal, en cuanto que pudiéramos hablar de una fianza real, existen, sin embargo, grandes diferencias y es que en la fianza, el fiador, por consecuencia del contrato en que ha sido parte, se subroga en el débito y en la responsabilidad (dejando a salvo los beneficios de exclusión y división), y en la prenda y en la hipoteca el tercer deudor accesorio no se subroga ni en el débito ni en la responsabilidad, pues la ha contraído y, por ende, limitado a lo que en garantía ha colocado, que es la consecuencia lógica del contrato en el que ha sido parte.

En definitiva que cuando son varios los hipotecantes no deudores, pues recayendo la garantía sobre un único bien se produce una inescindibilidad o indivisibilidad en la garantía que impide que, a la vez, si

sean varios los garantes los términos de la obligación puedan diferenciarse para uno y para otro deudor.

QUINTO.— Las dificultades que resultan de la aplicación de esa doctrina a una garantía real constituida por las personas físicas sometidas, cada una de ellas, a un estatuto jurídico diferente, pueden solventarse en el caso atendiendo al régimen consorcial que regula la responsabilidad del bien común; pues en sede de responsabilidad, que es aquí la relevante, el art. 219 CDFR, aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, frente a terceros se asume de aquélla responsabilidad contraída por ambos cónyuges, sin que sea posible disociar la responsabilidad de uno y otro pues ambas se refieren, en el caso, a una responsabilidad unitaria. De suerte que las singularidades que resulten de la condición de consumidora deberán ser operativos en la esfera posterior de la ejecución personal. En su caso en el ámbito del art. 579 LEC.

SEXTO.— Por esa misma razón no es posible abordar la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, pues no es factible que a la vez esté vencido y que no lo esté. Razones que han de conducir a la desestimación del recurso.

No obstante las singularidades y dificultades del caso deben llevar a no hacer una especial imposición de costas."

*** Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 23 de octubre de 2017. Contrato de adhesión. Consumidores. Cláusula abusiva. Fiadora solidaria. Bienes comunes

"PRIMERO.— El debate en esta alzada se circunscribe a determinar si la fiadora solidaria de una póliza de préstamo de 25.000€ para no consumidores cuyo destino es la financiación de negocio tiene la condición de consumidora, y si las cláusulas DÉCIMA y DECIMOSEPTIMA H son abusivas.

B suscribió la expresada póliza de préstamo con DON P, y con DOÑA E como fiadora.

El auto objeto de apelación considera la condición de consumidora de la fiadora solidaria, sobre la base de la doctrina contenida en el Auto del TJUE, de 19 de noviembre de 2015, que refiere que las cláusulas abusivas de los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de la que la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, puede aplicarse a un contrato de garantía inmobiliaria o de fianza celebrado entre una persona física y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a la referida entidad en el marco del contrato de crédito, cuando esa persona física actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezca de vínculos funcionales con la citada sociedad. Sobre la base de esta doctrina estima la oposición de la fiadora DOÑA E, declarando nulas las cláusulas DECIMA y DECIMOSEPTIMA H, y dejando sin efecto la ejecución acordada contra la misma.

Contra esta resolución se alza B y el ejecutado don P.

B manifiesta que la Sra. L no tiene la condición de consumidora porque es la esposa del actor, y según el artículo 218.1 CDFR, que serán de cargo del patrimonio común toda deuda de uno u otro cónyuge contraída en el ejercicio de una actividad objetivamente útil a la

comunidad, aunque no haya realizado en beneficio común, o en el ejercicio de cualquier otra actividad, pero en este caso hasta solo hasta el importe del beneficio obtenido con ella por, el consorcio. Son actividades objetivamente útiles al consorcio las de la letra a) del apartado 1 del artículo siguiente. El artículo 219 dice que "Frente a terceros de buena fe, los bienes comunes responden siempre del pago: a) De las deudas que cada cónyuge contrae en el ejercicio, incluso solo aparente, de sus facultades de administración o disposición de los bienes comunes o de administración ordinaria de los suyos propios, así como en la explotación regular de sus negocios o en el desempeño corriente de su profesión".

Por su parte don P insiste en su cualidad de consumidor.

SEGUNDO.— Con referencia al recurso de B, debemos señalar en primer lugar —de acuerdo con la doctrina expresada en el Auto del TJUE, de 19 de noviembre de 2015— que resulta indudable el carácter de consumidora que tienen la Sra. L, quien interviene en el contrato únicamente como fiadora, sin que conste en autos que se dedique a actividades comerciales o profesionales, en relación a las cuales se pudiera haber negociado el préstamo.

En segundo lugar, resulta asimismo indudable el carácter de contrato de adhesión que tiene la póliza de préstamo objeto de autos, cuyo clausulado ha sido redactado previamente y de manera unilateral por parte del Banco, sin que la parte ejecutante haya acreditado, tal y como le correspondía, que la citada cláusula fuese negociada individualmente con la fiadora, ni tampoco que se le diese información previa sobre la incidencia que dicha cláusula pudiera tener en caso de impago para la avalista, a fin de que aquélla conozca el contenido del clausulado al cual se van a adherir a través de la firma del contrato.

Por último, consideramos que el hecho de que la renuncia de la avalista al beneficio de excusión, orden y división, respondiendo solidariamente, introduce un evidente desequilibrio entre las partes en beneficio de la entidad bancaria y en perjuicio de la avalista, colocando a ésta en una situación de deudora subsidiaria, sin obtener ninguna prestación a cambio de comprometer la totalidad de su patrimonio para responder por una deuda ajena, y sin percibir las contraprestaciones del deudor principal. Por todo ello, convenimos que resulta ajustado a derecho declarar el carácter abusivo de la cláusula por lo que respecta a la renuncia por los fiadores del beneficio de excusión; y por ende, debe declararse la nulidad de las expresadas cláusulas. Es evidente que la renuncia al beneficio de excusión supone gravar de manera sustancial la posición jurídica del fiador en beneficio del acreedor, sin que conste qué beneficio obtiene aquél renunciando a los derechos que la ley le reconoce. No existen elementos de hecho para afirmar que, de haber conocido el consumidor las consecuencias jurídicas y económicas de su renuncia, hubiera suscrito, la misma. Con referencia a la, aplicación de los expresados artículos de derecho foral, ignoramos sin los demandados están sometidos al mismo, pues nada de ello se dice en la demanda, siendo un hecho alegado ex novo en esta alzada.

TERCERO.— Con referencia al recurso del Sr. B, resulta claro que no tiene la condición de consumidor

toda vez que el préstamo solicitado es de carácter mercantil, por lo que deben desestimarse sus alegaciones.”

*** Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 28 de noviembre de 2017. Aval en garantía de crédito hipotecario. Vinculación de bien ganancial. Acto de disposición voluntario

“PRIMERO.— El objeto del presente procedimiento, iniciado por demanda de D. J. C., radica en la pretensión de nulidad del aval concertado por su esposa, D.ª M. S., con quien contrajo matrimonio el día 4 de junio de 1999 bajo el régimen consorcial aragonés, en garantía del crédito hipotecario concedido por la demandada, CAJA , a su hermano, D. R., el día 18 de junio de 2007 por un importe de 425.000 €.

Sostenía el actor que el aval otorgado por su esposa es nulo porque él no había dado el consentimiento que en dicha fecha exigía el art. 8 L 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad (hoy art. 190 CDFA), y que este era necesario porque su mujer comprometía con el aval la vivienda familiar, que ella había adquirido con anterioridad al matrimonio, pero cuya adquisición fue sufragada por el consorcio.

Subsidiariamente a tal pretensión de nulidad, solicitaba que se declarara que la citada vivienda fuera excluida del alcance del aval por el incumplimiento de la entidad financiera de sus obligaciones precontractuales y contractuales de diligencia, lealtad, información y transparencia, y por no haber tenido en cuenta las limitaciones impuestas por el derecho común y el autonómico a la vivienda familiar.

Finalmente, como petición alternativa a las dos anteriores, solicitaba la nulidad del aval de mención por ser un acto de disposición gratuita hecha por un cónyuge sobre un bien común, y ello de acuerdo con los arts. 1378, 1322.2 y 1324 CC.

La sentencia de primer grado sienta que la vivienda es propiedad privativa de la esposa y rechaza las tres pretensiones deducidas en la demanda. La principal porque no ha sido efectuado por la esposa ningún acto de disposición que exigiera para su validez el consentimiento de su marido de acuerdo con el art. 8 L 2/2003 (hoy art. 190 CDFA), y en cualquier caso porque la acción de nulidad se hallaría prescrita. Rechaza igualmente la subsidiaria porque entiende que el actor no está legitimado para hacerla valer por no haber sido parte en el contrato en relación al cual se predicen los incumplimientos que se indican en la demanda. Finalmente, rechaza el juzgado la pretensión hecha valer de modo alternativo porque el aval otorgado por D.ª M. S. no supone la vinculación de bienes pertenecientes a la sociedad consorcial por ser un acto obligacional que no conlleva de suyo la vinculación de bienes de la sociedad consorcial.

Tal decisión fue confirmada por la Sala de apelación, que, tras advertir que no cabe plantear en el proceso cuestión alguna acerca de una posible abusividad de la cláusula de aval por falta de transparencia, dado que ello ha sido ya resuelto con fuerza de cosa juzgada en un juicio anterior, y que no cabe equiparar, como se hace en el recurso, al fiador personal al “avalista hipotecario”, sintetiza la cuestión jurídica planteada en la muy concreta de si la fianza personal

por parte de un cónyuge sometido al régimen consorcial es un acto de disposición a los efectos del art. 190 CDFA.

La respuesta que da la Sala se concreta en el fundamento de derecho n.º 5 de su sentencia en los siguientes términos:

<<La fianza personal no es un acto dispositivo. El art. 190 CDFA, antes transcrito, incluido dentro del régimen primario del matrimonio, debe ser objeto de una interpretación estricta lo que supone, (i) que se debe tratar de una “disposición voluntaria”, lo que excluye las forzosas, (ii) que tal disposición lo sea sobre los derechos que uno de los cónyuges tiene sobre la vivienda familiar. La regulación se diferencia relevantemente de la del art. 1320 C.Civil; pues en éste precepto la disposición sobre la vivienda familiar que conlleva la necesidad de consentimiento conjunto es la de cualquier disposición, mientras que el art. 190 CDFA la impone para la disposición “voluntaria”, con lo que el legislador acota y limita de una manera más precisa el alcance del requisito de la disposición conjunta, de manera que en el Derecho Aragonés sólo aquéllos actos o negocios que comprometan de una manera directa e inmediata los derechos sobre la vivienda familiar pueden entenderse comprendidos en el ámbito del art. 190 CDFA.

Por tanto no puede ser incluido dentro de la necesidad de un consentimiento del cónyuge no titular aquéllos actos que no suponen disposición, lo que acaece en la fianza en la que uno se obliga a cumplir por otro. Que por tanto que se responde con todo su patrimonio (art. 1911 C. Civil) de esa obligación no supone disponer directamente de la vivienda familiar, y se situaría el cumplimiento con el apremio de la vivienda dentro de la esfera de la disposición “forzosa”, no comprendido en el CDFA. Podría incluirse, y no dejaría de tener un margen de discusión, en su caso en esa limitación la constitución de una hipoteca, que es a lo que se refiere la STS de 8/10/2010. Pero no una fianza personal.

Con la tesis de la parte recurrente la solvencia del aragonés casado quedaría disminuida, pues no solo la fianza sino la asunción de cualquier obligación o compromiso, en cuanto conllevara el potencial riesgo de responder con todo su patrimonio, por tanto también con la vivienda familiar, haría el bien intransmisible e inembargable de no haber contado con el consentimiento del cónyuge no titular al tiempo de contraerse la obligación.

Es clara la voluntad del legislador de limitar la concurrencia de la voluntad de los cónyuges a las transmisiones voluntarias>> [la negrilla es nuestra].

Por lo demás, la Sala de apelación entiende innecesario conocer sobre la cuestión del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de anulabilidad porque niega que exista motivo alguno que determine dicha nulidad. Tampoco merece para la Sala consideración especial la nulidad radical vía Código Civil por disposición de bienes comunes sin consentimiento del cónyuge que se hace valer con base en dicho cuerpo legal, porque no es aplicable al régimen aragonés, y porque es artificiosa la consideración de que la vivienda no es privativa de la mujer, dado lo dispuesto por el art. 211 CDFA.

SEGUNDO.— El recurrente asienta su recurso en dos motivos, ambos por infracción del art. 190 CDFA.

En el primero, en el que insiste en su pretensión principal, el actor reitera en un apartado A que la fianza personal sí es un acto dispositivo a título gratuito conforme a una doctrina y Jurisprudencia que no revela en el desarrollo del motivo, con la única excepción de la cita de la sentencia dictada por esta Sala el día 10 de abril de 1995. Y en un apartado B insiste en la vigencia de la acción de nulidad ejercitada.

En el segundo de los motivos, en que, como se dice, también alega infracción del art. 190 CDFA, sostiene la prosperabilidad de la pretensión subsidiaria, porque, pese a lo que ha entendido la Sala de apelación, no tiene por fundamento el carácter abusivo de la cláusula impugnada, sino que la entidad demandada no tuvo en cuenta las limitaciones impuestas a la vivienda familiar cuando pactó el aval.

TERCERO.— Primer motivo de casación.

El apartado B del motivo, por cuyo estudio comenzamos en razón a una mayor claridad expositiva, discute algo que no fue objeto de decisión en la instancia: si la acción de nulidad se hallaba o no caducada por haber transcurrido el plazo que para su ejercicio se halla señalado en el art. 190.2 CDFA.

Como hemos dicho, la Sala descarta entrar en el estudio de si la acción de nulidad se hallaba o no caducada porque niega en principio que exista anulabilidad de ningún tipo.

Hay pues una decisión deliberada de la Sala de no entrar a conocer del asunto. Si ello es así, difícilmente la sentencia puede haber incurrido al darle respuesta en la infracción de norma sustantiva —en el caso, art. 190.2 CDFA— que constituye el único motivo en que puede ser sustentado el recurso de casación de acuerdo con el art. 477.1 LEC.

Todo lo más podría intentarse discutir tal decisión mediante un motivo por infracción procesal, afirmando que dicha falta de respuesta pudiera infringir el derecho a obtener una resolución sobre el fondo que se halla inte-grado en art. 24 CE, como ha señalado el TC en SS n.º 39/2015 y 49/2016, pero tal motivo no ha sido hecho valer en el presente caso.

En consecuencia, este apartado B del primero de los motivos de casación no puede ser acogido.

El núcleo de la cuestión es abordado en el apartado A, y consiste, como paladinamente reconoce el recurrente, en la sintetizada por la Sala en los siguientes términos: <<si la fianza personal por parte de un cónyuge sometido al régimen consorcial es un acto de disposición a los efectos del art. 190 CDFA>>. Norma esta última que proviene del art. 8 L 2/2003 y que ha sido incorporada al texto del CDFA aprobado por DLeg. 1/2011, por lo que no hay cuestión sobre su aplicación, pues se hallaba vigente el tiempo en el que el aval fue pactado.

Pues bien, el actor ahora recurrente no acierta a dar razón alguna, más allá de su personal e interesada interpretación de las normas que desgrana a lo largo del motivo, sin citar referencia doctrinal o jurisprudencial alguna, que se oponga a la afirmación inicial de la que parte la Sala de apelación, que no es otra que la de que la fianza no es un acto de disposición.

Así, afirma que discrepa del criterio de la Audiencia, y sostiene que la fianza, sobre todo cuando como en el caso se otorga como solidaria, tiene naturaleza de acto dispositivo a título gratuito porque con ella se

altera con carácter extraordinario y se compromete de forma grave una parte sustancial del patrimonio... en particular la vivienda familiar como parte del patrimonio del fiador.

En definitiva, lo que afirma es que como con la fianza el fiador puede verse obligado a responder con todo su patrimonio del cumplimiento de la obligación garantizada en virtud del principio de responsabilidad universal establecido en el art. 1.911 CC, su otorgamiento implica un acto de disposición sobre la vivienda familiar que forma parte de él, y que por ello debe ser tenido por acto de disposición sujeto al actual art. 190 CDFA, y todo sin desvelar a esta Sala de donde extrae tal parecer.

La Doctrina científica y la Jurisprudencia han señalado la dificultad de distinguir entre los actos de disposición y de los actos que no lo son.

En la primera pueden ser destacadas dos tendencias; una primera contrapone con una perspectiva netamente jurídica los actos de disposición a los obligatorios, y entiende por los primeros los que producen indistintamente una pérdida del derecho o una modificación gravosa, es decir, aquellos por los que se trasmite, se grava, se modifica en su contenido o se extingue inmediatamente un derecho; y por los segundos los que no producen una pérdida del derecho, sino que se limitan a prepararla, esto es, a imponer una deuda al patrimonio del deudor. Una segunda corriente doctrinal, de sesgo más económico, contrapone los actos de simple administración a los de extraordinaria administración o dispositivos, de tal forma que los primeros serían aquellos que miran únicamente a la conservación, disfrute y mejora del patrimonio, así como al empleo de las rentas, mientras que los segundos son aquellos que disminuyen la sustancia y la entidad económica del patrimonio, como lo es toda forma de enajenación, constitución de derechos reales o derechos de obligación de larga duración que se equiparan a los reales, como sucede con los arriendos de inmuebles de larga duración.

Por su parte, la Jurisprudencia (STS n.º 328 de 17 de octubre de 1978) acomete la distinción, desde la segunda de las perspectivas, entre actos de disposición y actos de administración, y tiene por los primeros los que tienden a enajenar la cosa o a constituir sobre ella derechos reales o gravámenes, y por los segundos los que tienden a la conservación, goce y uso de la cosas, si bien admite como género intermedio los actos de extraordinaria administración, que son aquellos que por su trascendencia o importancia que despliegan sobre la cosas impiden o dificultan su realización.

Pues bien, la fianza, que como se halla definida en el art. 1822 CC es el contrato por el que se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero en el caso de no hacerlo este, no encaja como acto de disposición en ninguna de las clasificaciones antes señaladas, pues solo supone la asunción de una obligación personal de garantía que no recae, sujeta o altera directamente ninguno de los bienes o derechos del garante al cumplimiento de dicha obligación, y al efecto ha de ser destacada la clara distinción entre la responsabilidad patrimonial universal impuesta a todo deudor por el art. 1911 CC y la sujeción de los bienes del deudor al cumplimiento de una concreta obligación que supone

un derecho directo e inmediato sobre los mismos al acreedor, cual ocurre con la prenda, o la hipoteca.

Consecuentemente con ello, la doctrina (IV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés. Actas) que analizó en su día el art. 51 de la Compilación tras su reforma por la L 3/1985, de 21 de mayo, que, a diferencia de la norma actual, no contenía como presupuesto para su aplicación que el acto de disposición de fuese voluntario, entendió como actos a los que era de aplicación la exigencia del consentimiento del cónyuge no titular del derecho los de enajenación y gravamen, con inclusión de la constitución de hipoteca, pero no aquellos obligacionales de los que pudieran dar lugar a la responsabilidad patrimonial universal del art. 1911.

Por lo tanto, como con toda razón arguye la sentencia apelada, no se da el presupuesto de aplicación del art. 190 CC que se dice infringido, que consiste en que exista un acto de disposición sobre los derechos que a uno de los cónyuges correspondan sobre la vivienda familiar.

Por otra parte, el art. 8 L 2/2003 de Aragón, ahora incorporada al art. 190 CDFA, incluye como presupuesto de aplicación que el acto de disposición sea voluntario, y es el caso que no cabe entender que la fianza de autos sea una actuación voluntaria sobre los derechos que corresponden a uno de los cónyuges sobre la vivienda familiar, pues la repercusión de tal comportamiento sobre los derechos del cónyuge actuante sobre la vivienda solo podría tener lugar vía exigencia de la responsabilidad patrimonial universal, y esta solo podría ser articulada mediante la ejecución forzosa, que quedaría extramuros del precepto.

La cita que contiene el recurso de la sentencia de esta Sala de 10 de abril de 1995 en nada afecta a lo dicho, pues, aparte de que se refería a un contrato de opción de compra que tiene una naturaleza, objeto y efectos totalmente distintos al de fianza de que aquí se trata, en nada atañe, en lo que es reproducida en apoyo del motivo, a la cuestión debatida, pues parte de que se dan los presupuestos de aplicación de la norma, lo que aquí se niega.

CUARTO.— Segundo motivo de casación.

El recurrente indica en este segundo motivo de casación que la Sala ha interpretado mal su pretensión subsidiaria al anudarla con la problemática de las cláusulas abusivas por incumplimiento por la prestamista demandada de los deberes de información y transparencia que le impone la legislación sectorial, pues el fundamento de tal pretensión era el mismo que la principal: que no se tuvo en cuenta el art. 190 CDFA.

Como ha quedado más arriba expresado, es cierto que el actor basó su pretensión subsidiaria en dos alegatos; el primero la desatención de los deberes de información y transparencia por parte de la entidad de crédito, y el segundo, que es el que aquí se reitera, que dicha entidad actuó sin tener en cuenta las limitaciones impuestas a la vivienda familiar tanto por el Código Civil como, muy especialmente por la Legislación Foral Aragonesa.

Para el rechazo de este motivo es suficiente con reiterar lo dicho más arriba, esto es, que no se da el presupuesto de aplicación de la norma; que el otorgamiento de fianza no se halla dentro del ámbito de acción del art. 190 CDFA por no ser un acto de dis-

posición voluntaria de los derechos que correspondían a la avalista sobre la vivienda familiar, pues si ello es así difícilmente puede afirmarse que la demandada no ha tenido en cuenta las limitaciones impuestas a la vivienda familiar que resultan de dicha norma al pactar la garantía personal en el préstamo concedido a D. R. por la sencilla razón de que no las hay.

En cualquier caso, no razona el recurrente por qué de aquella circunstancia se sigue la consecuencia jurídica que reclama y que concreta en que la vivienda familiar sea excluida del alcance del aval.

Tampoco aquí la cita de las sentencias que recoge el recurso puede valer en su apoyo, pues, a diferencia de la fianza aquí contemplada, tratan de supuestos de disposición sobre derechos que gravitan directamente sobre la vivienda familiar, como lo son la disposición sobre el derecho de arrendamiento (SAP Madrid, de 13 de noviembre de 2013), de actos de disposición que implican la eliminación directa del bien del patrimonio de su propietario, así como aquellos negocios jurídicos, como la hipoteca, que llevan consigo posibilidades de que el bien en cuestión desaparezca de dicho patrimonio, por la ejecución en caso de impago de la deuda garantizada con el derecho real (caso de la STS 8 de octubre de 2010), o en fin, constitución del derecho real de hipoteca (caso de la SAP de Zaragoza n.º 91/2001, de 12 de febrero).

En consecuencia, procede la desestimación de este segundo motivo, y con él del recurso de casación."

0. OTRAS MATERIAS

*** Auto del Tribunal Superior de Justicia de 13 de enero de 2017. Inadmisión de recurso de casación. Ausencia de interés casacional. Falta 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.

Esta Sala es competente para conocer del recurso de casación interpuesto, a tenor del artículo 478, núm. 1.º, párrafo 2.º, 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 el recurso de casación interpuesto se refiere a la vulneración de derecho civil aragonés, por cuanto se funda en la vulneración de los arts. 80 y 92.2 del Código de Derecho Foral Aragonés (CDFA).

SEGUNDO.— La Sala, en providencia de fecha 2 de diciembre pasado, expresó que el recurso de casación interpuesto podía incurrir en causa de inadmisibilidad, por cuanto invocaba la concurrencia de interés casacional como vía para su interposición —también, según veremos, como motivo de recurso— pero no justificaba la existencia de dicho interés, además de que el motivo de casación podía incurrir en causa de inadmisibilidad por manifiesta falta de fundamento, conforme al art. 483.2.4.º de la LEC.

Acerca de esta cuestión el Ministerio Fiscal alega que no existe ese interés casacional, sino que la sentencia recurrida se ajusta a la doctrina emanada de esta Sala sobre la preferencia de la custodia compartida, y no ha resuelto el objeto litigioso de la custodia compartida del hijo menor de modo absurdo o arbitrario. La parte recurrida también se muestra acorde con la inadmisión.

Tras el trámite de alegaciones conferido conforme al art. 483.4 de la LEC, este invocado interés no ha quedado esclarecido, lo que constituye un óbice de admisibilidad, a tenor de los criterios establecidos al respecto por el Acuerdo no jurisdiccional de la Sala Primera del TS de 30 de diciembre de 2011, apartado III.1, el cual mantiene que "en todo caso, la parte recurrente debe justificar que la resolución del problema jurídico planteado en el recurso se opone al criterio seguido por la jurisprudencia", y para ello no basta con la cita de sentencias sino que debe razonar expresando que el caso debatido en las sentencias de referencia era similar al de autos, y pese a ello se ha resuelto en contradicción a aquéllas.

TERCERO.— En cuanto a los motivos del recurso, tanto el primero como el segundo incurrir en causa de inadmisibilidad por manifiesta falta de fundamento. El motivo principal —pues la parte reconoce que el segundo no constituye un motivo autónomo, sino que sirve como refuerzo a lo expresado en el primero— comienza su exposición aceptando que la custodia compartida es el sistema idóneo en el derecho aragonés, y este es el adoptado en la sentencia recurrida, aunque propugna que el juez puede optar por un sistema no igualitario. Siendo esto cierto, corresponde a los tribunales de instancia determinar la forma concreta en que se repartirá el tiempo de estancia de los hijos menores con cada uno de los progenitores, lo que corresponde a la discrecionalidad judicial que, en el caso de autos, ha sido debidamente motivada en la sentencia recurrida, y dicha decisión no es revisable en casación salvo que resulte ilógica o absurda o contravenga el interés superior del menor, lo que no concurre en este caso.

El segundo motivo, que propiamente se desarrolla en el escrito de alegaciones, se funda en la existencia de interés casacional, con fundamento en el art. 3 de la Ley aragonesa 4/2005, pero dicha existencia —que en este caso, como hemos dicho, no ha quedado justificada— constituye un presupuesto de recurribilidad en casación pero no puede, por sí, constituir un motivo de dicho recurso pues, conforme a lo dispuesto en el art. 477.1 de la LEC, "El recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso".

CUARTO.— El recurso incurre así en la causa de inadmisión prevista en el art. 483.2.4.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 17 de enero de 2017. Inadmisión de recurso de casación. Pre-tensión de pronunciamiento probatorio

"PRIMERO.— Dictada sentencia por la sección 2.º de La Audiencia Provincial de Zaragoza el día 11 de octubre de 2016, se articula por la parte demandante recurso de casación con invocación de la procedencia de interponerlo por ser de cuantía indeterminada, además de por interés casacional, al amparo de los artículos 1 y 2.1 de la Ley de Casación Foral Aragonesa y con fundamento sustantivo en la infracción de los artículos 83.1 y 247 del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA). 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 Civil.

SEGUNDO.— La invocación de los artículos 83 y 247 del CDFA como infringidos por la sentencia impugnada encubre, en realidad, que la parte no se muestra conforme con la valoración hecha en la resolución respecto del resultado de la prueba que fue practicada. Así, y como ya se apuntó en la providencia dictada en el presente rollo el día 15 de diciembre de 2016, lo que realmente se pretende es que esta Sala se pronuncie sobre si existe o no en el caso el déficit probatorio que evidenció la sentencia de instancia. Con la consecuencia, caso de constatarse que no existió tal falta de prueba, de que este Tribunal valore de nuevo los datos obrantes en autos sobre ingresos y gastos de los litigantes, así como si, a su vista, cabe entender acreditado o no el desequilibrio económico entre los cónyuges ahora divorciados que la recurrente preconiza que está presente.

A lo anterior se añade la pretensión de la parte de que se considere probado, en contra de lo estimado en la sentencia recurrida, que la fecha de cese efectivo de la convivencia matrimonial tuvo lugar el día 27 de junio de 2014.

Estas peticiones exigen un pronunciamiento directo sobre el resultado probatorio obtenido en la sentencia impugnada, y la conclusión que, en el ámbito de su decisión, corresponde sólo a los tribunales de instancia, y que, por tanto, 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.

TERCERO.— En consecuencia, procede la inadmisión del recurso, en virtud de lo establecido en el artículo 483.2, 1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, de conformidad con lo establecido en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la imposición al recurrente las costas causadas en el trámite de admisión del recurso de casación."

*** Auto del Tribunal Superior de Justicia de 24 de febrero de 2017. Inadmisión de recurso de casación. Ambigüedad en la infracción alegada. Carencia de fundamento. Problemática tributaria de la fiducia sucesoria

"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. 1.º, párrafo 2.º, 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 80 y 76.3.b) del Código de Derecho Foral de Aragón.

SEGUNDO.— Entrando a conocer sobre las causas de inadmisión expuestas en la providencia, debe comen-zarse por la tercera de ellas. Tal como se afirmaba en la providencia dictada para oír a las parte, los motivos de casación guardan escasa relación con lo peticionado en demanda y se centran, fundamentalmente, en el inventario y avalúo de bienes efectuado en 2006, a los exclusivos efectos del pago del impuesto de sucesiones, aplicando legislación fiscal.

Las alegaciones presentadas por la parte recurrente vuelven a reiterar los mismos argumentos utilizados en el recurso de casación. Pese a la falta de una razonable claridad expositiva —a la que luego se hará referencia—, que dificulta la correcta comprensión del recurso, en síntesis se afirma que el inventario y avalúo de bienes llevado a cabo en el año 2006 supuso la aceptación de la herencia de la fallecida por su esposo e hijas, así como el reparto de los bienes entre ellos, con clara renuncia a ejercitar la fiducia.

Como se indicó en la providencia de fecha 2 de febrero de 2017, el inventario y avalúo de bienes efectuado en 2006 lo fue a los exclusivos efectos del pago del impuesto de sucesiones, sin que pueda calificarse, en modo alguno, como un acto de aceptación de la herencia y de renuncia a la fiducia. Ese documento solo obedece a exigencias fiscales, y no tienen incidencia alguna en la sucesión hoy discutida.

Es cierto que en el ámbito tributario la fiducia sucesoria resulta problemática, puesto que al ser esta última una institución basada en una transmisión sucesoria diferida en el tiempo, cuadra mal con el hecho de que los herederos presuntos —que nada reciben en ese momento— estén obligados a liquidar el impuesto como si verdaderamente recibiesen los bienes de fideicomitente desde el momento de su muerte. Pero este hecho de pagar el impuesto "a cuenta", en modo alguno supone aceptar la herencia y renunciar a la fiducia. Se trata de una obligación de exclusivos efectos tributarios, que en nada afecta a la aceptación de la herencia ni a la fiducia. Por decirlo en términos sencillos, nada se hereda hasta que el fiduciario ejecute su encargo decidiendo quién hereda y qué hereda, ya sea por medio de escritura pública como acto inter vivos o en su propio testamento.

Es por ello que todos los motivos de casación del recurso carecen manifiestamente de fundamento, con arreglo al art. 483.2.4.º LEC.

TERCERO.— Además de la falta de fundamento del recurso de casación, adolece de los otros vicios expuestos en la providencia de 2 de febrero de 2017 que también determinan su inadmisión.

Por una parte, la falta en el escrito de interposición del recurso de la razonable claridad expositiva para permitir la individualización del problema jurídico planteado (artículo 481.1 y 3 LEC) y, por otra, la acumulación de infracciones, la cita de preceptos genéricos o la cita de preceptos heterogéneos en un mismo motivo que generan la existencia de ambigüedad o indefinición sobre la infracción alegada (artículo 481.1 LEC).

CUARTO.— La inadmisibilidad del recurso de casación determina que los motivos por infracción procesal habrán de ser igualmente inadmitidos, conforme a lo dispuesto en la Disposición Final 16.º.1, 5.º, de la LEC, y a la jurisprudencia recaída en su aplicación, entre otras en Auto de la Sala Primera del TS de 30 de marzo de 2004, a cuyo tenor la viabilidad de este último recurso está subordinada a la recurribilidad en casación de la Sentencia dictada en segunda instancia, conforme a lo taxativamente previsto en la Disposición final 16.º, apartado 1, párrafo primero y regla 5.º, párrafo primero, de la LEC."

*** Auto del Tribunal Superior de Justicia de 29 de marzo de 2017. Inadmisión de recurso de casación. Ratio decidendi de la sentencia de apelación

"PRIMERO.— En nuestra providencia de fecha 1 de marzo de 2017 señalá-bamos como la primera causa posible de inadmisión el que el recurso no hacía mención alguna a la ratio decidendi expresada en la sentencia de apelación por la que desestimaba el recurso de apelación.

Es doctrina jurisprudencial consagrada que es causa de inadmisión del recurso extraordinario de casación que los motivos en que se articule no ataquen e ignoren la razón a la que obedece la decisión de la sentencia recurrida (AATS 5 de junio de 2007, Rc 2632/2003; 4 de diciembre de 2012, Rc 87/2012; 26 de octubre de 2016, Rc 1163/2013; 22 de febrero 2017, Rc 3020/2014; o en fin los recientes autos dictados por el TS el día 8 de marzo de 2017 RRc 836/2015, 467/2015, 2738/2016, 149/2015 o 726/2015.

Esto es efecto lo que ocurre en el presente caso.

Se discutía en la instancia si debían ser estimadas las pretensiones deducidas por las recurrentes de que fueran incluidos en el haber hereditario de D.º Consuelo, fallecida el día 31 de enero, por tener la consideración de consorciales, la parte proporcional de la valoración del negocio de despacho de Administración de Loterías n.º... de Zaragoza, cuya titularidad administrativa ostentó en su día el esposo de aquélla, D. Rudesindo, padre con ella de los litigantes, fallecido el día 18 de julio de 2005; así como los rendimientos obtenidos con ella desde el mes de noviembre de 2005.

La razón por la que la sentencia recurrida rechaza la inclusión del negocio se asienta exclusivamente en la doctrina de los actos propios realizados por los litigantes que menciona en su fundamento de derecho cuarto, de los que concluye que todos ellos asumieron que el mencionado negocio era privativo del padre.

La razón por la que rechaza la inclusión de los rendimientos es que los producidos hasta el año 2005 ya fueron repartidos con plena conformidad de todos, y que los posteriores no pueden consorciales porque el fallecimiento de D.º Consuelo determinó la disolución de la sociedad conyugal en virtud de los arts., 244.b) CDFA y 85 CC.

Pues bien, ninguno de los dos motivos de casación dirigidos a combatir la decisión sobre la inclusión del negocio se ocupa de la doctrina de los actos propios. En el primero se afirma la infracción por aplicación indebida del art. 212.1.a) CDFA, y en el segundo la infracción por inaplicación indebida del art. 2012.2.i) CDFA, ninguno de los cuales contiene la más mínima relación con la doctrina de los actos propios.

Y el tercero de los motivos, con el que se combate la decisión sobre los rendimientos producidos por el negocio, no se cuestiona que los producidos hasta 2005 han sido repartidos con conformidad de todos; ni se cuestiona asimismo que el fallecimiento de D.º Consuelo produjo la disolución de la sociedad conyugal, ni que con ello los rendimientos posteriores en ningún caso podrían tener la condición de consorciales que se afirma en este apartado ni en consecuencia incluidos en haber hereditario de la madre. Lo que se sostiene en el motivo es que tras dicho óbito surgió una comunidad conyugal continuada entre el cónyuge superviviente y los hijos, aspecto este que no fue estudiado en la sentencia recurrida porque entendió que era una cuestión nueva no invocada en la primera instancia, lo que nos conduce al segundo de los obstáculos a la admisión del recurso que indicamos en nuestra providencia.

SEGUNDO.— Como decimos, el segundo de los motivos que señalamos como posible causa de inadmisión es la introducción de cuestiones nuevas no alegadas convenientemente en la instancia, lo que ya fue denunciado en la sentencia de apelación.

Sostienen las recurrentes que sí fundó su demanda en la comunidad legal continuada, regulada al tiempo del fallecimiento de la madre por el art. 60 y ss de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, al efecto afirma en sus alegatos que hizo mención, como efectivamente puede leerse en la demanda, a la comunidad postconsorcial.

Pues bien, esta última comunidad, de creación jurisprudencial que se produce entre los herederos y el cónyuge superviviente al fallecimiento del otro, a la que hacían mención las recurrentes no es la comunidad conyugal continuada prevista en la ley civil aragonesa, y se rige por otras reglas, por lo que su cita inicial, basada exclusivamente en la jurisprudencia del TS, no priva de la condición de nueva a la alegación que se discute.

Por lo demás, aun cuando fuera pertinente su invocación, ni ha sido objeto del proceso si concurren los necesarios presupuestos para que la comunidad conyugal continuada pudiera constituirse, lo que priva de toda operatividad al principio *iura novit curia*, ni, lo que es más importante, aun cuando se hubiera constituido, la consecuencia no sería la que pretenden las recurrentes, que no es otra que de incluir en el haber hereditario de la madre los rendimientos producidos por la administración de lotería tras su fallecimiento, razones estas por las que entendimos también que

el recurso se hallaba manifiestamente falto de fundamento.”

*** Auto del Tribunal Superior de Justicia de 21 de abril de 2017. Inadmisión de recurso de casación e infracción procesal. Valoración de la prueba. Decisión discrecional

“PRIMERO.— Los factores a valorar al tiempo de establecer el régimen de visitas de los hijos menores de edad en los casos de ruptura de la convivencia de los progenitores son expuestos en doctrina tanto del Tribunal Supremo como de esta Sala, tal y como indica la parte recurrente en su escrito de alegaciones. Ahora bien, la presencia o no de tales factores y la específica delimitación de cada uno de los que puedan estar presentes en el caso concreto es cuestión conectada inmediatamente con la concreción de los hechos que se plantean en la litis y que se consideran finalmente probados en la sentencia de instancia.

En el caso presente, como indicó la providencia dictada el día 10 de marzo de 2017, el fundamento del recurso de casación presentado no es, realmente, si se observaron los factores legal o jurisprudencialmente establecidos como valorables, sino la concreción del alcance de cada factor y la interrelación entre ellos que resulta de la prueba practicada y de la valoración que de ella ha hecho, en el ámbito de discrecionalidad que le es propio, la sentencia impugnada. Porque, según resulta de lo razonado en la resolución judicial recurrida y, por su referencia, en la dictada por el Juzgado de Primera Instancia, han sido considerados parámetros tales como el informe psicosocial, la edad de la niña, el lugar de residencia familiar, el cambio de lugar de residencia de padre y madre, la distancia entre los domicilios de uno y otro, los lugares de trabajo de ambos, las limitaciones que puedan derivarse del tipo de trabajo desarrollado por los progenitores, el medio de desplazamiento a utilizar o, en fin, el hecho de que el padre tiene una hija menor nacida de otra relación.

No cabe, por tanto, aceptar la alegación de la parte recurrente sobre la inobservancia en la sentencia recurrida de los factores concurrentes en el caso de que se trata, pues sí fueron valorados, sin que quepa en vía de recurso de casación proceder a reconsiderar el alcance probatorio y la decisión discrecional directamente vinculada a él tomada por el tribunal de instancia, conforme al objeto que para este recurso extraordinario fija el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

SEGUNDO.— Por lo que se refiere al segundo motivo de recurso de casación, según expone el recurrente en su escrito de alegaciones, la desproporcionalidad e irracionalidad que invoca respecto del importe de la pensión que fue señalada por alimentos de la hija menor se fundamenta en la que considera inmotivada variación respecto de la que en su momento fue establecida en el auto de medidas provisionales, ya que las circunstancias presentes cuando se dictó el auto no han cambiado. Este argumento reconduce así, realmente, no ha determinar si existe irracionalidad o desproporcionalidad en la fijación del importe de la pensión, sino a la comparación de los datos de hecho presentes cuando aquel auto se dictó y los concurrentes cuando tiene lugar el pronunciamiento de la sentencia recurrida. Cuestión, en definitiva, de mera valoración

probatoria, excluida de poder ser reestudiada en el recurso de casación, en aplicación del citado artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

TERCERO.— El tercer motivo de recurso de casación combate el importe fijado como pensión de alimentos con base en que el padre pagaba más cantidad en el momento en que se produjo la ruptura de la convivencia, lo que, en entender de la parte recurrente, supone un acto propio que le vincula.

La decisión judicial recurrida se adopta en el seno de un procedimiento judicial y por aplicación de las previsiones legales para los casos de ruptura de la convivencia familiar, mientras que la decisión de pago que antes del proceso judicial pudiera adoptar el particular deriva de su decisión subjetiva y personal y cuando no sabe si llegara a abrirse procedimiento judicial ni, por tanto, en qué términos se planteará el debate. Por ello, como indicó la providencia recurrida, ni por el momento temporal en que producen, ni por la causa de la decisión coinciden las razones por las que se fija el importe de la pensión, pues son de naturaleza distinta la decisión preprocesal tomada por el padre y el acuerdo jurisdiccional tomado en la resolución que pone fin a un procedimiento judicial. Por ello carece absolutamente de fundamento la razón base de este motivo de recurso, lo que conlleva su inadmisión por aplicación de lo previsto en el artículo 483 punto 2, apartado 4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.”

*** Auto del Tribunal Superior de Justicia de 1 de Junio de 2017. Inadmisión de recurso de casación. Carácter extraordinario. Función nomofiláctica. Alteración de la base fáctica de la sentencia

“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. 1.º, párrafo 2.º, de la mentada Ley procesal, ya que corresponde “a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia conocer de los recursos de casación que procedan contra las resoluciones de los Tribunales Civiles con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde, exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas de Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad”, y a estos efectos competenciales puede entenderse que el recurso de casación interpuesto se refiere a la vulneración de derecho civil aragonés, sin perjuicio de lo que más adelante se dirá acerca de su admisibilidad.

SEGUNDO.— El recurso de casación tiene naturaleza de recurso extraordinario, tendente a revisar si la sentencia dictada en segunda instancia por una Audiencia Provincial ha infringido el ordenamiento jurídico aplicable al caso. Como expresa el Auto del TS de 6 de noviembre de 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”.

TERCERO.— En definitiva, lo propio de este recurso extraordinario es la función nomofiláctica o de protección del derecho. En el apartado IV punto 3.1 del Acuerdo de la Sala Primera del TS sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal. Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017, precisamente se indica como uno de los ejemplos de manifiesta falta de fundamento la alteración de la base fáctica de la sentencia. Pues bien, tal es lo que ocurre en el caso que nos ocupa.

CUARTO.— En el recurso se alega infracción de los artículos 226.1 y 265.1, 5.º del CDA pero, como se dijo en la providencia del pasado 27 de abril, no se justifica su infracción, pues en realidad, y como acabamos de adelantar, lo que la parte combate es la valoración de la prueba realizada en la instancia.

La lectura de lo expresado en el escrito de alegaciones a dicha providencia no puede sino confirmar lo que en aquella se indicó, pues ahí se dice sin ambages que de lo que se trata es de discutir “la cuantificación del crédito que al aquí recurrente casacional corresponde y que la resolución recurrida, sin ningún fundamento coherente (...) fija en la cantidad de 1.000 €”. Y más adelante se insiste en ello: “(...) persiguiéndose a través del presente recurso de casación la corrección del importe del crédito de mi representado Sr. P frente a la sociedad de gananciales, por el mencionado concepto, hasta la cifra de 97.505,10 € o a la que en derecho y con arreglo a la ley y lo acreditado en autos le corresponda (...)”.

QUINTO.— En cuanto al motivo de infracción procesal, en primer lugar, debe indicarse que la falta de admisión del recurso de casación aboca a la inadmisión del recurso por infracción procesal en todo caso, puesto que para la admisión de este último es requisito indispensable la interposición y admisión del primero, conforme dispone la disposición final decimosexta 1.5.º LEC, que no admite el recurso por infracción procesal en solitario.

En cualquier caso, como se señaló en la providencia señalando las posibles causas de inadmisión, si bien afirma la parte vulneración del artículo 217 2 y 3 LEC sobre la carga de la prueba, se limita a combatir la valoración probatoria realizada en la sentencia. Como hemos señalado en ocasiones anteriores, siguiendo el criterio del TS, manifestado en su sentencia de 2 de diciembre de 2014:

“En cuanto a la carga de la prueba resulta conveniente tener en cuenta que la Sentencia de esta Sala, de fecha 26 de septiembre de 2008, recogiendo la doctrina establecida en la Sentencia de 12 de junio de 2007, resume la jurisprudencia sobre la carga de la prueba en los siguientes términos: 1.— Para que se produzca la infracción del art. 1214 (actual artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) es preciso que

concurran los requisitos consistentes en: a) Existencia de un hecho —afirmación fáctica positiva o negativa— precisado de prueba y controvertido. No la precisan los hechos notorios y no resultan controvertidos los admitidos en los escritos de alegaciones; b) Que el hecho sea necesario para resolver una cuestión litigiosa; c) Se trate de un hecho que se declare no probado, bien por falta total prueba, bien por no considerarse suficiente la practicada, sin que exista ninguna norma que establezca la tasa o dosis de prueba necesaria (coeficiente de elasticidad de la prueba). Probado un hecho resulta indiferente la parte que haya aportado la prueba en virtud del principio de adquisición procesal; y d) Que se atribuyan las consecuencias desfavorables de falta de prueba a una parte a quien no incumbía la prueba. Y es, entonces, cuando entra en juego la doctrina de la carga de la prueba material. 2.— No cabe aducir infracción de la carga de la prueba para denunciar una falta de prueba, o dosis insuficiente, cuando el juzgador declara probado un hecho. Puede haber error patente o arbitrariedad —incoherencia— pero ello afecta, a la motivación y no a la carga de la prueba. 3.— El artículo 1214 del Código Civil (actual 217 de la LEY 2000) no contiene ninguna regla de prueba, por lo que no cabe basar en el mismo una alegación de error en la valoración probatoria. En tal sentido se manifiesta reiteradamente la doctrina jurisprudencial de esta Sala, dentro de la cual caben citar las sentencias de 26 y 31 de mayo, 1 y 8 de junio de 2006, 21 de julio de 2006 y 2 de marzo de 2007”.

*** Auto del Tribunal Superior de Justicia de 2 de Junio de 2017. Inadmisión de recurso de casación. Introducción de hechos nuevos y subsiguiente valoración de la prueba. Oposición del Ministerio Fiscal

“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. 1.º, párrafo 2.º, 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 80.2 del Código de Derecho Foral de Aragón.

SEGUNDO.— El recurrente, en su escrito de alegaciones a la providencia, justifica el recurso en la vulneración por la sentencia recurrida de los factores previstos en el art. 80.2 CDFA para que el juez valore si, pese al carácter preferente atribuido por la norma al régimen de custodia compartida, en el caso concreto la individual resulta más conveniente al interés del menor.

Sin embargo, tal como se indicó en la providencia que pone de manifiesto los defectos apreciados en el recurso, la infracción del art. 80.2 CDFA que se alega no resulta justificada, puesto que lo que el recurso persigue es que el tribunal de casación valore nuevamente la prueba practicada, lo que le está vedado.

Así, al analizarse en el recurso los dos factores del art. 80.2 CDFA que sustentan la decisión de la Audiencia Provincial: las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres y la conflictividad existente entre las partes, el recurso no parte de los hechos declarados probados, sino que pretende introducir hechos nuevos y valorar nuevamente los medios de prueba.

a) En el caso de la conciliación de la vida familiar y laboral de ambos progenitores, el recurso se sustenta en la afirmación de que no ha quedado acreditado que la madre tenga una mayor disponibilidad horaria que el padre, introduciendo hechos distintos a los recogidos en la sentencia recurrida, como los relativos a los días que los hijos duermen con los abuelos maternos o los días de descanso laboral del padre.

b) Por lo que se refiere a la conflictividad entre los cónyuges, valora nuevamente los medios probatorios (informes periciales y del punto de encuentro) pretendiendo una valoración probatoria diferente de la recogida en la sentencia.

Tal medio de proceder no es posible en el recurso de casación y más si no se ha interpuesto recurso por infracción procesal.

TERCERO.— El Ministerio Fiscal, favorable a la admisión del recurso, centra su escrito de alegaciones, fundamentalmente, en razonamientos sobre el fondo del asunto.

No obstante, y por lo que se refiere a esta fase de admisión, indica que la suficiencia o insuficiencia de la justificación del régimen de custodia es cuestión revisable en el recurso de casación. Con cita de sentencias de esta Sala, pone de manifiesto que “la corrección que en la valoración de la prueba haya hecho la sentencia recurrida no es óbice ni condiciona la competencia de esta Sala de Casación para determinar si la realidad fáctica considerada ha sido correctamente subsumida en la norma de aplicación”.

Sin embargo, como ya se ha indicado, en el presente recurso el recurrente no pretende una ponderación de los juicios de valor realizados por la sentencia recurrida partiendo de los hechos probados de ésta, sino que propone una nueva valoración probatoria por no considerar correcta la realizada en la sentencia, lo que está vedado al recurso de casación, que no puede convertirse en una tercera instancia.

Por todo lo expuesto procede inadmitir el recurso por no cumplir los requisitos exigidos y por manifiesta falta de fundamento, con arreglo al art. 483.2. 2.º y 4.º LEC, en relación con el art. 477.1 LEC.”

*** Auto del Tribunal Superior de Justicia de 29 de Junio de 2017. Inadmisión de recurso de casación. Separación de cuestiones de hecho y de derecho. Claridad expositiva. Norma concreta aplicable. Exclusión del juicio de proporcionalidad en la determinación de la cuantía de las pensiones en procesos de familia

“PRIMERO.— De acuerdo con una constante doctrina jurisprudencial, los recursos extraordinarios por

infracción procesal y de casación se hallan sometidos a ciertas exigencias formales que se traducen 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). Tales requisitos se hallan convenientemente y detalladamente explicados en el acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala Primera del TS de fecha 27 de enero de 2017.

El incumplimiento de dichas exigencias supone el de los requisitos que ha de observar el escrito de interposición que el art. 483.2 LEC establece como una de las causas de inadmisibilidad (ATS de 23 de abril de 2013 Recurso: 161/2012).

Por lo demás, tampoco admite el recurso de casación el desconocimiento de los hechos que han sido declarados en la instancia sin haberlos impugnado por vía adecuada de la infracción procesal, como se dice en los AATS de 4 de febrero de 2014, Rec 3255/2012, o 8 de octubre de 2013, Rec 22/2013, el último de los cuales razona:

<<El motivo segundo incurre en la causa de inadmisión de falta de respeto a la valoración de la prueba efectuada en la sentencia recurrida, al fundarse explícitamente en hechos distintos a los declarados probados, y falta de respecto a su ratio decidendi (art. 483.2.2.º LEC, en relación con el art. 477.1 LEC)>>

SEGUNDO.— La providencia de fecha 1 de junio de 2017 señalaba en sus dos primeros apartados como posibles razones por las que el recurso de casación la inobservancia de la necesaria separación de cuestiones de hecho y de derecho, y la falta de claridad expositiva que es de apreciar en el recurso de casación interpuesto, en el que ni tan siquiera se señala en su encabezamiento como infringida una concreta norma aplicable para resolver la cuestión objeto del proceso en el encabezamiento de los motivos, sino que es mencionada en el desarrollo del primero, en el que se dicen infringidas conjuntamente normas materiales (art. 79.5 y 82.2 del CDFA) y normas procesales (art. 217 LEC)

Pese a ello, la recurrente en sus alegaciones insiste en estas deficiencias puestas de manifiesto, al reiterar en un mismo alegato infracción de normas procesales y materiales, así como cuestiones de hecho y de derecho.

En consecuencia, las dos primeras causas de inadmisión puestas de manifiesto persisten.

TERCERO.— En el tercero de los apartados se hacía ver la doctrina jurisprudencial que excluye del control casacional el juicio de proporcionalidad en la determinación de la cuantía de las pensiones que han de ser señaladas en los procedimientos matrimoniales.

Sobre tal aspecto nada dice la recurrente en sus alegatos, a diferencia del Ministerio Fiscal, que recoge la doctrina jurisprudencial a que se hacía referencia en la providencia de traslado para alegaciones.

La doctrina de esta Sala, en la misma línea que la del TS que es recogida entre otras en la STS 4/2014, es contraria a la revisión casacional del juicio de pro-

porcionalidad que impone el art. 82.2 CDFA, y así lo expresado en resoluciones tales como las dictadas e los RRC 31/2015, 63/2015 o 45/2016, en la última de las cuales, n.º 3/2017, dijimos:

<<En todo caso, esta Sala ha tenido ocasión de decir en diversas sentencias, por todas las de 16 de octubre de 2012 (r.c. 24/2012), que “el juicio de proporcionalidad para fijar la contribución que corresponde a cada progenitor para atender las necesidades de los hijos que requiere la aplicación de los arts. 82.1 y 2 CDFA no es susceptible de revisión casacional salvo vulneración clara del mismo o razonamiento ilógico y racional”. >>

En consecuencia, procede la inadmisión del recurso.”

*** Auto del Tribunal Superior de Justicia de 29 de Junio de 2017. Inadmisión de recurso de casación e infracción procesal. Interdicción en orden a la valoración de la prueba. Concreción de norma pretendidamente vulnerada

“PRIMERO: Como se indicó en la providencia dictada por esta Sala el día 2 de junio de 2017, la parte recurrente no especificó qué concreta doctrina de esta Sala consideraba que no existe en materia de custodia compartida. En el escrito de alegaciones que presentó tampoco expresa cuál sea tal doctrina, pues recoge generalidades sobre la custodia compartida y tiempo de convivencia del hijo menor con uno u otro progenitor.

SEGUNDO: Como se indicó en la misma providencia ya citada, de 2 de junio de 2017, el motivo primero del recurso de casación pivotaba sobre desconformidad de la parte con la valoración de la prueba efectuada en la sentencia recurrida y pretendía nueva apreciación sobre el alcance y relevancia que debe darse a los datos de hecho presentes. En las alegaciones que luego la parte hace al respecto no formula expresamente ningún razonamiento de relación directa a esta cuestión probatoria, pues recoge únicamente una serie de consideraciones sobre los artículos 14, 16 y 39 de la Constitución que no aclaran la referencia a la prueba puesta de manifiesto como posible motivo de inadmisión en la providencia antes ya citada.

TERCERO: Como se deduce de lo expuesto, las alegaciones formuladas por el recurrente no conducen a re-formar las razones de inadmisión que fueron recogidas en la providencia de 2 de junio de 2017. Especialmente cabe hacer referencia a la interdicción de que esta Sala pueda entrar a valorar la prueba, pues, como resulta del artículo 477 de la ley de Enjuiciamiento Civil, no corresponde que en el recurso de casación sean tratadas las cuestiones de hecho presentes en el procedimiento. Como indica al respecto línea jurisprudencial permanente, como el auto del Tribunal Supremo de 27 de Mayo de 2015, que recogió: “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 respeto a los hechos declarados probados, expresa o implícitamente, y que sirven de fundamento fáctico para tal decisión.”

*** Auto del Tribunal Superior de Justicia de 29 de Junio de 2017. Inadmisión de recurso de casación. Carencia de fundamento. Falta de técnica casacional “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. 1.º, párrafo 2.º, 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 el recurso de casación interpuesto se refiere a la vulneración de derecho civil aragonés, por cuanto se funda en la infracción de los arts. 3 y 195.1 del Código de Derecho Foral Aragonés (CDFA).

SEGUNDO.— La Sala, en providencia de fecha 31 de mayo pasado, expresó que el recurso de casación interpuesto podía incurrir en causa de inadmisibilidad, por cuanto no indicaba la vía casacional, el motivo por infracción procesal se fundaba en la infracción de una norma procesal no comprendida en el art. 469 de la LEC, y el motivo de casación podía incurrir en causa de inadmisibilidad por manifiesta falta de fundamento, conforme al art. 483.2.4.º de la LEC.

En el trámite de alegaciones la parte recurrente ha explicado las razones por las que, a su criterio, procede la admisión del recurso en sus dos motivos, sin que la recurrida haya formulado alegación alguna.

TERCERO.— Pese a las alegaciones efectuadas en defensa de su recurso, la parte recurrente no ha indicado la vía casacional a que se acoge, ni justifica la existencia de interés casacional, al que en sus alegaciones se refiere a la infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la sentencia de la Audiencia.

Respecto al motivo de recurso de casación, se funda en la infracción del principio recogido en el art. 3 del CDFA, en relación con el art. 195 del mismo cuerpo legal. Es de observar que la sentencia impugnada confirmó la de primera instancia —que citaba en su fundamentación los preceptos mencionados— por entender que no existen razones para moderar el importe de la pensión pactada en capitulaciones matrimoniales, y para ello expresa en su fundamentación: que cuando se pactó la pensión el actor tenía 64 años, por lo que la disminución de ingresos consiguiente a su jubilación, que inició sus efectos en abril de 2008, era en ese momento perfectamente previsible; que la prueba no acredita que se encuentre en situación económica tan precaria que le impida atender la pensión en su día asumida; y que ese tribunal carece de datos que acrediten fehacientemente la especial onerosidad

en la prestación que es presupuesto de la moderación solicitada.

El motivo de recurso de casación cuestiona estas apreciaciones fácticas, afirmando que está acreditada su mala situación económica, ajena a su voluntad, y que no la podía prevenir ni imaginar. De este modo el motivo carece de fundamento, pues la sentencia no vulnera los preceptos denunciados sino que hace mantener la exigibilidad de lo pactado. El Acuerdo no jurisdiccional del Pleno del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2017 sostiene que son causas de inadmisión del recurso de casación: IV. 3.1. La carencia manifiesta de fundamento (art. 483.2.4.º LEC). A modo de ejemplo se considerarán supuestos de carencia manifiesta de fundamento los siguientes:

a) La alteración de la base fáctica de la sentencia.

La inadmisibilidad del recurso de casación hace inadmisibles el motivo por infracción procesal, conforme a lo dispuesto en la Disposición Final 16.ª, apartado 1, regla 5.ª, de la LEC.

CUARTO.— El recurso incurre así en la causa de inadmisión prevista en el art. 483.2.4.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 29 de Junio de 2017. Inadmisión de recurso de casación. Cómputo de cinco años de vigencia de la norma aplicable. Valoración de prueba. No interposición de recurso por infracción procesal

“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 (artículos 80.2, 82 y 83 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 los artículos 1, 2.1 y 2.2 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, la resolución será susceptible de recurso de casación cuando la cuantía exceda de 3.000 euros o sea imposible de calcular (2.1) o, en los demás casos, cuando la resolución del asunto presente interés casacional, debiendo fundarse en infracción de normas del Derecho civil aragonés.

SEGUNDO.— En la providencia de 1 de junio se ponía de manifiesto, en primer lugar, en cuanto a la vía de acceso al recurso de casación, que la alegada por el recurrente al amparo del artículo 3.3 de la Ley

4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, de no llevar más de cinco años en vigor las normas aplicadas por la sentencia, podía resultar equivocada porque los preceptos en cuestión se correspondían, con idéntica redacción, a los de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, en vigor desde el 8 de septiembre de 2010.

Alega la parte recurrente que esta ley fue derogada por el Decreto Legislativo 1/2011, que aprobó el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, lo cual es cierto en cuanto que se produjo la derogación formal de todas las leyes refundidas, pues no cabría mantener la vigencia de textos legales con igual redacción, en algunos casos aclarados y completados mediante la técnica de la refundición. Pero las normas que mantienen su redacción estuvieron vigentes desde la publicación y vigencia de las leyes que las aprobaron, aplicadas desde entonces y sin solución de continuidad tras la entrada en vigor del texto refundido. Así, el artículo 80.2 del CDFA se corresponde literalmente con el artículo 6.2 de la Ley 2/2010; el artículo 82 con el artículo 8; y el artículo 83 con el artículo 9.

En todo caso, presentada la demanda en Registro General el 28 de abril de 2016, habían transcurrido más de cinco años desde la entrada en vigor (23 de abril de 2011) del Decreto Legislativo 1/2011 que aprobó el Texto Refundido con el título de Código del Derecho Foral de Aragón.

El epígrafe III, apartado 3.3.E) del Acuerdo de la Sala Primera del Tribunal Supremo en Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017, sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, indica que el cómputo de cinco años de vigencia de la norma aplicable debe efectuarse tomando en cuenta como dies a quo la fecha de su entrada en vigor y como dies ad quem la fecha en que la norma fue invocada por primera vez en el procedimiento. En este caso las normas de referencia no aparecen citadas en la demanda presentada por la representación de D.ª María G. C. L., y el artículo 80 CDFA aparece citado en el escrito de contestación a la demanda presentado el 9 de junio de 2016.

En consecuencia, el recurso es inadmisibile por aplicación de lo dispuesto en el artículo 482.2.3.º LEC.

TERCERO.— Respecto al primer motivo del recurso de casación: Indicábamos en la providencia de 1 de junio que en el motivo se denunciaba una incorrecta valoración de la prueba, mediante en cauce procesal inadecuado, y que le había sido denegada injustificadamente alguna prueba, lo que sería motivo de recurso extraordinario por infracción procesal, mezclándose infracciones procesales y sustantivas. En su escrito de alegaciones afirma que lo que quiso es invocar la infracción por inaplicación del sistema de custodia compartida para lo que era necesario criticar el juicio de razonabilidad de la sentencia para lo que era necesario en las pruebas practicadas en el proceso por no ser suficientes las existentes en autos (exploración judicial de la hija). La parte recurrente viene a confirmar así lo que se puso de manifiesto en la providencia y lo aprecia de la misma forma el representante del Ministerio Fiscal por incidir el recurso en una cuestión de valoración de la prueba, que solo puede excepcionalmente tener acceso al recurso extraordinario por infracción

procesal a través del artículo 469.1.4.º LEC, por vulneración del artículo 24.1 CE.

El motivo es inadmisibile conforme al artículo 483.2.2.º en relación con el artículo 477.1 LEC.

CUARTO.— En el motivo segundo del recurso se alegaba infracción del artículo 218.2 LEC y del artículo 24 CE por la denegación sistemática de pruebas, pero se puso de manifiesto en la providencia de 1 de junio que no se hacía por el cauce procesal adecuado (artículo 469.1.2.º LEC), y que no se habían interpuesto los recursos pertinentes contra la denegación ni se denunció la vulneración de derecho fundamental (artículo 469.2 LEC).

En su escrito de alegaciones argumenta la parte recurrente que recurrir las resoluciones denegatorias ante el mismo órgano que debía resolver la cuestión es perder el tiempo.

Resulta evidente que el recurso de casación no es cauce procesal adecuado para la infracción que se denunciaba, como igualmente aprecia el Ministerio Fiscal, y el motivo es inadmisibile (artículo 483.2.2.º LEC).

QUINTO.— En relación con los motivos tercero y cuarto, por infracción de lo dispuesto en los artículos 82 y 83 del CDFA, se ponía de manifiesto en la providencia de 1 de junio que en ellos se exponía mera disconformidad con la valoración de la prueba sobre cantidades señaladas como pensión de alimentos y como asignación compensatoria, lo que no cabe en el recurso de casación.

En sus alegaciones se refiere la parte recurrente a los criterios de proporcionalidad para el señalamiento de estas cantidades que, a su juicio, se incumplían en la sentencia recurrida que habría incurrido en valoración manifiestamente arbitraria e ilógica de la prueba.

Como reitera el Ministerio Fiscal, no se ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal ex artículo 469.1.4.º LEC, por lo que ambos motivos resultan inadmisibles conforme al artículo 483.2.2.º y 4.º LEC."

*** Auto del Tribunal Superior de Justicia de 29 de Junio de 2017. Inadmisión de recurso de casación. Falta de concreción de interés casacional. Nueva valoración de la prueba

"PRIMERO: Como se indicó en la providencia dictada por esta Sala el día 9 de junio de 2017, la parte recurrente no concretó qué clase de interés casacional era la vía para presentar su recurso. En el escrito de alegaciones que presentó indica que es el interés casacional definido por oposición a doctrina de esta Sala. No obstante lo cual, no indica qué sentencias de este Tribunal forman la doctrina que entiende infringida.

SEGUNDO: En relación con el segundo motivo de casación se indicó en la misma providencia ya citada, de 9 de junio de 2017, que pivotaba sobre disconformidad de la parte con la valoración de la prueba efectuada en la sentencia recurrida. En las alegaciones que luego la parte hace al respecto no formula expresamente ningún razonamiento de vinculación directa a este segundo motivo del recurso. Expone únicamente una serie de consideraciones sobre los artículos 69 y 82 del Código de Derecho Foral de Aragón y artículos 96 y 142 del Código Civil, que no aclaran la referen-

cia a la prueba puesta de manifiesto como posible motivo de inadmisión en la providencia antes ya citada.

TERCERO: En lo que se refiere al tercer motivo del recurso de casación, la parte ha renunciado a esta alegación.

CUARTO: Como se deduce de lo expuesto, las alegaciones formuladas por el recurrente no conducen a re-formar las razones de inadmisión que fueron recogidas en la providencia de 9 de junio de 2017. Especialmente cabe hacer referencia a la interdicción de que esta Sala pueda entrar a valorar la prueba, pues, como resulta del artículo 477 de la ley de Enjuiciamiento Civil, no corresponde que en el recurso de casación sean tratadas las cuestiones de hecho presentes en el procedimiento. Como indica al respecto línea jurisprudencial permanente, como el auto del Tribunal Supremo de 27 de Mayo de 2015, que recogió: "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 respeto a los hechos declarados probados, expresa o implícitamente, y que sirven de fundamento fáctico para tal decisión."

*** Auto del Tribunal Superior de Justicia de 12 de julio de 2017. Inadmisión de recurso de casación. Incumplimiento total de requisitos formales. Interés casacional no concretado. Confusión con motivos de infracción procesal

"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. 1.º, párrafo 2.º, 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 76.3 y 80.1.3.º del Código de Derecho Foral de Aragón.

SEGUNDO.— Respecto a los defectos de admisibilidad referidos en la providencia, es preciso ratificarlos en este auto.

a) En relación al recurso de casación existe un absoluta falta de indicación de la vía de acceso, ya que el recurrente se limita a indicar que la resolución impugnada presenta interés casacional "según desarrollaremos", sin que conste ninguna otra referencia. Es por ello, que esta Sala desconoce en cuál de los

tres supuestos de interés casacional, previstos en el art. 3 de la Ley 4/2005 sobre casación foral aragonesa, funda el recurrente su recurso. Además, no cumple los requisitos mínimos que exige la justificación del interés casacional.

Por lo expuesto, en el presente caso no hay margen de flexibilidad para admitir el recurso de casación, ante el absoluto incumplimiento de los requisitos formales indicados.

b) El denominado motivo segundo de casación, basado en la infracción del art. 218.2 LEC es, en realidad, un motivo de infracción procesal. Así lo reconoce el recurrente en su escrito de alegaciones a la providencia, en el que intenta subsanar el defecto alegando los preceptos de la LEC en los cuales lo encuadra. No obstante, la inadmisión del recurso de casación —denominado "primer motivo de casación"— excluye la posibilidad de admitir el motivo de infracción procesal como único motivo, en aplicación de la Disposición Final Decimosexta LEC.

Por lo expuesto, procede inadmitir el recurso de casación, al amparo del art. 483.2.2.º LEC, en relación con el artículo 477.3 LEC, y 473.2.1.º LEC, en relación con el art. 469.1 LEC y DF Decimosexta LEC por lo que respecta al motivo de infracción procesal."

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 2017:

— Actas de los Vigésimosexto Encuentros del Foro de Derecho aragonés (Zaragoza-Huesca, 2016), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2017, 326 pp.

— PARRA LUCÁN, María Ángeles: "La jurisdicción voluntaria y las leyes civiles autonómicas", en Derecho privado y Constitución, Núm. 30, 2016, págs. 128-175.

— VICENTE Y GUERRERO, Guillermo: "Fundamentación jurídica de los decretos de conquista de 1707. La reacción de los juristas aragoneses: Diego Franco de Villalba y su crisis legal", en Anuario de Historia del Derecho Español (AHDE), tomo LXXXVI, 2016, págs. 351 a 383.

— LÓPEZ AZCONA, Aurora: "La política legislativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de Derecho civil propio: de la Compilación de 1967 al Código del Derecho foral de Aragón de 2011 e iniciativas legislativas ulteriores", en Iura Vasconiae, Revista de Derecho Histórico y Autonómico de Vasconia, 13/2016, págs. 341-402.

— LACRUZ MANTECÓN, Miguel L.: La sucesión legal del Estado, Colección Jurídica General: Monografías, Ed. Reus, S.A., Madrid, 2017, 279 págs.

— MORÁN MARTÍN, Remedios: El testamento ante párroco en Aragón, Navarra y Cataluña. Evolución histórica de una forma testamentaria foral. Editorial Tirant lo Blanch, 2017, 248 págs.

— LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio: El derecho de abolorio en Aragón, N.º 58 de la Colección El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2016, 79 págs.

— DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: "El problema de la ignorancia del Derecho en Joaquín Costa: una visión refleja", en Anales de la Fundación Joaquín Costa N.º 29, 2016, págs. 41-45.

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)

En este epígrafe se da noticia de los libros y artículos sobre Derecho Público aragonés de los que hemos tenido conocimiento durante 2017.

1. INTERPRETACIÓN DOCTRINAL DEL DERECHO PÚBLICO ARAGONÉS

Damos noticia de los libros y artículos de los que hemos tenido conocimiento durante 2017:

— Derecho y políticas ambientales en Aragón. Salamero Teixidó, Laura. Revista Catalana de Dret Ambiental, 2017.

— Jurisprudencia ambiental en Aragón. Salamero Teixidó, Laura. Revista Catalana de Dret Ambiental, 2017.

— Crónica legislativa de Aragón. Segundo Semestre de 2016. García Fernández, Fernando. Revista de Lengua y Dret, 2017.

— El incremento del gasto social y la inversión pública en los presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2017. De Miguel Arias, S. Revista Aragonesa de Administración Pública núm. 49-50 (2017).

— Utilización y aprovechamiento de los bienes del Ayuntamiento de Zaragoza. Ezpeleta Pemán, Elena. Anuario Aragonés del Gobierno Local 8 (2019). Publicado en 2017.

ACTUACIONES CONDUCENTES A LA DIFUSIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARAGONÉS

Las actividades realizadas por la Institución a lo largo de 2017 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 el 2017, la beca del Justicia de Aragón se adjudicó a D.ª Antonia Rosa Caballero. El trabajo, actualmente en preparación, versará sobre la situación y regulación legal del empleo público en Aragón.

3.º.— Publicaciones sobre Derecho Aragonés

* Actas de los Vigésimosexto Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, en el que se recogen las ponencias de las sesiones celebradas durante los martes del mes de noviembre del año 2016, sobre los temas siguientes:

— Elogio del periodista cabal. Por D. Lorenzo Marfín-Retortillo Baquer.

— Régimen jurídico de las comunidades y sociedades privadas de montes. Por D. José Luis Argudo Périz, D. David Arbués Aísa y D. Miguel Temprado Aguado.

— El Derecho Foral aragonés ante el Alzheimer. Por el D. Armando Barreda Hernández, D. Daniel Bellido Diego-Madrado y D. Francisco Javier Hernáiz Corrales.

— La sucesión legal en favor de la Comunidad Autónoma de Aragón. Por D. Miguel Lacruz Mantecón y D. Vitelio Manuel Tena Piazuelo.

* Reedición de la publicación "Manual de Derecho civil aragonés (Conforme al Código del Derecho Foral de Aragón (4.º Edición)", dirigida por D. Jesús Delgado Echeverría y coordinada por D.ª María Ángeles Parra Lucán.

* "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.

* "Tomo XV de la Colección Acta Curiarum Regni Aragonum: Cortes del reinado de Fernando II de Aragón. Actas de las Cortes de Zaragoza de 1498. Actas de las Cortes de Zaragoza de 1502", cuyos directores son D. José Ángel Sesma Muñoz y D. Carlos Laliena Corbera.

4.º.— Foro de Derecho Aragonés

En el mes de octubre de 2017 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 «Vigesimoséptimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés», que tuvieron lugar en cuatro sesiones durante el mes de noviembre, con el siguiente programa de ponencias:

— Día 7 de noviembre de 2017 en Zaragoza: Cincuenta años de la Compilación: presente y futuro, por D. Jesús Delgado Echeverría, D. Fernando Agustín Bonaga y D. Fernando Baringo Giner.

— Día 14 de noviembre de 2017 en Zaragoza: Experiencia práctica y balance de la custodia compartida, por D.ª María José Moseñe Gracia, D.ª Cristina Chárlez Arán y D. José Antonio Laguardia Hernando.

— Día 21 de noviembre de 2017 en Zaragoza: La reforma de la jurisdicción voluntaria y el Derecho civil aragonés, por el D. Ángel Bonet Navarro, D. Adolfo Calatayud Sierra y D. Joaquín José Oria Almodí.

— Día 28 de noviembre de 2017 en Teruel: Concentración parcelaria: propuestas para una regulación aragonesa, por D. José Luis Castellano Prats y D. José Luis Calvo Miranda.

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 la participación de esta Institución en las "XV Jornadas de la Constitución: La Constitución en la actualidad". (Organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza y el Justicia de Aragón).

La jornada tuvo lugar el día 4 de diciembre de 2017.

Las Ponencias fueron las siguientes:

— "La Constitución española, cuarenta años después". Dr. D. Ángel Gómez Montoro. Catedrático de Derecho Constitución de la Universidad de Navarra.

— "A favor del "Régimen del 78". D. Josep Antoni Duran i Lleida. Ex Diputado del Congreso.



CORTES DE ARAGÓN - Palacio de la Aljafería - 50071 Zaragoza
www.cortesaragon.es
Edición electrónica: Cortes de Aragón - Servicio de Publicaciones
Depósito Legal: Z-334-1989 - ISSN: 1137-9219

