

B) RESOLUCIONES DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES DE ARAGÓN (2010)

HUESCA, 2010

62

NÚM. 62

S. APH de 25 de marzo de 2010

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: DERECHOS Y PRINCIPIOS: Principio de interés superior del menor: *Es preciso destacar que no son los intereses de los padres, sino el interés superior de la menor, el que siempre prevalece en esta materia, de manera que las medidas judiciales que se adopten deben atender a ese interés, estando facultados los jueces para actuar de oficio en la adopción de medidas necesarias para salvar los derechos de los menores habida cuenta del carácter público del bien tutelado.* **69: PAREJAS ESTABLES NO CASADAS: EXISTENCIA:** *Ambos litigantes constituyen una pareja estable no casada, aun cuando no estuviera inscrita en el registro correspondiente.* **RUPTURA DE LA CONVIVENCIA CON HIJOS A CARGO:** *Atribución del uso de la vivienda familiar: A falta de una norma específica que regule el uso de la vivienda familiar, en este caso vivienda habitual de la familia y de la pareja hasta el cese la convivencia y extinción de la pareja, son de aplicación las normas sobre el uso de la vivienda familiar en los casos de nulidad, separación o divorcio previstos en el Código civil. En este caso la vivienda era propiedad común de los litigantes y su uso quedó atribuido a la hija y*

al cónyuge (sic) en cuya compañía quedó de acuerdo con el art. 96 Cc.

DISPOSICIONES CITADAS: arts. 1 y 3 LPENC (art. 303 y 305 CDFIA).

PONENTE: *Ilmo. Sr. don Santiago Serena Puig.*

La Sec. 1ª de la APH (rollo 172/09) ha conocido del procedimiento de modificación de medias provenientes de los Autos núm. 629/08 seguidos ante el JPI núm. 2 de Huesca. Ambos litigantes, miembros de una pareja estable no casada, solicitan la modificación de medidas en orden a la atribución de la vivienda familiar y la determinación del derecho de visitas. Las peticiones se estiman en parte.

63

NÚM. 63

S. APH de 26 de marzo de 2010

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GASTOS DE ASISTENCIA A LOS HIJOS: Contribución proporcional: *La contribución del padre para satisfacer los alimentos ha de adaptarse a las circunstancias económicas y ne-*

cesidades de los hijos en cada momento, art. 93 Cc. La cuantía de los alimentos debe ser proporcionada no sólo al caudal del alimentante, sino también a las necesidades del alimentista, como indica el art. 146 Cc., y la cantidad con la que el cónyuge no custodio deba contribuir a esos gastos dependerá del caso concreto. Cuando se adoptaron de mutuo acuerdo las medidas la cantidad era adecuada (la menor tenía 1 año), pasado el tiempo se ha producido un cambio sustancial de circunstancias (art. 775 Lec.) lo que permite modificar la pensión alimenticia y estimar el recurso interpuesto por el padre fijando la pensión en 300 euros mensuales actualizables conforme al PIC.

DISPOSICIONES CITADAS: arts. 93 y 146 Cc.

PONENTE: *Ilmo. Sr. don Santiago Serena Puig.*

Se interpone por una de las partes recurso de apelación contra la sentencia de 19 de junio de 2009 del JPI núm. 1 de Monzón en los autos de divorcio, interesando el apelante, entre otras cosas, que se modifique la cuantía de la pensión de alimentos a la hija menor fijada en 450 euros/mes. La pretensión es estimada por la Audiencia.

NÚM. 64

S. APH de 14 de abril de 2010

73: SUCESIÓN PACCIONADA: INSTITUCIÓN DE PRESENTE: Aceptación: *No considera esta Audiencia que el designado heredero en el pacto sucesorio de presente incurriera en pasividad o en un retraso abusivo en relación con dicha herencia. En el mismo acto de nombramiento de heredero el designado aceptó la herencia y aunque no inscribiera su derecho ni, muerto el instituyente, tampoco inscribiera la plena consolidación del dominio sobre el inmueble controvertido, ya que la instituyente se reservó hasta su muerte el usufructo, no por ello hay falta de aceptación y máxime cuando la*

inscripción en el registro ni es constitutiva ni obligatoria. 76: SUCESIÓN LEGAL: DECLARACIÓN DE HEREDEROS: Nulidad: La sucesión legal sólo se abre en defecto de sucesión ordenada por testamento o pacto, por lo que no puede considerarse válida la declaración de herederos abintestato que tuvo lugar en el año 2005, ya que la herencia de la causante estaba deferida desde 1971, fecha en la que otorgó el pacto de presente. Por lo tanto, se estima el recurso de apelación y se procede a declarar nula la escritura de declaración de herederos, la escritura de manifestación y aceptación de herencia así como se declara también la nulidad y cancelación de las inscripciones realizadas sobre la finca en base a las anteriores escrituras.

DISPOSICIONES CITADAS: art. 127 Comp. (art. 516 CDFR).

PONENTE: *Ilmo. Sr. don Gonzalo Gutiérrez Celma.*

Ante el JPI núm. 3 de Huesca se interpone demanda interesando la nulidad de una declaración de herederos abintestato, por considerar los actores que la causante de la herencia falleció intestada, ya no hubo aceptación de la herencia por parte del heredero y tampoco inscribió su derecho en el Registro de la Propiedad. Se estima la demanda. Los demandados apelan la sentencia y su recurso es estimado por la APH revocando la referida sentencia.

NUM. 65

S. APH de 11 de mayo de 2010

6631: CONSORCIO CONYUGAL: ACTIVO: BIENES PRIVATIVOS: Accesión: *La casa edificada con dinero consorcial sobre un terreno propiedad de la familia del actor, finalmente heredado por éste tras la disolución de la sociedad conyugal, debe ser considerada privativa del marido, ya que al heredar éste a su tío se ha producido una suerte de confusión entre patrimonios de uno y otro de modo que el actor ya no puede decir*

que su sociedad conyugal edificó sobre terreno ajeno, pues el terreno ha terminado siendo heredado por el actor y, por lo tanto, la edificación es también privativa (art. 29.h Lrem.) sin perjuicio de la deuda que tiene el dueño del terreno frente a la sociedad conyugal por el dinero empleado en la edificación de la casa.

DISPOSICIONES CITADAS: arts. 29.h; 44 Lrem. (arts. 210.h, 226 CDFa)

PONENTE: Ilmo. Sr. don Gonzalo Gutiérrez Celma.

Ante el JPI núm. 1 de Jaca se interpone demanda por uno de los cónyuges frente al otro reclamado como privativa la propiedad de una casa. La parte demandada reconviene y solicita la declaración de consorciales tanto de una construcción hecha con dinero consorcial como el suelo que, siendo primero de un tercero, terminó por ser privativo del marido por herencia. El juzgado, en sentencia de 30 de noviembre de 2009, desestima la demanda y estima la reconvencción. El actor apela la sentencia, siendo estimado su recurso y revocándose la sentencia de instancia.

cónyuge, siempre que las segundas nupcias fueran convenientes para la casa. No consta que la costumbre del lugar le dé a esta institución otro alcance. 73: SUCESIÓN PACCIONADA: INSTITUCIÓN DE PRESENTE: Aun cuando los instituyentes indican en la capitulación que instituyen heredera a su hija «para después de su muerte», la intención de los instituyentes no parece que fuera la de pactar la institución «para después de sus días», sino de presente, con la consiguiente adquisición de los bienes por parte de la instituida, puesto que los instituyentes se reservaron el usufructo de los bienes de la casa, aparte del señorío mayor en sentido tradicional [más estricto que el del art. 73 Lsuc. (art.388 CDFa)] equivalente a autoridad, dirección o jefatura de la casa; la heredera inscribió a su favor el dominio de varias fincas incluidas en la escritura de capítulos. 74: FIDUCIA SUCESORIA: FIDUCIA COLECTIVA: Composición: La cónyuge supérstite del bínubo premuerto estaba facultada para nombrar heredero en los bienes privativos de sus esposo y en los consorciales de su segundo matrimonio, pero no en los bienes privativos de la primera esposa del bínubo ni en los consorciales del primer matrimonio, pues para éste los capítulos que lo regían otorgaba la fiducia al cónyuge supérstite o a un pariente por cada lado en unión, caso de discordia, del párroco. Por lo tanto, el ejercicio de la fiducia por parte la cónyuge supérstite del bínubo premuerto, y hermana de la primera mujer de éste, nombrando heredero universal a Pelayo, es nula de pleno derecho en lo que atañe a los bienes privativos de la finada y los consorciales del primer matrimonio. No obstante, el heredero adquirió los bienes hereditarios por usucapión extraordinaria, al poseer por sí sólo en concepto de dueño todos los bienes de la herencia de sus padres.

DISPOSICIONES CITADAS: art. 29 Apénd./25; arts. 105 y 110 Comp./67; arts. 19 Lrem. (201 CDFa); art. 73 Lsuc. (art. 388 CDFa); arts. 1.933, 1.940, 1.941, 1.952, 1.957, 1.959.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Antonio Angós Ullate.

NÚM. 66

S. APH de 6 de julio de 2010

662: RÉGIMEN MATRIMONIAL PACCIONADO: INSTITUCIONES FAMILIARES CONSUETUDINARIAS: Casamiento en casa: *El casamiento en casa no justifica, ni conlleva, la transmisión de la fiducia acordada para el primer matrimonio. El casamiento en casa, al que alude el art. 19 Lrem. (201 CDFa) es una institución familiar consuetudinaria en la que se está a lo pactado y se interpreta con arreglo a la costumbre y usos locales. Como indica la doctrina, es una modalidad consuetudinaria de la viudedad foral por la que los instituyentes (o la Junta de Parientes) autorizan, en capitulaciones matrimoniales, a volverse a casar al contrayente que queda viudo, con prórroga del usufructo viudal y su comunicación al nuevo*

Ante el JPI núm. 2 de Huesca, se interpone acción declarativa suplicando que se declare que, en cuanto herederos de su padre don Pelayo, son ellos los propietarios de todos los bienes que pertenecieron previamente a los padres de este último, Luis y Natalia (sus abuelos), así como también de los bienes de Sandra, hermana de la anterior, Natalia, y segunda cónyuge de Luis. La causa se funda en la institución de heredero a favor de Pelayo y, subsidiariamente, en la usucapión ordinaria o extraordinaria del dominio. El juzgado, en sentencia de 15 de septiembre de 2009, desestima la demanda; los actores apelan el fallo. La APH estima el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Los actores interesan en su recurso la estimación íntegra de la demanda, en la que ejercitan una acción declarativa con trascendencia real, en los términos que constan literalmente en la súplica de la demanda: «se declare que mis principales, en cuanto herederos de Pelayo, son propietarios de todos los bienes que pertenecieron previamente a los padres de este último, llamados Luis Miguel y Natalia, así como de los bienes de Sandra, condenando a los demandados a estar y pasar por dicha declaración». La causa de pedir se funda en la institución de heredero a favor Pelayo y, subsidiariamente, en la usucapión ordinaria o extraordinaria del dominio.

SEGUNDO: Los datos principales que condicionan la presente controversia, algunos ya referidos en la sentencia apelada en su apartado «hechos», son los siguientes:

1. Mediante escritura pública de fecha 15 de octubre de 1909 autorizada por el Notario de Huesca Félix Marquínez al número 423 de su protocolo, se otorgaron capitulaciones matrimoniales para el matrimonio concertado entre Luis Miguel y Natalia que en breve intentan celebrar. Entre sus estipulaciones, podemos destacar las siguientes:

A) Segundo. El contrayente Luis Miguel llevará al matrimonio proyectado su persona y bienes en general y de un modo más especial aportará dos mil pesetas en

metálico que, en pago de sus legítimas paterna y materna, le asignan o señalan sus padres, Bernardino y Fermina [segundo apellido de difícil legibilidad], en unión de su hermano, el heredero de la casa, junto con su esposa.

B) Tercero. Del mismo modo y a igual objeto, la contrayente Natalia llevará al matrimonio proyectado con Luis Miguel también su persona y bienes en general y de un modo más especial aportará todos los bienes muebles e inmuebles, acciones, pensiones créditos y derechos que queden como de su pertenencia a la muerte de sus señores padres, Federico y Noemi, los cuales, de un modo irrevocable pero para después de la muerte de ambos, y con las reservas, limitaciones y obligaciones que [en] adelante se harán constar, instituyen y nombran por universal heredera a su referida hija Natalia. Los bienes inmuebles que constituyen o forman las herencias de los instituyentes son las fincas rústicas y urbanas que a continuación se describen [sigue una relación de 21 fincas].

C) El nombramiento de heredero que precede, como ya se ha expresado (sigue diciendo la escritura en su pacto tercero), se hará de un modo irrevocable, pero para después de la muerte de ambos [instituyentes], reservándose entre tanto para los dos y por muerte de uno para el sobreviviente, en todos los bienes de ambas herencias y de un modo más especial en los inmuebles descritos, el señorío mayor, administración y usufructo.

D) Quinto. Por muerte de cualquiera de los contrayentes con sucesión y sin testar o de algún modo de disponer, el sobreviviente queda desde ahora facultado para hacer el reparto y distribución de bienes entre todos sus hijos, dando a unos más y a otros menos, según sus méritos y condiciones, y para nombrar heredero a quien considere más apto e idóneo o útil y conveniente, dotando en tal caso a los demás al haber y poder de la casa, y si también el sobreviviente falleciere sin verificar todo o parte de lo expresado, lo ejecutarán, con iguales facultades, un pariente, el más cer-

cano de cada contrayente residente en la provincia de Huesca en unión, caso de discordia, del Sr. Cura-Párroco Ecónomo o Regente de Tabernas.

E) Séptimo. Federico y Noemi, por muerte de su hija la heredera Natalia, se reservan el derecho y facultad ambos juntos, y por muerte de uno el sobreviviente, de conceder o no casamiento al contrayente Luis Miguel en la casa y sobre los bienes de la repetida contrayente Natalia, pero ésta no podrá hacerlo mientras vivan sus padres caso de fallecer y disponer de sus bienes, pero sí en el de haber muerto ya sus referidos padres.

2. Natalia falleció en Tabernas del Isuela el 9 de noviembre de 1918, en estado de casada con Luis Miguel, de cuyo matrimonio nacieron tres hijos que entonces eran menores de edad: Pelayo, Rubén y Estefanía. Respecto de los tres hijos, debemos indicar lo siguiente: Pelayo, fallecido en 2004, era el padre de los ahora actores y apelantes; Rubén, muerto en 2005, tuvo tres hijos que aún viven, uno de los cuales, Luis Alberto, es codemandado en este procedimiento; Estefanía, la tercera hija, también es demandada en este juicio (aunque no llegó a prestar declaración por sus problemas de salud mental, lo mismo que la codemandada a la que más adelante nos referiremos, Cecilia).

3. Viudo Luis Miguel, se concertaron unas segundas nupcias con Sandra, hermana de su premuerta esposa, Natalia. El 14 de octubre de 1919, se otorgaron unas nuevas capitulaciones matrimoniales ante el mismo Notario de Huesca por los contrayentes, Luis Miguel y Sandra, y los padres de la segunda, Federico y Noemi. Los pactos que aquí nos interesan son los siguientes:

A) Tercero. Los comparecientes, Federico y Noemi, haciendo uso de la facultad y derecho que al nombrar heredera a su difunta hija Natalia se reservaron en el pacto séptimo copiado en la anterior cláusula, conceden al contrayente Luis Miguel casamiento en la casa y sobre los bienes de

su primera mujer, la repetida Natalia, y le autorizan para que contraiga nuevo matrimonio con su otra hija hermana de aquella, la compareciente Sandra, en cuya virtud se entenderá prorrogado a favor del mismo el usufructo caso de enviudar nuevamente, sobre todos los bienes que comprendía aquel nombramiento de heredero, y entre los que se encuentran las fincas urbana[s] y rústicas sitas en Tabernas y su término que a continuación se describen [sigue la misma relación de las 21 fincas reseñadas en la escritura de 1909].

B) Cuarto. Con arreglo a la anterior cláusula, el contrayente Luis Miguel, cuando se extinga el usufructo que en los bienes descritos se reservaron los instituyentes y padres de su repetida esposa, Federico y Noemi, lo aportará al nuevo matrimonio proyectado con la compareciente Sandra, aportando además como bienes propios las mismas dos mil pesetas que ya aportó entonces al primero, según consta de la repetida capitulación matrimonial.

C) Sexto. Como quiera que, con arreglo a lo pactado en la capitulación citada [la del año 1909] para el primer matrimonio del contrayente Luis Miguel con la finada Natalia, los hijos de estos llamados Pelayo, Rubén y Estefanía son herederos de su difunta madre y, por consiguiente, dueños de la mera propiedad de los descritos, a elección del sobreviviente y en defecto de este de un pariente el más cercano de cada parte residente en la provincia de Huesca y caso de discordia del señor Cura-Párroco Ecónomo o Regente de Tabernas, los contrayentes en cuanto a sus bienes propios podrán hacer el reparto y distribución de bienes entre todos sus hijos y en cuanto a los del contrayente, incluyendo los que ya tiene de su primer matrimonio y se han expresado o que entonces sobreviviere, dando a unos más y a otros menos, según sus méritos y condiciones, y para que puedan nombrar heredero al que consideren más apto e idóneo, dotando en tal caso a los demás al haber y poder de la casa, y si también el sobreviviente falleciere sin verificar todo o parte de lo expresado, lo ejecutarán, con iguales facultades, un

pariente, el más cercano de cada contrayente residente en la provincia de Huesca, en unión del Sr. Cura-Párroco Ecónomo o Regente de Tabernas todos juntos o en su mayor número.

D) Séptimo. [...] Los derechos y obligaciones de los contrayentes Luis Miguel y Sandra en la casa de la difunta Natalia y los derechos y obligaciones también de los padres de dicha finada Federico y Noemi así como los de los hijos de la repetida finada llamados Pelayo, Rubén y Estefanía se registrarán y regularán en lo que al casamiento concedido al contrayente Luis Miguel se refiere por lo consignado en esta escritura y en todo lo demás a lo expresado en la capitulación para el matrimonio de aquella finada con el contrayente Luis Miguel, cual consta en la escritura al principio citada otorgada que fue por mi testimonio el quince de octubre de mil novecientos nueve, haciendo constar los repetidos Federico y Noemi su voluntad y deseo de que si los repetidos tres nietos fallecen antes de llegar a la mayor edad o tomar estado sea heredera de todos los bienes de sus respectivas herencias y especialmente de las fincas descritas que entonces existan en primer lugar la contrayente Sandra y por muerte de esta los hijos que le sobrevivan.

4. De este segundo matrimonio nacieron dos hijas: Cecilia y Asunción, codemandadas en este procedimiento junto con las personas mencionadas anteriormente.

5. Luis Miguel falleció el 25 de enero de 1957 (al parecer, sus suegros habían muerto con anterioridad), y su primogénito Pelayo fue el que se quedó en la casa y trabajó las tierras que constituían el patrimonio familiar.

6. La escritura pública de 4 de junio de 1969, autorizada por el Notario de Huesca Francisco del Hoyo Villamiriell bajo el número 528 de su protocolo, tiene el siguiente contenido:

A) Sandra, como instituyente, viuda de Luis Miguel, y Pelayo (el primero de los hijos de Luis Miguel y de Natalia), como instituido heredero, expusieron el conteni-

do el pacto sexto de la capitulación matrimonial de 14 de octubre de 1919.

B) Haciendo uso de la facultad allí concedida, Sandra dispuso lo siguiente: «instituye heredero universal de los bienes de su esposo Don Luis Miguel, y de la primera esposa de éste doña Natalia, al hijo común de éstos Pelayo, si bien con las reservas y obligaciones que luego se dirán».

C) A continuación, sigue la relación de bienes inmuebles, entre los que figuran 21 fincas que pertenecían, según el título indicado en esta escritura de 1969, «a la causante doña Natalia, por herencia de sus padres don Federico y doña Noemi, a virtud de la escritura de capitulación matrimonial de 15 de octubre de 1909, autorizada en esta Ciudad por el Notario de la misma don Félix Marquínez». Sigue la relación de otras 5 fincas (de la 23 a la 27, aunque tendrían que estar numeradas de la 22 a la 26), cuyos títulos de adquisición reflejan que fueron compradas por Luis Miguel mientras estuvo casado con su segunda mujer, Tarsila.

D) Entre las «reservas y condiciones de la institución», aparecen las siguientes: a) «doña Sandra se reserva el usufructo de todos los bienes que comprende esta herencia»; b) «será obligación del instituido heredero la de entregar el pago de sus legítimas paterna y materna a sus nombrados hermanos [la instituyente manifiesta previamente los cinco hijos habidos en ambos enlaces conyugales], a saber: / a Rubén [hijo del primer matrimonio], cinco mil pesetas. / A Estefanía [hija también del primer matrimonio], cinco mil pesetas. / A Cecilia [hija del segundo matrimonio], treinta mil pesetas. / y a Asunción [hija también del segundo matrimonio], veinticinco mil pesetas».

E) «Don Pelayo acepta agradecido este nombramiento de heredero, y promete cumplir las obligaciones impuestas».

7. Sandra falleció el 10 de febrero de 1985, y Pelayo, el 1 de abril de 2004.

8. El 27 de diciembre de 2005, el Registrador de la propiedad número 1 de Hues-

ca suspendió la inscripción de las fincas descritas con los números 2, 10, 24 y 25 relacionadas en la escritura de 1969, únicas de las que se solicitó la inscripción. Los números 1 y 2, según la calificación registral, aparecen inscritas a nombre de Natalia por herencia de sus padres; la número 10, a favor de los padres de la misma Natalia, Federico y Noemi; y las números 24 y 25, a nombre de Luis Miguel, por compra constante matrimonio con Sandra, su segunda esposa.

9. A partir de ese momento, los demandantes intentaron regularizar por diversos medios la adquisición de la herencia de su padre Pelayo, hasta que la oposición de los demandados en diversos expedientes les llevó a instar la presente demanda.

TERCERO: 1. Sentado lo anterior, y respecto a lo que los demandantes llaman en su recurso «adquisición de los bienes que fueron propiedad de Natalia», primera mujer de Luis Miguel, Sandra no estaba facultada, en su condición de supuesta única fiduciaria y esposa de Luis Miguel, para nombrar heredero de Natalia, hermana de Sandra, tal como hizo mediante la indicada escritura de institución de heredero de 1969. El nombramiento del heredero de Natalia estaba regulado en las capitulaciones matrimoniales de 1909 concertadas con ocasión del matrimonio de Natalia y de Luis Miguel, en las que, conforme a su pacto quinto, solo podía actuar como fiduciario el cónyuge sobreviviente o, en su defecto, un pariente de cada contrayente en unión, en caso de discordia, del Sr. cura párroco ecónomo o regente de Tabernas. En concreto, la expresión de las capitulaciones de 1919 que parece afectar a las de 1909 es la contenida en el pacto sexto de las de 1919: «incluyendo los [bienes] que [el contrayente Luis Miguel] ya tiene de su primer matrimonio y se han expresado o que entonces sobreviviere, dando a unos más y a otros menos». Sin embargo, hemos de tener en cuenta, en primer lugar, que ninguno de los bienes allí referidos correspondía en propiedad al contrayente, Luis Miguel, como consecuencia de su primer matrimonio, dado

que todos ellos tenían el carácter de fincas privativas de Natalia o, en último caso, de sus padres. Por otro lado, las capitulaciones de 1919 convenidas después de la muerte de Natalia y con motivo del segundo matrimonio entre Sandra y el cónyuge sobreviviente, Luis Miguel, no podían modificar el pacto fiduciario contenido en la escritura de 1909, siempre partiendo de que había descendientes de la instituida que la habían sobrevivido, porque formaba parte de unas capitulaciones matrimoniales convenidas entre instituyentes e instituidos y uno de los contrayentes, la instituida heredera, Sandra, por su muerte, ya no podía prestar su consentimiento a la modificación. Como con acierto mantiene la sentencia apelada, habría hecho falta para modificar el extremo objeto de análisis el concurso de las mismas personas que convinieron el pacto en cuestión, instituyentes e instituidos. El Registrador de la propiedad ya expone en la mencionada calificación que la fiducia está limitada a la sucesión del causante y no puede extenderse a los bienes de un tercero. En suma, el principio *standum est chartae* sin el concurso de la instituida no permitía la solución adoptada en la escritura de 1969 (o en la de 1919), como tampoco el artículo 29 del Apéndice al Código civil de 1925 ni la Compilación del Derecho civil de Aragón de 1967 (arts. 105 y 110 y siguientes), aun suponiendo aplicable una u otra Ley en el año 1969. La tesis defendida en el recurso tampoco encuentra apoyo suficiente en el pacto séptimo de las capitulaciones de 1919 cuando alude a la transmisión de «ambas herencias» a favor de Sandra en caso de premoriencia antes de la mayoría de edad o de «tomar estado», porque nada de todo ello ocurrió en este caso.

2. Hemos de aclarar que, aunque Federico y Noemi instituyeron heredera a Natalia «para después de la muerte de ambos», tal como indica hasta en dos ocasiones el pacto tercero de la escritura del año 1909, la voluntad de los instituyentes no parece que fuera la de pactar una institución de heredero para después de los días, sino de presente, con la consiguiente adquisición

de los bienes por parte de la instituida, puesto que los instituyentes se reservaron el usufructo de los bienes de la casa, aparte del señorío mayor en sentido tradicional (más estricto que el concepto utilizado en el artículo 73 de la Ley de Sucesiones por Causa de Muerte), equivalente a autoridad, dirección o jefatura de la casa; Natalia inscribió a su favor al menos el dominio de las fincas incluidas en las escrituras aludidas en la calificación registral de 27 de diciembre de 2005; y la escritura de 1919 habla de la transmisión de la mera propiedad a los descendientes de Natalia, si bien, habiendo varios hijos de la fallecida y estando la fiducia pendiente de ejecución, en realidad la transmisión de derechos y obligaciones no podía alcanzar a los bienes objeto de la institución. En cualquier caso, el resultado del pleito no debe cambiar aunque consideremos que se trataba de una institución para después de los días, aunque entendemos que la escritura de 1909 es contradictoria en este aspecto y da pie para sostener que nos encontramos ante una u otra institución.

3. Frente a lo sostenido en el recurso, el pacto de casamiento en casa incluido en las capitulaciones de 1919 no justifica una especie de transmisión de la primera fiducia –la pactada en 1909 para el primer matrimonio con Natalia– a los consortes del segundo matrimonio, Luis Miguel y Sandra. El casamiento en casa (al que alude el artículo 19 de la Ley de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad como institución familiar consuetudinaria, en cuyo caso se estará a lo pactado, y se interpretará con arreglo a la costumbre y a los usos locales) era, según la doctrina, una modalidad consuetudinaria de la viudedad foral por la que los instituyentes –o la junta de parientes– autorizaban, en capitulaciones matrimoniales, a volverse a casar al contrayente que quedaba viudo, con prórroga del usufructo viudal y su comunicación al nuevo cónyuge, siempre que las segundas nupcias fueran convenientes a la casa, según ya refleja acertadamente la sentencia de primer grado. No consta que la costumbre del lugar reconociera otro

alcance al pacto de casamiento en casa. Así, el único efecto que debemos destacar en este caso es que Sandra también pudo disfrutar del usufructo de viudedad sobre los bienes dejados a Natalia en la sucesión paccionada de 1909.

CUARTO: Con relación a la herencia de Luis Miguel, Sandra sí estaba facultada como fiduciaria para nombrar heredero de los bienes privativos de su esposo y de los consorciales del segundo matrimonio, de acuerdo con el pacto fiduciario regulado en la escritura de 1919. Sobre la base de todo ello, se impone al menos, aparte de lo que podamos decir a continuación, la estimación del recurso y de la demanda respecto de los indicados bienes dejados por Luis Miguel a su muerte, por lo que no entendemos que el Juez de instancia, tras aceptar que la designación de heredero efectuada en 1969 «debe entenderse realizada exclusivamente respecto de los bienes de Don Luis Miguel», desestime totalmente la demanda sin exceptuar la declaración de propiedad interesada sobre tales bienes y sin perjuicio, en su caso, de la liquidación del consorcio conyugal de Luis Miguel y Sandra si no llegáramos a estimar la demanda respecto de los bienes de Sandra.

QUINTO: La sentencia apelada nada indica sobre la herencia de Sandra. La escritura de nombramiento de heredero de 1969 no se refiere expresamente a los bienes de la propia Sandra, sino solo a los de Luis Miguel y a los de Natalia. Sin embargo, entendemos que la voluntad real de la fiduciaria era la de extender el nombramiento de heredero a sus propios bienes, puesto que regula la legítima de sus dos hijas y no solo la correspondiente a los hijos propios de su esposo, y, además, entre las fincas relacionadas en la escritura de 1969 se incluyen no solo las provenientes de Natalia, sino también otras cinco adquiridas a título oneroso constante el segundo matrimonio del que hablamos. Sobre este particular, también debemos estimar el recurso y la demanda, sin perjuicio de los argumentos que desarrollaremos seguidamente.

SEXTO: En cuanto a la usucapión ordinaria del dominio por la posesión durante diez años entre presentes (arts. 1940, 1941, 1952 y 1957 del Código civil), entendemos que no concurre justo título en virtud de la escritura de designación de heredero de 1969 respecto de los bienes de Natalia, puesto que en este aspecto está viciada de nulidad radical, conforme a lo concluido en el anterior fundamento de Derecho tercero. Por tanto, la posesión no puede subsanar o legitimar un título afectado por esa clase de defecto jurídico y, por tanto, no puede servir para adquirir el dominio a non domino sobre la base de la usucapión ordinaria. Compartimos, en suma, los argumentos desarrollados en la sentencia apelada sobre el particular analizado.

SÉPTIMO: 1. Respecto a la usucapión extraordinaria, la posesión no interrumpida de los bienes durante treinta años tiene que ser en concepto de dueño, aunque no sea exigible título ni buena fe (art. 1959 del Código civil).

2. En el presente caso, el padre de los demandantes, Pelayo, poseyó en concepto de dueño todas las fincas que constituían la casa o patrimonio familiar provenientes de Natalia, Luis Miguel y Sandra, como resulta de los documentos unidos a los autos (así, Pelayo aparece como propietario de las parcelas agrícolas ante el organismo administrativo que tramita el expediente de concentración parcelaria, y también desde el año 1952 ante la Comunidad de regantes del Canal del Flumen de Sangarrén) y de las declaraciones emitidas en el juicio que constan en la grabación videográfica.

3. La jurisprudencia enseña que, como regla general, no es posible la usucapión entre coherederos o legatarios o, dicho de otro modo, que un heredero no puede hacer valer la «*successio possessionis*» frente a los coherederos del mismo causante (sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2010 –ROJ: STS 768/2010– que cita la de 17 de marzo de 1988). Ahora bien, el mismo Tribunal Supremo exceptúa los supuestos de posesión exclusiva y

excluyente, a tenor de lo que hemos dicho en otras ocasiones, como en nuestra sentencia de 29 de julio de 2008 [allí citamos las sentencias del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1983, 17 de mayo de 1988, 28 de mayo de 1990 (cita las de 21 de febrero de 1941, 19 de octubre de 1954 y 15 de febrero de 1968), 15 de diciembre de 1993, 18 de abril de 1994 –ROJ: STS 2554/1994– y 24 de julio de 1998]. En concreto, la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 2000 (ROJ: STS 9726/2000) admite la usucapión cuando uno de los coherederos ha poseído todos los bienes de la herencia en concepto de dueño y por el tiempo suficiente para ganarla por prescripción. Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2005 (ROJ: STS 4861/2005) indica lo siguiente: es cierto que para que la posesión convierta a un comunero, mediante la usucapión, en propietario de la cosa común no basta con que la detente de modo exclusivo, como evidencia el artículo 1933 del Código Civil. Antes bien, es preciso que la posea a título de dueño único durante todo el tiempo que la norma exige.

4. En el presente caso, entendemos que Pelayo poseyó todos los bienes de la casa en concepto de dueño no solo de un modo exclusivo, sino además excluyente o de forma única, a partir de la escritura de institución de heredero de 1969. En realidad, con esta escritura se creó la apariencia de que había cesado la pendencia de la fiducia, de manera que, desde ese momento, Pelayo comenzó a poseer en concepto de dueño sobre los bienes que ya detentaba materialmente.

5. Aparte de todo ello, hemos de destacar que Pelayo, fallecido el 1 de abril de 2004, es el que cultivó directamente el patrimonio agrícola toda su vida, hasta que sus condiciones físicas se lo permitieron (hasta que tuvo 75 años –año 1985–, según la propia codemandada Asunción, media hermana de Pelayo, y hasta los 82 años –año 1992– según la codemandante Tarsila), y a partir de 1992 fue el hijo de Pelayo, el codemandante Saturnino, quien pasó a trabajar las tierras. Concretamente, Pelayo

se trasladó a vivir a Huesca a casa de su hija sobre el año 1995 (el alta en el padrón municipal data de 1 de mayo de 1996), mientras que con anterioridad había vivido siempre, junto con Sandra (hasta su fallecimiento en 1985), en la casa familiar situada en Tabernas de Isuela, en la que hizo diversas reformas.

6. Asimismo, con independencia de lo anteriormente concluido, podemos resaltar que todas las demás personas llamadas a las herencias de Natalia, de Luis Miguel y de Sandra debían de conocer la institución de heredero formalizada en 1969, ya se hubieran abonado o no las legítimas allí establecidas, de acuerdo con los detalles personales referidos en las declaraciones de las partes y de los testigos emitidas en el juicio. Además, ninguno de los interesados reclamó nada a Pelayo, al que todos en el pueblo le consideraban el heredero de la casa y el dueño del patrimonio familiar, lo que es extensible a los llamados a la herencia. La primera oposición formal a la situación posesoria en concepto de dueño desde junio de 1969 se produce por los ahora cuatro demandados (Estefanía, hermana de doble vínculo de Pelayo; Luis Alberto, hijo de Rubén, fallecido en 2005, hermano de doble vínculo de Pelayo; Asunción y Cecilia, las dos medias hermanas de Pelayo), según lo que aparece en autos, casi treinta y ocho años después, en febrero 2007, en el expediente administrativo de concentración parcelaria de Sangarrén, Buñales y Tabernas de Isuela, a tenor de lo que consta al folio 206 y siguientes de los autos. Esta oposición se reprodujo, también en febrero de 2007, en el expediente de dominio tramitado para la reanudación del tracto sucesivo iniciado en julio de 2006 (folios 144 y 164) y ante el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en el procedimiento ordinario 165/2008. En todo caso, dos de los tres hijos del mencionado Rubén, su heredero, Alejandro (declaró en el juicio como testigo) y Flora manifestaron, en el acto de conciliación celebrado el 26 de mayo de 2008 (f. 216), que nada han reclamado respecto a las herencias de Luis Miguel, Natalia y Sandra y que no

piensan reclamar nada. Además, los demandados tampoco instaron la ejecución de la fiducia, ni mucho menos en los plazos marcados en la Ley de Sucesiones por Causa de Muerte de 1999.

7. Frente a lo mantenido en la sentencia apelada, que Sandra ostentara el usufructo viudal sobre todas las fincas –con arreglo a la comunicación del usufructo propia del pacto de casamiento en caso– no supone obstáculo jurídico para computar el plazo de treinta años de la usucapión ordinaria desde 1969 a 1985 (año en que fallece Sandra) a favor de Pelayo, puesto que ningún inconveniente hay para usucapir la nuda propiedad y que luego el pleno dominio quede consolidado con la extinción del usufructo, en este caso, por muerte de Sandra, al menos teniendo en cuenta las circunstancias del caso de autos.

8. Por tanto, los demandantes son propietarios de las fincas que constituían la casa o patrimonio familiar perteneciente a Natalia con fundamento en que su padre Asunción las adquirió por usucapión extraordinaria. Lo mismo cabría decir si se negara el título hereditario respecto de los bienes de Sandra.

OCTAVO: Procede, en consecuencia, estimar el recurso de apelación y con él la integridad de la demanda, todo lo cual conlleva que debamos imponer a los demandados las costas de primera instancia (art. 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y omitir un especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada (art. 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

NUM. 67

S. APH de 23 de julio de 2010

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: AUTORIDAD FAMILIAR: Privación: El incumplimiento grave y reiterado de los deberes inherentes a la autoridad familiar, como son

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

DISPOSICIONES CITADAS: arts. 39-2y 3 CE; arts. 56 y 77 LDp. (59 y 90 CDFa), art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989; art. 2 de la Ley 1/1996, de 15 de enero, sobre protección jurídica del menor.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Antonio Angós Ullate.

Ante la JPI núm. 2 de Huesca se siguieron autos de juicio verbal interesando la privación de la autoridad familiar del padre de los menores por incumplimiento de los deberes derivados de la misma. El Juzgado, en sentencia de 13 de marzo de marzo de 2009 estima la demanda. El marido recurre en apelación y su recurso es desestimado.

los bienes, como en este caso, requiere justificación de su conveniencia. Justificación que viene dada, conforme a la mejor doctrina, cuando en el campo de los bienes nos encontremos con un gran patrimonio, bienes en lugares distintos o cuando se trate de bienes que tenga alguna especialidad y requieran de conocimientos especializados o necesiten de una gestión independiente. En el caso de autos no hay ninguna especialidad de los bienes que justifiquen la necesidad de separar los cargos de tutor de la persona y de los bienes.

DISPOSICIONES CITADAS: arts. 95, 96, 98, 101, 102 y 121 LDp. (arts. 108, 110 112, 115, 116 y 135 CDFa)

PONENTE: Ilmo. Sr. don Santiago Serena Puig.

Ante el JPI núm. 1 de Monzón se siguen autos (20/09) de incapacidad de Encarnación. Por sentencia de 22 de julio de 2009, se estima la demanda de incapacidad y se procede a nombrar tutora de la persona a la hija de la incapacitada y tutor de los bienes al hijo de ésta. La hija recurre en apelación, solicitando tutela individual y se estima por la APH el recurso.

NÚM. 68

S. APH de 30 de julio de 2010

65: RELACIONES PARENTALES Y TUTELARES. ADOPCIÓN, GUARDA. ACOGIMIENTO. PROTECCIÓN DE MENORES: TUTELA: Número de tutores: *La regla general indica que la tutela se ejercerá por un solo tutor, con todo no se excluye la posibilidad de tutela plural, si bien se contempla como excepción, fruto de la voluntad del otorgante o instituyente. Sin embargo, para la tutela dativa o judicial, la norma parece más bien restringir esta libertad de nombramientos (arts. 101 y 102 LDp.). Por ello, en la tutela dativa, el nombramiento de más de un tutor: uno de la persona y otro de*

NÚM. 69

S. APH 2 de febrero de 2013

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: LEY DE CAZA: Responsabilidad: *La responsabilidad civil de los titulares de los cotos de caza se limita a los casos en los que el daño es consecuencia directa de la acción de cazar o de una falta de diligencia en la conservación del terreno acotado. En el caso, al tratarse de un accidente de tráfico (jabalí que irrumpe en la calzada) el daño no deriva de la acción directa de cazar; por ello habrá que ver si ha habido la suficiente diligencia por parte de la sociedad en el cuidado del vallado a la luz de la previsión del art. 47 Ley de caza. En*

este caso hay responsabilidad de la sociedad, puesto que en las inmediaciones del lugar siniestrado no había suficientes elementos disuasorios que tendieran a alejar a los animales de las carreteras y demás vías públicas.

DISPOSICIONES CITADAS: art. 474 y 71-5 bis de la Ley de caza de Aragón.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Gonzalo Gutiérrez Celma.

Ante el JPI núm. 2 de Huesca se siguieron autos 148/2010 de juicio verbal en reclamación de responsabilidad civil frente ala sociedad de cazadores de un coto de caza por el accidente de tráfico sufrido por el actor al invadir la carretera un jabalí. El Juzgado, en S. de 9 de febrero de 2010, estima la demanda; el fallo de la sentencia es recurrido por la sociedad demanda, desestimando la APH el recurso formulado.

cosas, enajenar o gravar bienes inmuebles, renunciar de derechos o transigir; disponer de bienes a título lucrativo y para cualquier acto relativo a su estado civil, matrimonio, nacionalidad, vecindad foral, etc., por cuanto pueden conllevar repercusiones patrimoniales económicas (otorgamiento de capitulos, renuncia a derecho de viudedad, etc.). La causa de la incapacidad proviene de su relación por internet con una domicanana a la que le envía dinero (200 euros mensuales de los 1000 que gana) así como el endeudamiento que ha asumido (sendos préstamos) para enviarle más dinero; lo que implica una especie de prodigalidad a causa de la deficiencia psíquica que padece y le impide plenamente regir su persona y bienes como dice el art. 35-3 LDp. (art. 38-2 CDEFA).

DISPOSICIONES CITADAS: art. 35-3 LDp. (art. 38-2 CDEFA).

PONENTE: Ilmo. Sr. don Antonio Angós Ullate.

NÚM. 70

S. APH de 3 de septiembre 2010

65: RELACIONES PARENTALES Y TUTELARES. ADOPCIÓN, GUARDA. ACOGIMIENTO. PROTECCIÓN DE MENORES: CURATELA: Del incapacitado: Se declara la incapacidad de Celso con sujeción al régimen de curatela, precisando asistencia del curador para, entre otras

A instancia del Ministerio Fiscal se siguieron autos de juicio verbal sobre incapacitación ante el JPI núm. 1 de Huesca, estimándose la demanda por S. de 30 de abril de 2009. El demandado y declarado incapaz por la sentencia recurre en apelación. La APH desestima el recurso y confirma íntegramente la sentencia de instancia.

ZARAGOZA, 2010

71

NÚM. 71

S. APZ de 15 de enero de 2010

723: INVALIDEZ E INEFICACIA DE LOS TESTAMENTOS: NULIDAD DE TESTAMENTO: Falta de legitimación activa: La legitimación activa para la impugnación de los testamentos se halla restringida a aquellos que serán llamados como herederos abintestato por la invalidez del testamento. En este caso, la hermana del causante no goza de legitimación activa viviendo la cónyuge de aquél.

DISPOSICIONES CITADAS: artículo 202 Lsuc. (art. 517 CDFa).

PONENTE: Ilmo. Sr. don Javier Seoane Prado.

Ante el JPI núm. 3 de Zaragoza se siguieron autos de juicio ordinario sobre declaración de nulidad del testamento mancomunado otorgado entre dos cónyuges a instancia de la hermana del marido, que premurió a su consorte, alegando falta de capacidad por estar enfermo. El Juzgado, en sentencia de 20 de octubre de 2009, desestimó la demanda por falta de legitimación activa de la actora y, además, por no haberse demostrado tampoco la incapacidad del causante. La demandante interpone ante la APZ, secc. 2ª, recurso de apelación que, igualmente, es desestimado.

72

NÚM. 72

S. APZ de 26 de febrero de 2010

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: LEY DE CAZA: Responsabilidad: El dueño del coto de caza debe responder de los daños causados por los conejos que excesivamente proliferan en la zona, que ramonean los troncos de los árboles de la finca vecina, por

no haber tomado las medidas adecuadas para evitar su multiplicación, como impone la legislación vigente, y teniendo dicha responsabilidad carácter objetivo (art. 71 Ley de Caza de Aragón y artículo 1906 Cc.)

DISPOSICIONES CITADAS: arts. 33, 43, 71 Ley de Caza, Disposición final 5, Ley 15/2006, de 28 de diciembre de Montes de Aragón; artículo 1906 Cc.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Pedro Antonio Pérez García.

El colindante de un terreno colindante a un coto de caza demanda a su titular por los daños causados en su finca por los conejos del coto. La S. del JPII núm. 2 de la Almunia de doña Godina de 20 de noviembre de 2010, desestima la demanda. El acto recurre en casación y el recurso es estimado por la APZ.

73

NÚM. 73

S. APZ de 2 de marzo de 2010

76: SUCESIÓN LEGAL: SUCESIÓN A FAVOR DE HERMANOS Y SOBRINOS: A favor de hijos y nietos de hermanos: En el caso que nos ocupa, la causante tuvo, de sus cinco hermanos premuertos, trece sobrinos, nueve que viven en la actualidad y cuatro que han fallecido, dejando cada uno de ellos hijos (sobrinos nietos de la causante). Por lo tanto siendo trece los sobrinos (hijos de hermanos), en trece partes debe dividirse la herencia, ya que estos sustitutos dividen por cabezas y los sobrinos nietos dividen por stirpes, repartiéndose entre ellos la treceava parte del sobrino fallecido, como así lo dispone el artículo 217-4 Lsuc. (art. 532 CDFa).

DISPOSICIONES CITADAS: artículo 217-4 Lsuc (art. 537-4 CDFa).

PONENTE: Ilma. Sra. Dña. María Elia Mata Albert.

En el JPI núm. 13 de Zaragoza se siguieron autos de declaración de herederos de la herencia de ña. Isabel a repartir entre sobrinos y sobrinos nietos. Uno de los herederos, en desacuerdo con el reparto (en octavos, cuartos y cuarentavos) impugna el reparto. La APZ estima recurso de apelación interpuesto contra el referido auto de 9 de octubre de 2009.

2009, el juzgado desestima la demanda. La parte actora recurre en apelación e igualmente son desestimadas sus pretensiones.

74

NÚM. 74

S. APZ de 10 de marzo de 2010

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO.

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

DISPOSICIONES CITADAS: DA 9ª de la Ley de Tráfico, Circulación de vehículos a motor y Seguridad vial; art. 44.4 y 71 bis 1 de la Ley de caza de Aragón.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Francisco Acín Garós.

Ante el JPII núm. 1 de la Almunia de Dña. Godina, don Diego y su compañía de seguros interponen acción en reclamación de los daños sufridos en su vehículo al colisionar una pieza de caza perteneciente a la sociedad de cazadores demandada. Por sentencia de 21 de junio de

75

NÚM. 75

S. APZ de 6 de abril de 2010

83: LUCES Y VISTAS: RÉGIMEN NORMAL: Derecho del vecino a edificar o construir: El derecho a construir una pared en su finca aun cuando con ello se tapen las luces de vecinos está permitido por el artículo 144 Comp. (art. 550 CDEFA). Ahora bien, esa pared ha de tener una finalidad útil o beneficiosa para el que la construye y no meramente de perjuicio para cercenar las luces del vecino. Se aprecia abuso cuando lo edificado no tiene finalidad útil en sí mismo y obedece al deseo de tapar los huecos del vecino. Y esta aptitud ha quedado probada a través de las sentencias penales que también se han seguido con ocasión de esta controversia.

DISPOSICIONES CITADAS: art. 7 Cc.; art. 144 Comp. (art. 550 CDEFA).

PONENTE: Ilmo. Sr. don Antonio Luis Pastor Oliver.

Ante el JPII núm. 1 de Tarazona se interpone acción por unos colindantes para que su vecino derribe el muro construido y que les tapa los huecos abiertos en su pared, al haber sido el muro construido con abuso de derecho y para causarles un perjuicio. Por sentencia de 11 de diciembre de 2009, el juzgado estima la demanda condenando a los demandados a derribar el muro. Los demandados recurren en apelación y su recurso es desestimado por la APZ, que confirma la sentencia de instancia.

76

NÚM. 76

A. APZ de 21 de abril 2010

76: SUCESIÓN LEGAL: PROCEDENCIA: En la institución recíproca de herederos

llevada a cabo en testamento mancomunado tiene como peculiaridad que fallecido el supérstite y heredero universal del cónyuge premuerto sin haber dispuesto de los bienes heredados de éste (art. 80-3 Lsuc.) sean llamados a la sucesión del cónyuge primeramente fallecido los parientes llamados en tal momento, a la sucesión legal de éste. Por lo que se establece la posibilidad de un segundo llamamiento, tras la muerte del cónyuge sobreviviente, a una sucesión ya abierta anteriormente y es necesario concretar quién ha de ser llamado a la sucesión por segunda vez, lo que se puede efectuar mediante declaración de herederos abintestato.

DISPOSICIONES CITADAS: arts. 201 y 80-3 Lsuc (arts. 516 y 419-3 CDFa).

PONENTE: Ilma. Sra. Dña. María Jesús de Gracia Muñoz.

Ante el JP II núm. 2 de Calatayud se sigue procedimiento de jurisdicción ordinaria de declaración de herederos. el Juzgado en sentencia de 4 de diciembre de 2009, dicta auto inadmitiendo a trámite lo solicitado con base en que la causante había otorgado testamento mancomunado con su marido, que al sobrevivirla la había heredado, no procediendo la apertura de la sucesión legal al haber muerto testada. El incoante del expediente apela el fallo, y la APZ acoge su recurso al haber muerto el marido, y heredero de la causante, sin haber dispuesto de los bienes de ésta, lo que permite llamar a los herederos legales de la misma como sustitutos del marido.

NÚM. 77

S. APZ de 29 de abril de 2010

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: DERECHO TRANSITORIO: CONSORCIO CONYUGAL: ACTIVO (LREM): *La Lrem se aplica a todos los matrimonios ya celebrados desde el 23 de abril de 2003, pero respecto a la composición del activo deberá estarse a su califi-*

cación según el Derecho aplicable en el momento de la adquisición del bien. 6631: CONSORCIO CONYUGAL: ACTIVO: BIENES COMUNES: La vivienda familiar, comprada antes del matrimonio por uno de los cónyuges que pagó casi cinco millones de pesetas, aplazándose el resto del precio y siendo abonado a través de un préstamo hipotecario, es considerada por ambos como común, ex artículo 38.1º Comp., y por ello, como dice la actora, nace a favor de ella un reintegro por el precio pagado antes del matrimonio (art. 41-1 Comp.). Respecto de los bienes muebles habidos en el domicilio conyugal, habiendo sido adquiridos con anterioridad a la Lrem. debe considerarse comunes: arts. 37-4 y 40-1 Comp.

DISPOSICIONES CITADAS: arts. 37, 38, 40 y 47 Comp.; DT 1º Lrem. (DT 8, CDFa); arts. 201, 211 y 317 CDFa).

PONENTE: Ilmo. Sr. don Julián Carlos Arqué Bescós.

Ante el Jdo. de violencia sobre la mujer núm. 1 de Zaragoza se siguieron autos 38/2010 por esta causa dando lugar también a la liquidación del régimen económico matrimonial. La liquidación del régimen económico llevada a cabo en sentencia de 30 de octubre de 2009 es apelada por la esposa. La APZ estima parcialmente el recurso.

NÚM. 78

S. APZ de 11 de mayo de 2010

65: RELACIONES PARENTALES Y TUTELARES. ADOPCIÓN, GUARDA. ACOGIMIENTO. PROTECCIÓN DE MENORES: TUTELA: Delación dativa: *Número de tutores: En la adopción de la designación de tutor por parte del Juzgado ha de primar el interés y beneficio del incapaz sobre cualquier otro y por tanto sobre el deseo de cualquiera de sus hijos a ser nombrado tutor, designando el juez al que considere más idóneo. Habiendo dos hijos una posibilidad hubiera sido la separación de*

cargos prevista en el artículo 120 Lsuc. (art. 134 CDFa), que señala que la tutela se ejercerá por un solo tutor salvo cuando se haya separado la tutela de la persona y de los bienes, pero esta posibilidad queda supeditada a la concurrencia de unas circunstancias en la persona del tutelado o de sus bienes que aconsejen este desdoblamiento, lo que no se produce en este caso; considerando la Sala, y con ello modificando el criterio de la instancia que es persona más idónea el hijo de la incapacitada para ejercer la tutela de la persona y bienes de ésta.

DISPOSICIONES CITADAS: arts. 102 y 120 Lsuc. (arts. 116 y 134 CDFa).

PONENTE: Ilmo. Sr. don Francisco Acín Garós.

Ante el JPI núm. 13 de Zaragoza se siguieron autos de incapacitación de ña. Rosa promovidos por el Ministerio fiscal. La S. de 22 de junio de 2009 declara la incapacidad absoluta de ña. Rosa, privándola del derecho de sufragio activo y pasivo y nombra como tutora de la incapaz a su hija. El hermano de la tutora e hijo de Rosa apela el fallo y solicita ser él el nombrado tutor de su madre. Recurso que es estimado por la APZ.

bución o con retribución insuficiente. Nada de ello se da en este caso puesto que la apelante trabajó en la empresa del marido cobrando un sueldo medio y para las atenciones a la casa y al hijo común se contaba con servicio doméstico de manera que no se demuestra que la reclamante perdiera una oportunidad de haber estudiado por su dedicación a la casa y a la familia.

DISPOSICIONES CITADAS: art. 7 LPEN (art. 310 CDFa).

PONENTE: Ilmo. Sr. don Antonio Luis Pastor Oliver.

Ante el JPI núm. 3 de Zaragoza, doña Sol reclama a su ex pareja, entre otras cosas, determinada cantidad como indemnización por el cese de la convivencia. Por sentencia de 28 de enero de 2010 se estima en parte su pretensión indemnizatoria. Apelada la sentencia por la demandante, la APZ desestima el recurso y confirma la sentencia apelada.

NÚM. 79

S. AP de 11 de mayo de 2010

69: PAREJAS ESTABLES NO CASADAS: EFECTOS PATRIMONIALES DE LA EXTINCIÓN EN VIDA: Requisitos: *La compensación económica en el momento final de la convivencia podrá exigirse por aquel miembro de la pareja que acredite un enriquecimiento injusto a su costa y en beneficio del otro conviviente y para ello precisa haber contribuido económicamente o con su trabajo a la adquisición, conservación o mejora de cualquiera de los bienes comunes o privados del otro miembro o cuando se ha dedicado al hogar y a los hijos comunes o del otro conviviente o trabajando para éste sin retri-*

NÚM. 80

S. APZ de 27 de mayo de 2010

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GASTOS DE ASISTENCIA A LOS HIJOS: Contribución proporcional: *La contribución del padre al sostenimiento y educación de los hijos de los que queda apartado debe fijarse en consideración conjunta de sus ingresos, recursos y disponibilidades y de las efectivas necesidades de aquellos según los usos y las circunstancias de la familia o, como dice el artículo 146 Cc., proporcionalmente al caudal y los medios de quienes los da y a las necesidades de quien los recibe.*

DISPOSICIONES CITADAS: art. 62 LDp. (art. 65 CDFa) y art. 146 Cc.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Francisco Acín Garós.

Ante el JPI núm. 6 de Zaragoza se siguen autos de divorcio determinando los extremos de la sentencia, la custodia de los hijos etc. Contra el fallo de la sentencia de 27 de abril de 2009 se alza en apelación la esposa solicitando una pensión alimenticia para los hijos menores más elevada de la concedida en la instancia. La APZ estima en parte las pretensiones de la actora.

81

NÚM. 81

S. APZ de 1 de junio de 2010

6631: CONSORCIO CONYUGAL:**ACTIVO: PACTO DE MUEBLES POR SITIOS:**

El recurrente considera que debe incluirse en el pasivo del consorcio conyugal un crédito a sus favor correspondiente al valor actual de la vivienda aportada a la sociedad conyugal, mediante escritura de capítulos, en virtud de lo dispuesto en los artículos 29 y 47-1 Comp. El artículo 29 regulaba un supuesto de ampliación o restricción de la comunidad que suponía, a la postre, una donación entre los cónyuges si no se reservaba el derecho a pedir el reintegro. La regulación actual, artículo 33 Lrem. (215 CDFa) sí prevé el derecho de reintegro salvo renuncia al mismo, pero no era así vigente el artículo 29 Comp.

DISPOSICIONES CITADAS: arts. 29 y 44 Comp. (arts. 215 y 226 CDFa).

PONENTE: Ilmo. Sr. don Julián Arqué Bescós.

En el JPI núm. 11 de Zaragoza se siguieron autos de juicio verbal para inventariar y liquidar el consorcio conyugal. Por sentencia de 16 de octubre de 2009 quedó fijado el inventario del consorcio. El fallo es apelado por del demandante solicitando que en el pasivo del consorcio se incluya un crédito a su favor. La APZ desestima el recurso.

82

NÚM. 82

S. APZ de 4 de junio de 2010

61: PERSONA Y FAMILIA: EN GENERAL: LA ASIGNACIÓN COMPENSATORIA:

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

DISPOSICIONES CITADAS: art. 60 LDp (art. 63 CDFa); art. 775 Lec.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Julián Arqué Bescós.

Ante el JPI núm. 5 de Zaragoza se han seguido autos de divorcio contencioso dictándose sentencia el 13 de noviembre de 2009, ambos esposos recurren en apelación el fallo por diversos motivos. La APZ desestima ambos recursos confirmando la sentencia de instancia en su integridad.

83

NÚM. 83

A. APZ de 10 de junio de 2010:

6632: CONSORCIO CONYUGAL:**PASIVO: DEUDAS PRIVATIVAS: Embargo**

de bienes comunes: En la ejecución de deudas privativas de uno de los cónyuges pueden embargarse los derechos que al deudor le correspondan en el patrimonio común.

DISPOSICIONES CITADAS: art. 70 Lrem. (art. 225 CDFa); art. 541 Lec.; art. 1.373 Cc.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Ignacio Medrano Sánchez.

Oposición a la ejecución sobre bienes consorciales por deudas privativas de uno de los cónyuges, que es desestimada en la instancia (A. JPI núm. 19 de Zaragoza, de 12 de febrero de 2010) y que resulta confirmado en apelación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Se enfrenta la Sala a, necesario es decirlo, un singular y poco comprensible conflicto, dilucidado en el ámbito del artículo 541 Lec.

En efecto a instancias de la entidad financiera apelada se instó un proceso de ejecución de título extrajudicial (una póliza intervenida por fedatario) del año 2007, seguido contra don César, quien aparecía como fiador en la póliza, en la que se embargarían, entre otros bienes, la participación con carácter consorcial que ostenta el demandado en determinadas fincas.

Ya dicho embargo se opondrá la recurrente que se encontraba separada del ejecutado desde diciembre de 2002, encontrándose en trámite el proceso liquidatorio, del patrimonio consorcial, por lo que terminaba suplicando se levantara el embargo sobre las fincas consorciales, oponiéndose a que las mismas respondan de la deuda contraída unilateralmente por su marido una vez disuelto el consorcio, aunque no liquidado el mismo.

SEGUNDO: El Juzgado desestimará la oposición a la ejecución por cuanto entenderá que puede el acreedor dirigirse «frente a dichos bienes consorciales, no como bienes de titularidad privativa sino aún comunes y por tanto frente al derecho eventual que corresponda en su día al cónyuge deudor sobre la masa de los bienes gananciales a liquidar», por lo que procede mantener el embargo de la participación del demandado en los bienes consorciales en el auto despachando ejecución.

Y contra este pronunciamiento se alzaría la parte recurrente para defender la incoherencia interna de la resolución, por cuanto se aplica indebidamente el artículo 70 de la Ley aragonesa 2/2003, de 12 de febrero, reiterándose (motivo cuarto) que

«lo que se defiende es que la deuda no tiene carácter consorcial» y que no se responde «de deudas contraídas por el Sr. , a los seis años de la disolución legal del régimen legal del matrimonial, disolución pública, por estar inscrita ...».

TERCERO: Para resolver la cuestión planteada hay que hacer una breve síntesis del problema procesal que quiso dar solución el legislador con el artículo 541 Lec. con relación al embargo de bienes del matrimonio en régimen de comunidad (gananciales, consorciales, etc.).

Para comprender el problema hay que tener presentes las tres circunstancias que coadyuvaban en su formación, bajo la vigencia de la Lec. 1.881, a saber 1) el hecho de que en el tráfico jurídico no se actúe normalmente en nombre del consorcio, y de que se pueda comprometer todo el patrimonio consorcial con la actuación unilateral de uno de los cónyuges, tenía como trasunto en el proceso el que lo normal o habitual fuese que el titular del crédito accionara judicialmente sólo contra el cónyuge con el que se ha relacionado. De hecho lo más frecuente es que este no conozca el estado civil de su deudor y mucho menos el régimen económico de su matrimonio. La consecuencia era y es evidente: el título ejecutivo seciente a esa acción judicial ejercitada por el acreedor sólo amparaba la actuación ejecutiva contra el cónyuge identificado como sujeto pasivo en el título ejecutivo. Y sólo cabía dirigir la acción ejecutiva y despachar ejecución contra el mismo. 2) Que no existe en los regímenes jurídicos matrimoniales de comunidad, ni en concreto en el régimen consorcial aragonés, ni en la regulación de la compilación ni en la vigente Ley de régimen económico del matrimonio una presunción legal de comunidad pasiva que autorizara a que el acreedor accionara ilimitadamente contra el patrimonio común y, sobre todo, 3) por la ausencia en nuestro ordenamiento procesal de un instrumento específico con el que solventar este problema: que aquí colisionaban, en el proceso de ejecución y en relación a bienes con titularidad compartida por el ejecutado y por un ter-

cero (el cónyuge no responsable) pero sin un deslinde jurídicamente preciso, derechos materiales de sujetos con intereses enfrentados: los del acreedor a satisfacer su crédito con los derechos que su deudor tuviera en el patrimonio común, y los del cónyuge no responsable para hacer respetar tanto sus derechos en el consorcio como la falta de responsabilidad del consorcio; y porque siendo tan respetable el derecho del acreedor como el del no deudor la cuestión no se resolvía en sede de distribución de la carga de la prueba. La solución únicamente se podía alcanzar aplicando mecanismos instrumentales de distribución de la carga de accionar. Que en la práctica se resolvió, en la única que era constitucionalmente posible, esto es imponiendo al acreedor aquella carga, pues era él quien pretendía alterar una situación preexistente: única solución posible atendida la negación de la facultad de autotutela de los particulares y el sentido de la función jurisdiccional. Lo que en práctica se traducía en tratar, en sede de ejecución, siempre como privativa, la deuda asumida unilateralmente por uno de los cónyuges. Aunque fuera o pudiera ser responsabilidad del consorcio. Sólo el mecanismo prevenido en el artículo 1.373 C. Civil ayudaba a aliviar el problema.

CUARTO: Ya ese específico problema es al que se quiere dar solución por el legislador en el artículo 541 Lec. 2000.

Lo primero que hay que advertir es que el legislador generaliza la solución que resultaba del artículo 1373 C.Civil, esto es y en lo que aquí interesa, traslada al cónyuge no deudor la carga de accionar (o más bien de reaccionar), de modo que su pasividad traerá como consecuencia el que el acreedor pueda dirigirse ilimitadamente contra el patrimonio común.

Es lo que se disciplina en el apartado 2 del artículo 541 Lec.

Aparentemente el artículo 541 Lec, en sus apartados segundo y tercero, regula, bien el embargo cuando se trate de deudas comunes (el apartado dos), bien cuando

se trate de privativas (el apartado tercero). Pero esto no es así. No se trata de trámites independientes sino que, antes al contrario, el primero de ellos se presenta como trámite previo e inexcusable del segundo. El trámite del apartado tercero está funcionalmente vinculado al prevenido en el apartado segundo y a lo resuelto en el mismo. A salvo que el título sea jurisdiccional y contenga pronunciamiento del carácter privativo de la deuda.

A poco que se profundice sobre el apartado segundo del artículo 541 Lec se podrá apreciar que el mismo no está destinado a regular la ejecución de los bienes comunes por deudas «de las que deba responder la sociedad de gananciales», como se anticipa al principio de la norma, sino que, antes al contrario, está destinado a clarificar si la deuda contraída por uno solo de los cónyuges es o no responsabilidad del consorcio. Es decir, se instaura un procedimiento encaminado a superar la apariencia de privatividad derivada del hecho de que sólo uno de los cónyuges aparezca como deudor en el título ejecutivo y aclarar si esa deuda contraída por este último es, pese a la unilateralidad en su generación, también responsabilidad del consorcio.

El incidente de privatividad o de garanticalidad pasiva que se instaura en el artículo 541 Lec. constituye, en cierta medida y en términos procesales, algo anómalo. Lo que por su naturaleza debería estar solventado en un declarativo, ahora, incidentalmente, se solventará en el proceso de ejecución. No es una mera especialidad a la que se refiera el artículo 248.1 Lec. para excluir el declarativo sino una excepcionalidad. No es un procedimiento declarativo especial, sino un contradictorio introducido en el proceso de ejecución. La regulación se contendrá en el Libro Tercero de la Lec., el relativo a la ejecución forzosa: no en el Libro Segundo, relativo a los procesos declarativos ni en el Libro Cuarto referido a los procesos especiales.

Este contencioso se vestirá por el legislador con los ropajes de una mera causa de

oposición en el proceso de ejecución. Pero, no es parangonable a las mismas. Desde su eficacia obstativa a la ejecución, sólo relativa, hasta el carácter con el que se resuelve, más propio de un plenario. Aun prosperando la causa de oposición, el título ejecutivo y aun la procedencia del mismo despacho de ejecución quedarán intactos (a salvo que en éste último se acordara el embargo de los bienes comunes: artículo 553.1.4º Lec; y sólo sobre este particular). La oposición de la privatividad de la deuda será eficaz en un ámbito diferente, en relación a la concreción del patrimonio o de las masas patrimoniales que en definitiva han de responder de esa deuda, a la, en definitiva, delimitación de la solvencia del deudor, pero no al derecho de crédito que se recoge en el título ejecutivo. Aun prosperando la excepción el título ejecutivo quedará completamente indemne. Su naturaleza, o por lo menos su eficacia, se aproxima más a la defensa que resulta del planteamiento de una tercería de dominio. Hay en este incidente, declaración definitiva de derechos.

En definitiva que el cauce procesal instaurado en el artículo 541 Lec. sirve, primero, para dilucidar si el patrimonio común debe responder ilimitadamente de la deuda generada individualmente por alguno de los cónyuges y para el supuesto de que se concluya que no es así, determinar la forma en la que el acreedor puede accionar contra los derechos que el cónyuge deudor tiene en el patrimonio común, pues también con los mismos habrá de responder frente a su acreedor: la comunidad del régimen económico del matrimonio no crea un ámbito patrimonial inmune frente al acreedor de uno de los cónyuges respecto a los derechos que éste ostenta en el patrimonio común.

QUINTO: Precisado lo que puede ser el pórtico general del régimen general del embargo de los bienes comunes hay que entrar a analizar las peculiaridades del supuesto de autos, a saber, por una parte, el que se trata de un supuesto de régimen económico matrimonial disuelto pero no liquidado al estar separados los cónyuges

muchos años antes de la formalización de la póliza que constituye título ejecutivo y, por otra parte, los términos en los que se hizo la traba de los bienes.

Según la opinión doctrinal y jurisprudencial mayoritaria, tanto la comunidad postganancial, como la comunidad hereditaria, constituyen un patrimonio cuya titularidad corresponde a varias personas, cotitularidad que recae sobre la masa, el conjunto de bienes derechos y obligaciones. Cada cotitular tiene una cuota abstracta sobre el conjunto indiviso, de la que puede disponer, sin que puedan atribuirse cuotas individuales sobre bienes concretos. Así se calificará de comunidad especial.

Vigente el régimen consorcial los cónyuges no ostentan cuotas, el conjunto patrimonial les corresponde en «mano común», no existe la facultad de pedir la división, y las facultades de disposición y de gestión son conjuntas. Al disolverse la sociedad se modifican estas características: la cuota es independiente, alienable y embargable por deudas; cualquiera de los comuneros puede pedir la división y las facultades de administración y disposición tienen un régimen específico (diverso según la causa de disolución: si es por muerte se atribuye en principio al viudo –art. 71 LREM–, y si es por otras causas se estará al acuerdo de los partícipes y a falta del mismo a lo determinado judicialmente –art. 72 LREM–) sin que ello signifique que la comunidad se ha transformado en una comunidad de tipo «romano», pues no existen cuotas sobre bienes concretos sino cuotas sobre el conjunto indiviso de bienes.

La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1997 sentará que «... lo que nunca cabe es reclamar la mitad indivisa de un bien ganancial, mientras no se haya liquidado la sociedad y se hayan adjudicado los bienes resultantes, y ello aunque la sociedad de gananciales haya concluido por muerte del esposo en este caso concreto, toda vez que la disolución del matrimonio transforma la comunidad familiar de tipo germánico sin cuotas determinadas, en que consiste la sociedad de gananciales,

en una comunidad formada por el cónyuge superviviente y los herederos del finado con participaciones «pro indiviso» de la total masa del patrimonio ganancial, pero sin atribuir cuotas concretas sobre ninguno de los bienes, que sólo se producirá tras la liquidación y adjudicación». Y que «... entre la disolución y la adjudicación de bienes concretos media un estado de indivisión o de comunidad de bienes postganancial que en el caso es una comunidad entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del premuerto; la situación de indivisión no significa que cada uno de estos tenga la titularidad del 50% de cada bien ganancial, pues esta comunidad incidental ha de responder de su pasivo y, entre este pasivo».

Es el mismo criterio que se seguirá por la Dirección General de los Registros y del Notariado. Así en su resolución de 9 de octubre de 1998 se razonará que «... disuelta, pero no liquidada la sociedad de gananciales, no corresponde a los cónyuges individualmente una cuota indivisa en todos y cada uno de los bienes que la integran y de la que pueda disponer separadamente, sino que, por el contrario, la participación de aquéllos se predica globalmente respecto de la masa ganancial en cuanto patrimonio separado colectivo, en tanto que conjunto de bienes con su propio ámbito de responsabilidad y con un régimen específico de gestión, disposición y liquidación, que presupone la actuación conjunta de ambos cónyuges o de sus respectivos herederos, y solamente cuando concluyan las operaciones liquidatorias, esta cuota sobre el todo cederá su lugar a las titularidades singulares y concretas que a cada uno de ellos se le adjudiquen en las operaciones liquidatorias».

Lo razonado tiene una enorme trascendencia sobre lo que puede ser objeto de embargo. Constante el régimen económico matrimonial sólo lo pueden ser bienes concretos que integren el patrimonio común, sin perjuicio de la solución que se pretenda dar a los derechos que correspondan al cónyuge no deudor.

La Dirección General de los Registros y del Notariado mantuvo que en estas situaciones, si se embargan bienes concretos era necesario demandar a ambos cónyuges, y que de no hacerse sólo cabe embargar la cuota global que corresponde a un cónyuge sobre el patrimonio común, rechazando la posibilidad teórica de embargar los derechos que puedan corresponder a un cónyuge sobre un concreto bien consorcial, razonando en este sentido la Resolución del Centro Directivo de 9 de octubre de 1998 que «en el caso de la traba de los derechos que puedan corresponder al deudor sobre bienes gananciales concretos, puede perfectamente ocurrir que estos bienes no sean adjudicados al cónyuge deudor (y, lógicamente, así será si su cuota puede satisfacerse en otros bienes gananciales de la misma naturaleza, especie y calidad), por lo que aquella traba quedará absolutamente estéril; en cambio, si se embarga la cuota global, y los bienes sobre los que se anota no se atribuyen al deudor, éstos quedarán libres, pero el embargo se proyectará sobre los que se le haya adjudicado a éste en pago de su derecho (de modo que sólo queda estéril la anotación, pero no la traba). Se advierte, pues, que el objeto del embargo cuando la traba se contrae a los derechos que puedan corresponder a un cónyuge en bienes gananciales singulares carece de verdadera sustantividad jurídica; no puede ser configurado como un auténtico objeto de derecho susceptible de una futura enajenación judicial (cfr. Resolución de 8 de julio 1991) y, por tanto, debe rechazarse su reflejo registral, conforme a lo previsto en los artículos 1 y 2 de la Ley Hipotecaria».

Si bien el legislador aragonés ha sentado diferente solución al disponer en el artículo 70.2 de la Ley 2/2003 de régimen económico que cabe proceder contra «los derechos que a su deudor puedan corresponder sobre los mismos (bienes concretos de la comunidad disuelta) en la liquidación ...».

La diferencia no termina de ser relevante dado que la conclusión es la misma para los dos supuestos, esto es la necesaria paralización del proceso de apremio hasta

que se diluciden los derechos del cónyuge deudor, bien sobre un bien en concreto, bien sobre la cuota global, como se vería obligada a reconocer el Centro Directivo en su resolución de 23 de diciembre de 2002, al razonar que «las cuotas sobre un patrimonio en liquidación, en cuanto tales, no son «bienes» susceptibles de enajenación forzosa, al carecer de la necesaria concreción y determinación, imprescindible para que puedan ser valorados objetivamente, como trámite esencial de cualquier procedimiento de enajenación forzosa sobre bienes del deudor, habida cuenta que nadie puede ser privado de sus bienes sino en virtud de un acto legítimo de autoridad (expropiación por causa de utilidad pública o interés social, previa la correspondiente indemnización, o para satisfacción de los acreedores, en el procedimiento judicial o administrativo tramitado con arreglo a la ley (cfr. art. 33 de la Constitución y 348 y 1.911 del Código Civil)».

SEXTO: Por ello no es aceptable el posicionamiento de la recurrente cuando pretende excepcionar que el patrimonio común no debe responder de las deudas por las que se despachó la ejecución, pues ello, con ser verdad (aparte, como luego veremos, no cuestionado), no obsta para nada a que el acreedor pueda pretender la satisfacción de su crédito a cargo de los derechos que correspondan a su deudor en ese patrimonio consorcial. Y esta solución es la misma aplicando la Ley 2/2003, de 12 de febrero, que el régimen jurídico sentado en la Compilación, pues uno y otro vienen a establecer, a los efectos que ahora interesan, lo mismo, a saber que deben respetarse los derechos del cónyuge no deudor en el patrimonio común. Pero uno y otro régimen jurídico ni establecen ni posiblemente podrían establecer (art. 1.911 C. Civil) que el acreedor no pudiera satisfacerse con cargo a los derechos que ostente el cónyuge deudor en ese patrimonio común. Esos derechos, sólo identificables tras la liquidación, siempre serán susceptibles de apremio, con las peculiaridades antes explicadas, a instancias del acreedor del cónyuge deudor.

Porque lo peculiar del supuesto de autos no es sólo que nadie cuestione que el patrimonio común, en su integridad, no debe responder de las deudas contraídas por el marido, sino que en ningún caso ni se pretendió por la entidad ejecutante ni se acordó por el Juzgado el embargo de tales bienes, sino sólo algo perfectamente lícito para el acreedor, a saber, satisfacer su crédito con cargo a los derechos patrimoniales que su deudor ostenta en el patrimonio común.

En efecto lo que en la demanda ejecutiva se pedía era el embargo de la «participación con carácter consorcial que ostenta el demandado...» sobre determinados bienes y fincas. Y eso es lo que acordó el Juzgado en el auto despachando ejecución de 14 de mayo de 2009. Expresión equivalente a la prevenida en el artículo 70.2 de la Ley 2/2003, y en la que es clara su finalidad de proceder sólo contra los derechos que el deudor tiene en el patrimonio consorcial y no ilimitadamente contra el mismo (en el acto del juicio el ejecutante se refirió a la «cuota global» que correspondía a su deudor en el patrimonio común, siguiendo aquí la terminología del Centro Directivo, a diferencia de en su demanda ejecutiva en la que se seguía la terminología de la Ley aragonesa 2/200), por lo que no se alcanza a entender ni tiene sentido una oposición a una agresión a unos derechos, los que pudieran corresponder a la recurrente, como cónyuge no deudor, que nunca fueron objeto de apremio en el proceso de ejecución. Lo que en realidad supone que no había verdadero objeto litigioso: la recurrente se opone a unas acciones ejecutivas sobre sus derechos en el patrimonio consorcial que no han sido objeto de agresión en el proceso de ejecución en ningún momento. Razonamientos que fatalmente deben conducir a la desestimación del recurso.

SÉPTIMO: Que al desestimarse el recurso de apelación procede imponer las costas causadas en esta alzada a la parte apelante (arts. 398 y 394 Lec).

Vistos los demás preceptos de general y pertinente aplicación,

84

NÚM. 84

S. APZ de 22 de junio de 2010

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GASTOS DE LOS HIJOS MAYORES O EMANCIPADOS: Proceso de separación o divorcio: legitimación: *En lo que se refiere a la pensión de alimentos a los dos hijos, el juez de instancia la señala para uno de los hijos, pero no para la hija, pues aun reconociéndose a la madre legitimación para pedirla, no las pidió, de manera que si el padre no la paga voluntariamente, la parte contraria deberá solicitar más adelante modificación de medidas. Aun cuando el recurrente señala pensión para la hija, esta última no puede señalarse pues al convivir la hija con la madre, sólo la actora y no su marido puede reclamarla en el proceso matrimonial, ex artículo 93-2 Cc. No solicitada ni por la madre ni por la hija dicha pensión no puede el tribunal obrar de oficio al tratarse de un derecho sometido al principio de rogación.*

DISPOSICIONES CITADAS: art. 93-2 Lec.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Francisco Acín Garós.

Ante el JPI núm. 16 de Zaragoza se han seguido autos de divorcio recayendo sentencia de fecha de 3 de noviembre de 2009. Ambos esposos apelan la sentencia de instancia por diversos extremos estimando en parte el recurso del marido y el la mujer.

85

NÚM. 85

S. APZ de 8 de septiembre 2010

65: RELACIONES PARENTALES Y TUTELARES. ADOPCIÓN, GUARDA. ACOGIMIENTO. PROTECCIÓN DE MENORES: DELACIÓN HECHA POR UNO MISMO: Vinculación al juez: *En la legislación estatal la autotutela tiene preferencia en el orden de llamamientos pero puede ser alterada atendiendo al interés del incapacitado, atribuyéndose el juez discrecionalmente*

la facultad de valorar la mayor idoneidad de los aspirantes mientras que en la legislación aragonesa se da una mayor relevancia a la voluntad del otorgante no siendo suficiente únicamente con acudir al criterio de la mayor idoneidad en el cargo para descartar la autotutela. El juez debe motivar las razones que los llevan a ello, y si no hay motivo alguno para ello, ni se ha producido ningún cambio de circunstancias significativo desde el otorgamiento que en beneficio o interés del incapacitado lo aconseje

DISPOSICIONES CITADAS: arts. 95, 100, 101 Lsuc. (arts. 108, 109, 114, 115 CDFa).

PONENTE: Ilmo. Sr. don Julián Carlos Arqué Bescós.

Ante el JPI núm. 13 de Zaragoza se interesa la declaración de incapacidad del doña Sol quien había otorgado escritura de autotutela y poderes preventivos designado en todo ello a su hermana como tutora y apoderada. El Juzgado, en S. de 9 de septiembre de 2009, estima la demanda de incapacitación pero designa tutor al cónyuge de la incapacitada. La hermana de ésta apela el fallo, solicitando ser ella la tutora pues así lo manifestó su hermana en escritura pública como prevé el artículo 95 Lsuc. (108 CDFa). La APZ estima el recurso.

86

NÚM. 86

A. APZ de 5 de octubre de 2010

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: AUTORIDAD FAMILIAR: Educación religiosa: *El auto recurrido otorga al cónyuge custodia la facultad de decidir si las menores han de recibir o no el sacramento de la comunión a través del dogma católico; fallo que es recurrido por la cónyuge no custodia. Dentro del contenido de la autoridad familiar se atribuye a los padres la decisión sobre la formación religiosa de los hijos hasta que estos alcanzan 14 años, y ello debe ser consensuado por ambos progenitores, debiendo resolver el juez en caso de discrepancia artículo 7.1*

LDp. Los padres contrajeron matrimonio católico, las hijas están bautizadas y van a catequesis, y habiendo expresado libremente las menores su opinión en la exploración judicial, el interés de las mismas está mejor protegido con la postura mantenida por el progenitor custodio. En estos casos, no parece que judicialmente deba ser impuesta de forma coercitiva y de forma judicial lo que deban hacer las menores.

DISPOSICIONES CITADAS: arts. 7 y 62 LDp. (arts. 10 y 65 CDFa).

PONENTE: Ilmo. Sr. don Julián Arqué Bescós.

Ante el JPI núm. 16 se siguen autos para que determine el juez ante la falta de acuerdo de los padres si las hijas menores de edad del matrimonio deben o no tomar la comunión. El juzgado, en A. de 16 de abril de 2010, otorga la facultad de decidir al padre. La madre recurre el auto en apelación y su recurso es desestimado por la APZ, confiándose la sentencia de instancia.

NÚM. 87

S. APZ de 11 de octubre 2010

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GASTOS DE LOS HIJOS MAYORES O EMANCIPADOS: Alimentos legales: *Las circunstancias concurrentes, la edad de la actora y su inserción en el mercado laboral desde hace cuatro años, impiden la fijación de alimentos con cargo al padre (divorciado de la madre), de conformidad con lo previsto en el artículo 66 LDp. (art. 69 CDFa), y ello pese a que su salario no le permita una vida absolutamente independiente, por cuanto tiene en su mano su progreso laboral tendente al logro de la independencia buscada y el sustrato de necesidad que caracteriza a los alimentos no concurre en este supuesto, al constar que ha trabajado anteriormente a jornada completa con un salario razonable que le permitiría su independencia.*

DISPOSICIONES CITADAS: art. 66 LDp. (art. 69 CDFa).

PONENTE: Ilma. Sra. Dña. María-Elia Mata Albert.

Ante el JPI núm. 13 de Zaragoza se siguen autos de alimentos de Jessica frente a su padre, ya que en 2008, en un proceso de modificación de medidas, el padre solicitó dejar de pagar los alimentos a esta hija, de las dos que tiene, porque se hallaba trabajando a tiempo completo. Ahora la hija reclama alimentos al padre porque trabaja a media jornada, vive independiente de la madre y con lo que gana no le llega para sufragar sus gastos. El juzgado en sentencia de 6 de abril de 2012 desestimó la demanda. La actora recurre en apelación e igualmente se desestima el recurso.

NÚM. 88

S. APZ de 3 de noviembre de 2010

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: MEDIDAS JUDICIALES: Modificación: *La modificación de las medidas (arts. 90. 91 y 100 Cc.) ya fijadas en anteriores procesos matrimoniales requiere una alteración de las circunstancias que, para que sean tenidas en cuenta, han de revestir una serie de características, como que sean trascendentes y no de escasa o relativa importancia, que se trate de una modificación permanente o duradera y no aleatoria o coyuntural, que no sea imputable a la propia voluntad de quien solicita la modificación ni preconstituida y que sea anterior y no haya sido prevista por los cónyuges o el Juzgador en el momento en que las medidas fueran establecidas. Correspondiendo la carga de la prueba a la parte que propone la revisión de las medidas (art. 217 Lec.).*

DISPOSICIONES CITADAS: arts. 90. 91 y 100 Cc.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Julián Arqué Bescós.

Ante el JPI núm. 6 de Zaragoza se siguen autos de modificación de medidas, recayendo sentencia el 22 de abril de 2010. El marido recurre el fallo y se desestima su recurso de apelación.

89

NÚM. 89

S. APZ de 3 de diciembre 2010

73: SUCESIÓN PACCIONADA:
FORMA: *Estamos ante un pacto sucesorio de disposición de los contratantes en favor de tercero para después de los días de los instituyentes y cuyo objeto será la constitución de un derecho real a favor de las hijas, respecto de las que concurre el elemento de ajenidad sobre la cosa. Estamos ante un pacto sucesorio porque las partes disponen de su derecho de uso respecto de cada una de las viviendas para después de su muerte transmitiéndolo a un tercero. El pacto se acuerda en convenio regulador y aun cuando se incorpora a documento público no es escritura pública que es la forma imperativa que exige la ley. Por lo tanto, procede declarar su nulidad tal y como interesa el apelante.*

DISPOSICIONES CITADAS: arts. 62, 65, c, 69, 71 y 82 Lsuc. (arts. 377, 380, 384-2, 386 y 397 CDFa).

PONENTE: *Ilma. Sra. Dña. María Jesús de Gracia Muñoz.*

En convenio regulador los cónyuges acuerdan atribuirse en proindiviso las dos viviendas consorciales, atribuyéndose cada uno de los cónyuges en exclusiva el uso de una de las viviendas para sí y, acordando ambos, que a la muerte de ellos el uso de sus respectivas viviendas los ceden a las hijas del matrimonio. Ante el JPI núm. 14 de Zaragoza, el marido solicita la declaración de nulidad de esta cláusula. El juzgado en S. de 16 de marzo de 2010 desestima la demanda; el actor recurre en apelación y la APZ estima su recurso revocando la sentencia de instancia en este punto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Según consta en la pieza de liquidación de gananciales referida en la demanda, seguida en el Juzgado de Familia, en fecha de 2 de julio de 2003, la parte actora acordó con la parte demandada la liquidación de su régimen matrimonial, lo que fue aprobado por auto de 17 de julio 2003 de conformidad con el artículo 810 LEC.

En dicho convenio, tras fijar el activo y pasivo, se llevaron a cabo las adjudicaciones oportunas al 50%, y se atribuyó, tanto al esposo como a la esposa, el uso y disfrute vitalicio de una vivienda, trastero y aparcamiento, para uno de ellos, y de otra vivienda y aparcamiento, para el otro. Además, se incluyó la cláusula siguiente: «Establecen las partes que en caso de fallecimiento de cualquiera de ellos, las hijas habidas del matrimonio sustituirían al cónyuge fallecido en el ejercicio del derecho de uso que a su favor se constituye en el presente convenio, sirviendo la presente declaración de declaración constitutiva del derecho de uso a favor de la citadas hijas para el supuesto contemplado en el presente párrafo. Consecuentemente, el progenitor superviviente renuncia expresamente al derecho de uso que pudiera corresponderle respecto a los inmuebles cuyo uso correspondiera al progenitor fallecido, y del mismo modo renuncia al ejercicio de la acción de división de la cosa común».

Consta, en relación a un inmueble, finca 3.519 (folio 27), que dicho documento, tras ser calificado conforme al artículo 18 LH, fue objeto de inscripción registral, inscribiéndose para don F J un 50% de la nuda propiedad y el uso y disfrute vitalicio y el 50% de la nuda propiedad para doña T L y «el derecho de uso sucesivo constituido a favor de las hijas del matrimonio».

El actor solicitó la declaración de nulidad de la mencionada cláusula y la cancelación de la inscripción registral a favor de las hijas del matrimonio en relación al artículo 6.3 LEC. La petición se basó en que si el acto era donación, era nulo en rela-

ción al artículo 633 CC por no cumplir los requisitos de forma al no hacerse en escritura pública, ni con intervención de las hijas. Si se consideraba donación futura, sería también nula, en relación a la jurisprudencia que cita. Si el acto suponía constituir un derecho de uso, sería nulo por ser personalísimo e intransmisible en relación al artículo 525 CC. Si se consideraba un pacto sucesorio sería nulo por falta de forma en relación al art 62 de la Ley aragonesa 1/1999 de 24 de febrero.

En segundo lugar, considera nula la cláusula en la que se renunciaba a la división de cosa común en relación al artículo 400 CC.

Tras la oposición de la parte demandada y de las hijas, la sentencia consideró que se constituyó en el convenio un derecho de uso a favor de aquellas, si bien sujeto a la condición suspensiva del fallecimiento del progenitor. También considera válida la renuncia a la división de cosa común, desestimando la demanda. Esta resolución es objeto de recurso de apelación por la parte actora.

SEGUNDO: En la alegación primera del recurso se hace referencia a las causas de la petición de nulidad en relación a la motivación de la sentencia.

La parte actora ejercita su acción al amparo del artículo 6.3 CC, que establece que los actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. Para solicitar la nulidad de la cláusula, la parte actora parte del presupuesto de que el convenio, en relación a las hijas, no es lo que refleja, sino otro acto distinto que no se llega a precisar (donación, promesa de donación, pacto sucesorio, cesión de un derecho de uso). Como se efectúa en la sentencia para centrar la cuestión controvertida, resulta conveniente poner de manifiesto que no se cuestiona que el contrato carezca de alguno de sus elementos esenciales (art. 1.261 CC), ni que concurra vicio del consentimiento (art. 1.265 CC).

Se trata de calificar el pacto y determinar si infringe o no alguna norma imperativa, en cuyo caso sería nulo de forma absoluta.

Conviene también resaltar que la parte demandada hace referencia a la vivienda familiar, cuyo uso tiene un régimen particular (sentencia del TS núm. 861/09 de 18 enero de 2010, sentencia núm. 859 de 14 de enero de 2010, sentencia núm. 584/2010 de 8 de octubre). Pero ni la demanda se planteó dentro de ese ámbito ni el contenido del convenio permite considerar la cuestión controvertida desde ese marco por cuanto en aquel se dividen y adjudican varios inmuebles, con un trato igual para todos ellos, sin considerar el carácter de vivienda familiar.

En definitiva, el convenio de fecha de 2 de julio de 2003 se alcanzó en un procedimiento judicial de liquidación del régimen matrimonial. Quienes integraron dicha comunidad procedieron a la adjudicación de bienes, si bien con la particularidad, no de adjudicar un bien determinado a cada parte, sino llevando a cabo una adjudicación pro indiviso. Es decir, que si el mencionado procedimiento judicial tiene por objeto liquidar la comunidad surgida tras la disolución del matrimonio, en este caso, en virtud del principio de libertad contractual, el modo de efectuarlo fue originando una comunidad ordinaria (art. 392 CC), de modo que, en realidad, continuó la indivisión, que, a su vez, permite al copropietario pedir la división de la cosa común (art. 400 CC).

Surgió una comunidad ordinaria, y, en principio, en ese marco han de contemplarse las cláusulas del convenio. Cada uno de los propietarios tiene el derecho de usar las cosas como consecuencia del derecho de propiedad (art. 348 CC), pero con limitaciones (arts. 394 y 399 CC). Por ello los dos copropietarios pactaron sobre la forma o modo del disfrute de los inmuebles y en el sentido de atribuir un derecho de uso y disfrute a cada parte sobre bienes concretos. De esa forma se evitaba el uso indiscriminado de las dos partes sobre todos los inmuebles, otorgando un uso total

y exclusivo a cada parte sobre un concreto inmueble, con renuncia del otro al uso.

TERCERO: La cuestión debatida se centra en el pacto a favor de las hijas a las que se les atribuye el derecho de uso sobre cualquiera de los inmuebles para el momento en que se produjera el fallecimiento del progenitor que los venía ocupando. Lo que se plantea en la demanda es la naturaleza de la cláusula controvertida, si es disposición entre vivos o mortis-causa y en el primer caso cuál es el negocio que origina el derecho a favor de las hijas.

Según los artículos 467 y 524 CC los derechos de usufructo y de uso y habitación son derechos reales sobre cosa ajena en los que son parte el dueño de la cosa o nudo propietario y el titular del derecho real (usufructuario, usuario), siendo los dos últimos menos amplios que el primero por cuanto están limitados por las necesidades del usuario o habitacionista. Se rigen los derechos por su título constitutivo (arts. 470 y 523 LEC), y en su defecto por sus normas legales y, además, las normas del usufructo se aplican al uso y habitación (art. 528 CC). Se viene admitiendo la existencia de derechos reales atípicos, como refiere la sentencia del TS núm. 808/2001 de 26 de julio en relación al uso por cuanto lo primero que determina su régimen es el título constitutivo (art. 523 CC), el cual puede incluir unas características tales que lleguen a desnaturalizar el derecho como consecuencia del principio de libertad contractual. En el caso, y respecto a los copropietarios, el derecho de uso ya se presenta con unas características especiales, pues la cosa no es ajena, y se pacta la facultad de arrendar, lo que no permite el artículo 525 CC.

Estos derechos reales se pueden constituir, entre otros modos, por voluntad de los particulares manifestada por actos entre vivos o en última voluntad (art. 468 CC), y a favor de una persona o varias, y en este caso simultánea o sucesivamente, y desde o hasta cierto día y puramente o bajo condición (art. 469 CC).

Según el artículo 609 CC los derechos reales se adquieren y transmiten por la ley, sucesión, donación y contratos. Los artículos 620 y 621 CC establecen que las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante participan de las disposiciones de última voluntad y se registrarán por las reglas de la sucesión testamentaria y las que hayan de producir sus efectos inter vivos se rigen por las disposiciones de los contratos.

Las disposiciones sobre la sucesión suponen ordenar la transmisión de los derechos y obligaciones de una persona que no sean personalísimos y no se extingan por razón de la muerte (arts. 657 y 659 y 661 CC, art. 1 LS 1/1999). El CC no regula la sucesión contractual, pero sí la Ley 1/1999 de sucesiones por causa de muerte en Aragón (arts. 62 y ss).

Una cuestión es la constitución o creación del derecho real, que lo ha de efectuar el dueño de la cosa que crea el derecho, separándose la nuda propiedad del usufructo o del uso, lo que se produce, o bien manteniendo el propietario la nuda propiedad y transmitiendo el derecho de usufructo o de uso, o bien transmitiendo la nuda propiedad y reteniendo el goce de la cosa. Como consecuencia, una de las causas de extinción del usufructo es la reunión de ese derecho y la propiedad en la misma persona (art. 513.3 CC). Pero una vez originado el derecho real, otra cuestión distinta es la posibilidad de que su titular (usufructuario, usuario) lo transmita a otra persona. El derecho del usufructuario se configura de esa manera al ser transmisible a terceros (art. 480 CC), sin perjuicio de que en su momento se extinga por fallecimiento según el artículo 513 CC. Pero en relación al derecho de uso, y en conexión con el artículo 525 CC, puede surgir la cuestión de si su título constitutivo le puede o no otorgar un carácter transmisible, pues dicho precepto lo configura con un carácter personal, lo que impediría su transmisión. En este sentido, el art 107 LH establece que se puede hipotecar el usufructo, pero no el uso y la habitación. Pero dada la admisibilidad de derechos

reales atípicos, en principio no se puede rechazar la constitución de un derecho de uso con sus propias características

Según el texto del convenio, las partes (que son copropietarias) acuerdan que las hijas «sustituyan» al usuario que fallezca, lo que sirve para «constituir» el derecho real a favor de aquellas. Ese texto contractual accede al Registro en el que aparece con la mención de que se inscribe el uso «sucesivo» a favor de las hijas.

En principio el pacto proviene de los dos copropietarios en el ejercicio de sus facultades de ordenar el uso y disfrute de la cosa común (art. 398 CC), permitiendo el artículo 399 CC la sustitución en el aprovechamiento, si bien exceptuando a los derechos personales. Dado el contenido de ese art 399 y en principio el carácter personalísimo del derecho de uso, el pacto vulneraría dicho precepto. Pero, como se ha indicado, el título constitutivo del derecho real puede establecer sus propias características, incluidas las de otorgar al derecho un carácter no personalista. Si se considera que el pacto trata de satisfacer una primera necesidad como es la vivienda, primero para los padres y luego para las hijas, sin que salga del ámbito familiar, de modo que las hijas se vendrían a identificar con el progenitor, en continuidad, frente al sobreviviente, excluido del uso de la vivienda desocupada por fallecimiento del otro, podría admitirse que se efectuó un pacto o contrato de organización de la cosa común, válido entre copropietarios y permitido en el artículo 398 CC, (no de una donación), que incluiría la creación de un derecho de uso a favor de varias personas (progenitor e hijas), originándose una comunidad de usuarios que ejercitarían su derecho de forma sucesiva (arts. 469 y 521 CC).

Ahora bien, si se considera que el derecho real de uso constituido a favor de uno de los progenitores termina por su muerte y que solo en ese momento comienza el derecho de uso a favor de las hijas, pues se aplazó su efectividad hasta el momento del fallecimiento de una de las partes, resulta-

ría que se ha efectuado una disposición mortis causa. Se trataría, en relación a lo expuesto en la demanda, de un pacto sucesorio de disposición de los contratantes a favor de terceros para después de los días del instituyente y cuyo objeto sería la constitución del derecho real (arts. 62, 65.c, 69.2, 71.b y 82 LS de Aragón) a favor de las hijas, respecto a las que si concurría el elemento de ajenidad sobre la cosa.

Para concluir sobre la naturaleza del pacto se considera que lo que prevalece en la cláusula controvertida es que el derecho de uso a favor de las hijas va a ser efectivo a partir de un hecho cierto, que necesariamente ocurrirá, pero ignorándose cuándo, como es la muerte. Si el derecho de uso de las hijas es «sucesivo» respecto al de un progenitor, o las hijas le «sustituyen», y solo y exclusivamente y desde un único momento, resulta que la muerte es lo determinante, sin que se contemple ninguna otra posibilidad ni otro momento de ejercicio del derecho por parte de las hijas. La consecuencia es que se trata de un pacto sucesorio o un acuerdo de voluntades por el cual las partes disponen de su derecho de uso para después de la muerte, transmitiéndolo a tercero. El pacto se incorporó a documento público, pero no es escritura pública, que es forma imperativa, por lo que su ausencia determina la nulidad solicitada (art 62, 84 LSA, art 3 Compilación) (así sentencia TS núm. 801/2003 de 28 de julio en relación a un documento privado que no llega a reunir los requisitos para considerarlo testamento ológrafo).

CUARTO: En cuanto a la renuncia a la acción de división de cosa común, el artículo 400 CC establece que el derecho a pedir la división se puede ejercitar en cualquier momento y solo contempla la posibilidad de un pacto de conservar la cosa indivisible por diez años. En conexión con esta cuestión se puede tener en cuenta el artículo 1.965 CC que establece que es imprescriptible la acción de división, lo que permite indicar que la copropiedad se contempla como una situación transitoria, cuya terminación se facilita. Por tanto se considera que es irrenunciable el derecho

a pedir la división, y así se ha apreciado en algunas resoluciones judiciales (sentencia TS núm. 314/2003 de 28 de marzo, sentencia TS núm. 610/95 de 15 de junio, sentencia AP Barcelona sec. 12, núm. 74/2006 de 10 de febrero).

Por tanto, procede estimar la demanda, excepto en la petición segunda referente a la rectificación registral por cuanto dicha pretensión es una consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula, que puede acceder al Registro sin necesidad de imponer la obligación a la parte demandada.

QUINTO: Atendiendo a que la demanda no se estima totalmente, a que el pacto es complejo y puede ser objeto de varias interpretaciones, así como a la estimación del recurso, no se efectúa expresa imposición de costas (arts. 394 y 398 LEC).

Conforme a la DA 15ª de la LOPJ 1/09, se ha de proceder a la devolución del depósito constituido para recurrir.

Vistos los artículos citados y demás normas de general y pertinente aplicación,

DISPOSICIONES CITADAS: arts. 3, 5, 9, 12 *Comp. aragonesa*; arts. 162, 164, 1.281, 1.766, 1.767 Cc.

PONENTE: *Ilmo. Sr. don Juan Ignacio Medrano Sánchez.*

Ante el JPI núm. 19 de Zaragoza se siguen autos sobre reclamación de cantidad interpuesto por Samuel, ahora mayor de edad, contra una entidad bancaria, por haber autorizado ésta la disposición de dinero ingresado en una c.c. a nombre de Samuel, por parte del padre de éste que actuó como su representante legal. El juzgado, en sentencia de 26 de marzo de 2010 dictó sentencia desestimando la demanda. Samuel, de vecindad civil aragonesa, recurre en apelación y su recurso estimado por la APZ, que condena a la entidad a la devolución del dinero.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Objeto de este proceso es determinar la procedencia del reintegro realizado en un depósito bancario, comercialmente denominado «Libreta Joven» del que era titular su hijo de 17 años al tiempo de su apertura sin autorización ni firma de este último. Debate que debe solventarse en el escenario jurídico de la Compilación, pues acaeció, como luego se verá, con anterioridad a la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona.

El régimen aragonés de capacidad por minoría de edad aporta relevantes diferencias con relación al Código Civil. Caracteriza al Derecho Aragonés el que el menor mayor de catorce años presenta un estatuto jurídico diferenciado en el que se aproxima su capacidad al de la mayoría de edad. De entrada, y esto es criterio unánime, deja de tener representación legal, lo que se deduce de que el artículo 14 de la Compilación refiere tal representación legal a favor de los padres sólo con relación al «hijo menor de catorce años», pero ello y esto también tiene su relevancia, subsistiendo las funciones de autoridad familiar (art. 9 de la Compilación).

NÚM. 90

S. APZ de 30 de diciembre 2010

62: EDAD. INCAPACIDAD E INCAPACITACIÓN: Del mayor de catorce años: **64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GESTIÓN DE LOS BIENES DE LOS HIJOS: Disposición hasta los 14 años:** *A la edad de 14 años los menores de edad en Aragón carecen de representante legal, correspondiéndoles a ellos, y no a sus padres, efectuar los actos de disposición sobre sus propios bienes con la debida asistencia. Los padres, al no ser representantes legales de los hijos menores de edad y mayores de 14 años carecen de facultades para realizar actos de disposición sobre los bienes de los hijos, artículo 13-2 Comp.*

SEGUNDO: A los efectos que ahora interesan lo relevante no es tanto definir el perfil de esa capacidad semiplena del menor aragonés mayor de catorce años como los actos de administración que puede ejercitar el padre sin la concurrencia de la voluntad del menor y, sobre todo, de los actos de disposición que puede realizar por sí solo de los bienes del menor mayor de catorce años.

Porque normalmente toda situación de recuperación de capacidad disminuida conlleva un correlativo desplazamiento de las potestades de quien suple o complementa a la persona con capacidad disminuida.

No será este el caso del menor aragonés, o no lo será de un modo pleno, pues por una parte el artículo 5.1 de la Compilación permite realizar al menor mayor de catorce años «toda clase de actos y contratos, con asistencia, en su caso, de uno cualquiera de sus padres...». La norma no identifica los casos en los que ese menor puede actuar por sí sólo, lo que resultará de específicas previsiones legales, pero esa capacidad de realizar «por sí» toda clase de actos y contratos, no desplaza la de los padres según resulta del artículo 12 de la misma Compilación

El estatuto jurídico es confuso pero se clarifica en sede de capacidad para disponer de los bienes, que en el artículo 13 de la Compilación se referenciaba a favor del administrador, siquiera sometida a autorización con relación a la disposición bienes de especial valor. Pero ello, se cuidaba de precisar la norma, respecto a la «disposición de los bienes del menor de catorce años», porque para el mayor de esa edad la disposición corresponde al propio menor asistido de sus padres. Pero no modifica el régimen de disposición.

Una referencia final al menor mayor de 14 años, pues este cuando viva independientemente, tiene la libre administración de todos sus bienes, supuesto en el que, aquí sí, parece desplazar la coadministración de sus padres.

De todo ello se colige, que es lo que aquí interesa, que los padres de un menor mayor de catorce años, que como ya hemos dicho no tienen representación legal, no pueden nunca, por sí ni con las autorizaciones del artículo 13 disponer de los bienes de sus hijos.

TERCERO: Presupuesto lo anterior conviene precisar los datos fácticos del supuesto de autos. El demandante, cuando tenía 17 años, con la colaboración o ayuda de su abuelo, aperturó en una oficina de la entidad demandada un depósito bancario en la modalidad conocida comercialmente como «Libreta Joven». En el contrato aparecía como titular el menor, reseñándose que esa titularidad lo era «con cláusula especial», cuyo contenido se reseñaba en el mismo contrato de apertura en el sentido de que «el titular precisará la firma de su representante legal para disponer del saldo mientras persista su incapacidad por minoría de edad», siquiera luego en la libreta, dentro de la relación de titulares, además del menor, se consignaba al representante legal del menor, pero no al padre del mismo, don Ernesto, sino al abuelo don Antonio. El día 19 de abril de 2005 se realizó un reintegro en ese depósito por importe de 30.592,50 euros, momento en el que el ahora demandante seguía ostentando 17 años, no alcanzando la mayoría de edad hasta el 19 de julio de ese mismo año. Tal reintegro no se hizo por el menor, ni solo ni asistido, ni tampoco por su abuelo. En la demanda se relata que ese reintegro está amparado por un «garabato ilegible» con el DNI del padre, y se cuestionará, aunque en términos dubitativos y de sospecha, que correspondiese al mismo. En el testimonio vertido por este último en el juicio se negó por el mismo haber hecho disposiciones en esa cuenta (secuencia 18:36), pero la prueba pericial caligráfica practicada en el proceso arroja una conclusión incuestionable, y puede afirmarse que fue el padre quien hizo el reintegro objeto de este litigio.

CUARTO: A partir de este momento y tras realizar diversas reclamaciones extrajudiciales, el que entonces era menor de-

manda a la entidad bancaria depositaria de esos fondos reclamando el importe de ese reintegro indebidamente permitido por la misma.

La sentencia dictada en primera instancia desestimaré la pretensión y ello en base a la circunstancia de que, según contrato, al necesitarse la firma del representante legal y siendo este en definitiva el que la autorizó, su padre, y que era el mismo el que gestionaba la cuenta con normalidad, no habría razón jurídica para hacer cuestión de la corrección de ese reintegro.

QUINTO: Contra este pronunciamiento se alzaré la parte demandante.

Como primer motivo del recurso se invoca una inadecuada interpretación del régimen convencional del depósito, pues en tres documentos, contrato, libreta y ficha de firmas, se consignaba al abuelo como representante legal del menor y específicamente se disponía la necesidad de su firma.

El régimen convencional del depósito era equívoco y partía de una impropiedad jurídica, a saber la de que el menor, por ser mayor de 14 años y, como más adelante veremos llevar vida independiente, tenía un representante legal, cuando como ya hemos dicho, el estatuto jurídico de un menor de 17 años lleva a la cierta conclusión de que carece de representante legal.

Y la segunda impropiedad es la de que, si se quiere entender que tiene representante legal, el mismo no se puede modificar convencionalmente, siendo esa condición de determinación jurídica (arts. 14 y 9.1 de la Compilación). Aunque no se tiene representante legal sí que se mantiene por los mismos la autoridad familiar y, cuando no hay vida independiente del menor, son administradores de sus bienes al margen de la concurrente propia capacidad de menor de administrar asistido por sus padres.

El régimen convencional no es así fácilmente entendible. Se afirma en la instancia y se refuta en el recurso, el que el medio normal de gestión del depósito fue por

intervención del padre. Pero no consta que fuera así. Aunque es llamativo que ni en demanda ni en contestación se hiciera prácticamente referencia alguna a esta cuestión, que hubiera podido ser relevante para resolver el conflicto (en ello se basa, en parte, la sentencia impugnada), la entidad demandada hubiera tenido una muy fácil prueba de cómo se operaban los reintegros de esa libreta, que los hubo de muy diversas formas, cheques y reintegros, que tuvieron que dejar un indudable rastro documental en poder de la propia entidad depositaria de los fondos. Esa nebulosa probatoria ha de operar en contra de la depositaria conforme resulta del principio de disponibilidad probatoria instaurado en el artículo 217.7 Lec. El que, lo único seguro, los cargos del préstamo hipotecario se hicieran en esa libreta no representa anomalía alguna pues el menor era el prestatario y en esa libreta aparece el abono del importe del préstamo deducidos los gastos de constitución.

SEXTO: Prescindiendo de esas impropiedades del régimen convencional del depósito, aunque se entienda que bajo la invocación del representante legal debía aceptarse a la persona del padre y no del abuelo designado este último nominatim en el contrato, aunque, se repite, se entendiera así, el padre carece de las facultades de disposición de los bienes de su hijo. Y éste tiene la titularidad de sus bienes (art. 11.1 de la Compilación), y la facultad dispositiva asistido, en su caso, de su padre. Pero a la inversa este último no puede por su sola autoridad, «por sí mismo», prescindiendo de la voluntad y consentimiento del menor mayor de catorce años, disponer de los bienes del mismo.

Y ese reintegro, sin conocerse, como no se conoce, su destino, debe calificarse como un acto de disposición por quien carecía de potestad jurídica para hacerlo, por tanto inoponible frente al titular del depósito y obligado a su restitución conforme a los artículos 1.766 y 1.775 C. Civil.

SEPTIMO: No obsta a esta condición la circunstancia de que, entre padre e hijo,

viviendo este último con el beneplácito del primero, con los abuelos, incorporado a la vida laboral, según resulta del informe de vida laboral (f. 216) desde febrero de 2005, por lo tanto económicamente independiente, mantuviera, antes y después de su mayoría de edad, conexiones económicas y comerciales como serían que el menor adquiriera una vivienda, subrogándose en el préstamo hipotecario que la gravaba, así como en el préstamo con garantía hipotecaria que se concertó en la misma fecha que aquella compraventa, esto es 17 de diciembre de 2004, ostentando por tanto 17 años el menor, concurriendo aquél en las dos escrituras para asistir a su hijo en los términos prevenidos en el artículo 5 de la Compilación y, además, en la segunda como representante de su empresa para afianzar esa operación. Ni que la sociedad que constituiría después el menor tuviera inicialmente el mismo domicilio que el del padre, ni que el hijo otorgara, también ya mayor de edad, el 18 de diciembre de 2007, un poder notarial para que su padre asistiera a un juicio en defensa de un despido acordado por la empresa del demandante.

Advertir que de todo ello no resulta un fraude de ley, alegado por primera vez en

esta alzada, sin que se hiciera en la primera instancia, en la que la Caja recurrente se limitó a advertir del hecho de aquellos negocios jurídicos de compraventa y préstamo, pero sin que a los mismos se asociara en tal escrito de alegaciones idea alguna de connivencia fraudulenta alguna entre padre e hijo.

Los criterios de capacidad legal de los menores de edad se establecen con carácter objetivo y lo que hubiera sido relevante, en su caso, hubiera sido la mecánica de funcionamiento de ese depósito, ingresos y reintegros, de los que la entidad demandada, a buen seguro, hubiera podido alegar y probar. Ciertamente que la parte demandante tampoco da mucha noticia de ello, pero esa nebulosa probatoria, no sirve para fundar una actuación fraudulenta. Procede pues la estimación de la demanda y del recurso.

OCTAVO: Que al estimarse la demanda procede imponer las costas de la primera instancia a la parte demandada (art. 394 Lec), sin que proceda hacer una especial imposición de las causadas en esta alzada.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente aplicación.