

F) ÍNDICES DE JURISPRUDENCIA*

F) JURISPRUDENCE CONTENT

1. Índice de las resoluciones publicadas en este número

1. Content of the decisions published in this number

PARTES DEL ÍNDICE

Cada una de las referencias del índice de jurisprudencia consta de varias partes o elementos: 1. La clasificación por materias, que incluye cada referencia jurisprudencial en alguna de las divisiones del «índice de claves» y, dentro de ella, en alguno de sus conceptos y, si los hay, subconceptos; 2. Los datos para identificar la resolución judicial; 3. El sumario con información del contenido de la resolución; 4. Los datos para localizar la resolución en el volumen de la Revista donde se halla publicada: en negrita se facilita el número marginal de la resolución y seguidamente los datos del volumen que la publica.

EXPLICACIÓN PREVIA: EL «ÍNDICE DE CLAVES» (TABLA DE MATERIAS)

El lector habrá observado que tanto en el Repertorio de bibliografía como en la presentación de cada una de las resoluciones judiciales, así como en el índice de jurisprudencia, se emplea el mismo sistema de clasificación «numérico-conceptual» que denominamos «índice de claves». Se trata de una clasificación de las materias del Derecho civil aragonés vigente completada con los apartados necesarios para ordenar también la variada bibliografía relativa a los antecedentes, las fuentes e instituciones históricas, los temas comunes a todos los Derechos forales, las obras generales, las auxiliares, etc.

* El índice acumulado de Jurisprudencia desde 1995-2015, se publicó en la RDCA-2014-XX.

La tabla de materias así construida para poder clasificar la bibliografía y la jurisprudencia, adaptada en 2003 a la de la Biblioteca Virtual de Derecho Aragonés, es la siguiente:

- I. FUENTES: EDICIONES HISTÓRICAS
- II. FUENTES: EDICIONES CONTEMPORÁNEAS
- III. CLÁSICOS (SIGLOS XVI-XVIII)
- IV. OBRAS GENERALES, DE JURISPRUDENCIA, MANUALES, PANORÁMICAS Y REVISTAS (SIGLOS XIX-XXI)
 1. COMENTARIOS, ESTUDIOS, HOMENAJES, ENCICLOPEDIAS Y OTRAS OBRAS COLECTIVAS
 2. REPERTORIOS DE JURISPRUDENCIA
 3. MANUALES Y OBRAS GENERALES DE DERECHO ARAGONÉS
 4. MANUALES Y OBRAS GENERALES DE DERECHO FORAL
 5. PANORÁMICAS
 6. REVISTAS
- V. MONOGRAFÍAS Y ARTÍCULOS (SIGLOS XIX-XXI)
 1. TEMAS COMUNES A TODOS LOS DERECHOS FORALES
 - 1.1. HISTORIA HASTA LA NUEVA PLANTA. LA CODIFICACIÓN Y LOS DERECHOS FORALES
 - 1.2. DEL CÓDIGO CIVIL A LAS COMPILACIONES FORALES
 - 1.3. LA CODIFICACIÓN DE LOS DERECHOS FORALES. LA MODIFICACIÓN DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL CC.
 - 1.4. LOS DERECHOS FORALES EN LA CONSTITUCIÓN Y LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA
 - 1.5. LA CASACIÓN FORAL
 - 1.6. PROBLEMAS DE DERECHO INTERREGIONAL. LA VECINDAD CIVIL
 2. ESTUDIOS DE FUENTES E HISTORIA DEL DERECHO E INSTITUCIONES DEL REINO DE ARAGÓN
 - 2.1. HISTORIA DEL DERECHO ARAGONÉS HASTA 1707, EN GENERAL
 - 2.2. LOS ORÍGENES Y PRECEDENTES DE LOS «FUEROS DE ARAGÓN». CARTAS DE POBLACIÓN, FUEROS LOCALES, «FUEROS DE SOBRARBE»
 - 2.3. LA COMPILACIÓN DE HUESCA Y EL VIDAL MAYOR
 - 2.4. LOS FUEROS Y OBSERVANCIAS Y SU ÉPOCA. PROCESOS FORALES
 - 2.5. FUEROS DE LA EXTREMADURA ARAGONESA; HISTORIA DE LAS COMUNIDADES DE TERUEL, ALBARRACÍN, DAROCA, CALATAYUD

- 2.6. ESTATUTOS, ORDINACIONES Y DERECHO MUNICIPAL
- 2.7. ESTUDIOS DE HISTORIA DE LAS INSTITUCIONES (PÚBLICAS Y PRIVADAS)
3. ARAGÓN: DESDE LOS DECRETOS DE NUEVA PLANTA AL APÉNDICE DE 1925
 - 3.1. DECRETOS DE NUEVA PLANTA, CODIFICACIÓN, CÓDIGO CIVIL
 - 3.2. EL CONGRESO DE JURISCONSULTOS ARAGONESES
 - 3.3. EL APÉNDICE Y LOS ANTEPROYECTOS
4. LA COMPILACIÓN: ANTECEDENTES Y REFORMAS. OTRAS LEYES CIVILES ARAGONESAS
 - 4.1. LA COMPILACIÓN Y SUS ANTECEDENTES
 - 4.2. TEXTOS LEGALES: LA COMPILACIÓN (CON SUS REFORMAS) Y OTRAS LEYES CIVILES
 - 4.3. AUTONOMÍA: CONSERVACIÓN, MODIFICACIÓN Y DESARROLLO DEL DERECHO CIVIL
5. PARTE GENERAL DEL DERECHO
 - 5.1. FUENTES DEL DERECHO. COSTUMBRE. *STANDUM EST CHARTAE*
 - 5.2. LA JURISPRUDENCIA. LA CASACIÓN FORAL
 - 5.3. OTRAS MATERIAS
6. PERSONA Y FAMILIA
 - 6.1. EN GENERAL
 - 6.2. EDAD
 - 6.3. AUSENCIA
 - 6.4. RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES
 - 6.5. RELACIONES PARENTALES Y TUTELARES. ADOPCIÓN, GUARDA, ACOGIMIENTO. PROTECCIÓN DE MENORES
 - 6.6. RÉGIMEN ECONÓMICO CONYUGAL
 - 6.6.1. EN GENERAL
 - 6.6.2. RÉGIMEN MATRIMONIAL PACCIONADO
 - 6.6.3. CONSORCIO CONYUGAL
 - 6.6.3.1. ACTIVO
 - 6.6.3.2. PASIVO
 - 6.6.3.3. GESTIÓN
 - 6.6.3.4. DISOLUCIÓN. LA COMUNIDAD POSCONSORCIAL

- 6.6.3.5. LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN
- 6.7. COMUNIDAD CONYUGAL CONTINUADA
- 6.8. VIUDEDAD
 - 6.8.1. DISPOSICIONES GENERALES
 - 6.8.2. DERECHO EXPECTANTE DE VIUDEDAD
 - 6.8.3. USUFRUCTO VIDUAL
- 6.9. PAREJAS ESTABLES NO CASADAS
- 7. SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE
 - 7.1. DE LAS SUCESIONES EN GENERAL Y NORMAS COMUNES A LAS SUCESIONES VOLUNTARIAS
 - 7.1.1. DISPOSICIONES GENERALES
 - 7.1.2. CAPACIDAD E INDIGNIDAD PARA SUCEDER
 - 7.1.3. SUSTITUCIÓN LEGAL
 - 7.1.4. ACEPTACIÓN Y REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA
 - 7.1.5. RESPONSABILIDAD DEL HEREDERO
 - 7.1.6. COLACIÓN Y PARTICIÓN
 - 7.1.7. CONSORCIO FORAL
 - 7.1.8. NORMAS COMUNES A LAS SUCESIONES VOLUNTARIAS
 - 7.2. SUCESIÓN TESTAMENTARIA
 - 7.2.1. DISPOSICIONES GENERALES
 - 7.2.2. TESTAMENTO MANCOMUNADO
 - 7.2.3. INVALIDEZ E INEFICACIA DE LOS TESTAMENTOS
 - 7.3. SUCESIÓN PACCIONADA
 - 7.4. FIDUCIA SUCESORIA
 - 7.5. LEGÍTIMA
 - 7.6. SUCESIÓN LEGAL
- 8. DERECHO DE BIENES
 - 8.1. DERECHO DE BIENES EN GENERAL
 - 8.2. RELACIONES DE VECINDAD
 - 8.3. LUCES Y VISTAS
 - 8.4. SERVIDUMBRES
- 9. DERECHO DE OBLIGACIONES
 - 9.1. DERECHO DE OBLIGACIONES EN GENERAL
 - 9.2. DERECHO DE ABOLORIO O DE LA SACA

9.3. CONTRATOS SOBRE GANADERÍA

10. DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS

VI. OBRAS AUXILIARES

1. BIBLIOGRAFÍA, RECENSIONES Y RESEÑAS. METODOLOGÍA DOCENTE E INVESTIGADORA
2. JURISTAS Y ESCRITORES ARAGONESES, ACADEMIAS O ESCUELAS JURÍDICAS, CONSEJOS DE ESTUDIOS, COLEGIOS PROFESIONALES, JORNADAS, NOTICIAS
3. HISTORIA GENERAL DE ARAGÓN
4. EDICIONES DE FORMULARIOS Y DOCUMENTOS DE APLICACIÓN DEL DERECHO. OTRAS

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

CASACIÓN FORAL

• ALEGACIÓN DE DERECHO NO APLICABLE

S. TSJA 18/2015, 29 de junio de 2015

Se reitera lo dicho en la STSJA 30/2014, de 26/9. Esta Sala ha asumido la competencia en el trámite de admisión del recurso de casación por fundarse éste en infracción de normas propias del Derecho aragonés (arts. 73.1.a LOPJ, 478.1.2 Lec., 1 Ley 4/2005, de 14 de julio, sobre la casación foral aragonesa), al ser éstas las alegadas por el recurrente, que ha asumido la responsabilidad de la posible incoherencia entre las normas alegadas (art. 83.4 y 5 CDFA) y el derecho aplicable, cuya apreciación corresponde a esta Sala en la presente sentencia. El art. 83 CDFA no resulta de aplicación al presente caso, por no existir hijos a cargo, debiendo ser aplicados los arts. 97, 100 y 101 Cc. Al no resultar de aplicación el Derecho civil aragonés, sino el Cc., debe desestimarse el motivo de casación, puesto que ninguna infracción de un precepto de Derecho civil aragonés se ha producido. No obstante, indica la Sala que la solicitud de extinción o reducción de la asignación compensatoria por infracción del art. 83.4 y 5 CDFA estaba abocada al fracaso.

20 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• CAUSAS DE INADMISIÓN

A. TSJA, 8 de mayo de 2015

La Sala acuerda no admitir el recurso de casación ni el de infracción procesal porque, conforme al Acuerdo no Jurisdiccional del TS de 30 de diciembre de 2011, concurren las siguientes causas de inadmisibilidad: a) Para el recurso de casación: «La acumulación de infracciones, la cita de preceptos genéricos o la cita de preceptos heterogéneos en un mismo motivo que generen la existencia de ambigüedad o indefinición sobre la infracción alegada (art. 481.1 Lec.)». La heterogeneidad de preceptos que se denuncian como infringidos in-

cumple la técnica casacional que exige claridad en los motivos del recurso (ATS 17/7/2007 (recurso 2254/2003). b) En cuanto al motivo de infracción procesal: «La errónea valoración de la prueba no puede ser planteada en este recurso, salvo, cuando, al amparo del art. 469.1.4 Lec., se demuestre que la valoración probatoria efectuada en la sentencia recurrida es arbitraria, ilógica o absurda, en forma suficiente para estimar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, o inválida por vulnerar un derecho fundamental». Además es de aplicación la DF 16 de la Lec, punto 1, regla 5ª.

14 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• FALTA DE TÉCNICA CASACIONAL

A. TSJA, 15 de febrero de 2016

La Sala se considera competente para conocer del recurso de casación interpuesto ya que puede entenderse que se refiere a la vulneración de Derecho civil aragonés (art. 478.1.2º Lec.), pero la Sala acuerda su inadmisión a trámite. El recurso de casación tiene naturaleza de recurso extraordinario, tendente a revisar si la sentencia dictada en segunda instancia por una Audiencia Provincial ha infringido el ordenamiento jurídico aplicable al caso. El recurso ha de fundarse en la infracción de norma sustantiva. En el caso de autos no se menciona norma alguna como motivo del recurso de casación. El recurso incurre así en la causa de inadmisión prevista en el art. 483.2.2º Lec., en relación con los arts. 481.1 y 477.1, es decir, de interposición defectuosa por falta de técnica casacional.

44 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• NO CABE CONTRA SENTENCIAS DE AUDIENCIA EN SU CONFIGURACIÓN UNIPERSONAL

A. TSJA, 14 de octubre de 2015

El TS ha resuelto de modo reiterado, con ocasión de la admisión o inadmisión a trámite de los recursos de casación contra sentencias recaídas en recursos de apelación dictadas por las Audiencias Provinciales en su configuración unipersonal, en procedimientos de juicio verbal

por razón de la cuantía (art. 82.2.1º.II LOPJ), que las mismas no son susceptibles de recurso de casación por no haber sido dictadas por tribunal colegiado (arts. 477.2 y 483.2.1º Lec.). Se reproduce el ATS 18/2/2015 (rec. 603/2014). Criterio del TS que ha sido refrendado por el TC en el Auto 300/2014, de 15 diciembre (rec. amparo 2875/2014). Entiende la Sala que esta jurisprudencia del TS sobre el art. 477 Lec., en relación con el art. 2.1 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, es vinculante, como se razonó en el ATSSJA de 16/4/2010 que declaró la inadmisión del recurso de casación contra sentencia recaída en procedimiento de formación de inventario del art. 809 Lec. para la liquidación del régimen económico matrimonial.

27 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• REQUISITOS PARA LA ADMISIÓN DEL RECURSO

A. TSJA, 29 de mayo de 2015

Conforme al art. 483.2.2 Lec., procederá la inadmisión del recurso si el escrito de interposición no cumplierse los requisitos establecidos, para los distintos casos, en la ley, y el art. 481 Lec. exige que dicho escrito exprese con la necesaria extensión sus fundamentos. De acuerdo con tal precepto, el escrito de interposición del recurso de casación debe contener una exposición amplia y clara de la argumentación en que se sostenga la infracción que se afirma cometida. Así lo señala el acuerdo de la Sala Primera del TS de 30 de diciembre de 2011, y la jurisprudencia que lo precede y aplica. Asimismo, se ha excluido de la vía casacional la alegada infracción de preceptos genéricos sin la necesaria concreción, y el acarreo de argumentos heterogéneos en un mismo motivo. Todo ello es predicable del presente recurso de casación.

19 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

• LEGISLACIÓN APLICABLE AL CASO

S. TSJA 27/2015, 6 de octubre de 2015

Se trata de un matrimonio contraído en Ecuador (Quito) por nacionales de dicha República que tuvieron también allí descendencia común, todos ellos con residencia habitual en España en la actualidad. Así las cosas, el art. 8.a del Reglamento (UE) 1259/2010, del Consejo, que derogó de facto las reglas que se mantuvieron en el art. 107 Cc. hasta la Ley 15/2015, señala como ley aplicable al divorcio la española por la residencia común de los esposos; ley que es asimismo la aplicable a las cuestiones sobre responsabilidad parental en virtud del art. 5.1 del Convenio de La Haya de 19/10/1996, y a los alimentos, por así resultar del art. 3.1 del Protocolo de La Haya de 23/11/2007, en ambos casos por razón de la residencia del menor. Entre las leyes españolas, la aplicable es la aragonesa por ser Aragón el territorio de residencia de todos los afectados, pues la falta de vecindad civil conduce al punto de conexión de la residencia (arts. 47 y 48 Convenio de La Haya 1996, 16 del Protocolo de 2007 y 15 del Reglamento de 2010).

29 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• PACTOS DE PRESENTE: APARTACIÓN.

S. TS (Sala de lo contencioso, secc. 2ª) 9 de febrero de 2016

El art. 33.3.b) LIRPF, no considera ganancias o pérdidas patrimoniales las transmisiones patrimoniales por causa de muerte, cuyo contenido ha de determinarse acudiendo al Derecho civil. Debiéndose resaltar que estamos ante un concepto jurídico de significación unívoca, lo que no cabe es otorgarle distinto significado según estemos ante el impuesto sobre sucesiones o en el de la renta, que es lo que pretende la Administración. Dentro del concepto jurídico de transmisiones patrimoniales por causa de muerte, se comprende, sin duda, los pactos sucesorios, lo que el propio legislador estatal acoge abiertamente, como se ha visto, en el expresado art. 24 del Impuesto sobre Sucesiones, esto es, son adquisiciones patrimoniales lucrativas consecuencia de un negocio jurídico por causa de la muerte de la persona; sin que su naturaleza jurídica sufra porque el efecto patrimonial se

anticipe a la muerte del causante, que constituye, como no puede ser de otra forma en los negocios mortis causa, la causa del negocio. La apartación, como pacto sucesorio, es una transmisión lucrativa por causa de muerte del contribuyente, comprendida dentro del art. 33.3.b) de la LIRPF.

1 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

LEY DE COOPERATIVAS

• REEMBOLSO DE PARTICIPACIONES AL COOPERATIVISTA QUE CAUSA BAJA

S. TSJA 2/2015, 15 de enero de 2015

Dicho reembolso debe valorarse por referencia exclusiva al ejercicio económico en que se da de baja (art. 53 Ley 9/1998, de Cooperativas de Aragón). El cooperativista tiene derecho al reintegro de sus previas aportaciones al capital social, actualizadas en su caso, pero no a parte alícuota del patrimonio social, ya que no estamos ante una sociedad de capital sino ante una entidad cooperativa, de naturaleza, regulación y fines muy distintos a las sociedades con ánimo de lucro (STS 48/2014, de 6/2).

3 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

TUTELA

• NULIDAD DE LOS ACTOS DEL TUTOR

S. APT, 29 de abril de 2015

Aun cuando el contrato de compraventa se celebró en 1999, por aplicación del régimen transitorio previsto en el CDFA (DT^{2ª}) es aplicable al caso dicho código. Para la compraventa de bienes por parte del sujeto a tutela era y es necesaria la autorización de la Junta de parientes o del Juez, al no haber intervenido en dicho acto la compraventa ni uno ni otro el mismo es anulable tal y como establece el art. 19 CDFA.

70 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

61: PERSONA Y FAMILIA: EN GENERAL

ASIGNACIÓN COMPENSATORIA NO HABIENDO HIJOS A CARGO

• APLICACIÓN DEL CC.

S. TSJA 18/2015, 29 de junio de 2015

Tras reiterar lo establecido en las SSTSJA de 30/12/2011 y 11/1/2012 sobre la naturaleza y finalidad de la asignación compensatoria aragonesa que, en lo sustancial no es diferente de la señalada por el art. 97 Cc. para la pensión compensatoria, «salvo que esta última viene encuadrada entre los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio del matrimonio, en tanto que la asignación aragonesa se aplicará, si se dan los requisitos para ello, en los casos de ruptura de cualquier tipo de convivencia de los padres». El título de la Sección en la que está incluido el art. 83 CDFA se refiere a los «padres con hijos a cargo», y el art. 75.1 C DFA deja claro que el objeto de dicha Sección es regular las relaciones familiares en los casos de ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo, incluidos los supuestos de separación, nulidad y divorcio. En el caso no hay ningún hijo a cargo de los progenitores, por lo que la pensión discutida en este pleito es la compensatoria del art. 97 Cc., y no la asignación compensatoria del art. 83 CDFA, no resultando de aplicación la legislación foral aragonesa alegada por el recurrente, sino el Código civil. Se desestima el recurso de casación, puesto que ninguna infracción de un precepto aragonés se ha producido.

20 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

S. TSJA 29/2015, 8 de octubre de 2015

Como ya se ha establecido en la STSJA 18/2015, de 29 de junio, con referencia a otras anteriores, la asignación compensatoria del art. 83 CDFA no es de aplicación en los casos de ruptura de la convivencia cuando no existen hijos a cargo del matrimonio. En estos casos es de aplicación la regulación establecida en el art. 97 del Código civil. Dada la similitud sustancial de naturaleza y función entre ambas regulaciones, procede entrar a considerar el fondo del recurso deducido, pero par-

tiendo de la aplicación al caso de lo dispuesto en el art. 97 Cc.

31 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

S. TSJA 33/2015, 16 de octubre de 2015

No es de aplicación al caso el art. 83 CDFA, al no haber existido descendencia del matrimonio, por lo que no se da el supuesto de hecho para la aplicación de la regulación aragonesa, prevista para casos de ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo. Ya se ha sostenido así en sentencias anteriores: 18/2015 y 29/2015. La pretensión ejercitada se rige por lo prevenido en el art. 97 Cc. Dada la similitud sustancial entre la regulación aragonesa y la del Cc. procede entrar a considerar el fondo del recurso deducido, pero partiendo de la aplicación al caso de lo dispuesto en el art. 97 Cc. general.

33 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• **EXTINCIÓN**

S. TSJA 18/2015, 29 de junio de 2015

La asignación compensatoria tiene la misma naturaleza y finalidad que la pensión compensatoria del art. 97 Cc. Esta finalidad no es otra que atender al desequilibrio económico que la ruptura matrimonial ocasiona en un cónyuge respecto del otro; con ella se pretende «colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial (STS 4/12/2012, rec. 691/2010). Por ello el art. 83.5 CDFA permite la extinción cuando se produzca una «alteración sustancial de los criterios económicos en función de los cuales se determinó». Estos criterios fueron la diferencia económica entre ambos cónyuges que la sentencia recurrida entiende que se mantiene en la actualidad. La percepción de una exigua pensión de vejez SOVI –por importe de 477,22 euros mensuales– no puede considerarse una alteración sustancial de los criterios económicos en función de los cuales se determinó la asignación compensatoria, de manera que el recurso

de casación no hubiera podido prosperar por este motivo.

20 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• **LIMITACIÓN DEL EFECTO DE COSA JUZGADA**

S. TSJA 29/2015, 8 de octubre de 2015

Por sentencia de 2008 se suspendió temporalmente el pago de la asignación compensatoria, y se estableció que dicha obligación recobrará vigencia en cuanto el demandado (en incapacidad laboral transitoria) consiga un nuevo empleo. En 2013 el Juzgado ordena el levantamiento de la suspensión del abono de la pensión compensatoria y fija su cuantía en 290 euros mensuales, porque el demandado se encuentra desde abril de 2008 en situación de Incapacidad Permanente Absoluta y cobra una pensión de 876 euros mensuales. Alegada vulneración de los efectos de la cosa juzgada (art. 222 Lec.), la Sala recuerda que estos efectos resultan limitados en los procesos de familia, en los que se relativa la cosa juzgada, para salvaguardar los intereses en conflicto y mantener la fórmula de *rebus sic stantibus* (permaneciendo el estado de las cosas). Una decisión sobre el reconocimiento de derechos en esta materia, incluso de hacerse con un límite temporal, no impide el juego de los arts. 100 y 101 Cc., si concurre una alteración sustancial y sobrevenida de las circunstancias anteriores (SSTS 917/2008, de 3/10, 508/2011, de 27/6, y 1/2012, de 23/1).

31 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• **NATURALEZA**

S. TSJA 29/2015, 8 de octubre de 2015

Se reitera que la asignación compensatoria del art. 83 CDFA no tiene en lo sustancial una naturaleza y finalidad diferente a la señalada por el art. 97 Cc. a la pensión compensatoria, aunque no es preciso que la pareja sea matrimonio. Acerca de la naturaleza y función de la asignación compensatoria se transcribe lo que indica la STS 499/2013, de 16 de julio, recogiendo jurisprudencia con solida. da.

31 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

- **REDUCCIÓN**

S. TSJA 18/2015, 29 de junio de 2015

Subsidiariamente el recurrente pretende la reducción de la cuantía de la pensión compensatoria a 100 euros mensuales o, al menos, a los 300 euros mensuales fijados en la sentencia de primera instancia. La determinación del importe concreto de la revisión ex art. 83.4 CDFa corresponde al juzgador, en función, en el caso enjuiciado, de la alteración que hayan experimentado los ingresos del perceptor, sin que resulte exigible que la reducción de la pensión lo sea en la misma cantidad o porcentaje en que se incrementen los ingresos. La escasa cuantía de la pensión SOVI que ahora percibe la mujer (477,22 euros mensuales) conduce a la Audiencia a reducir la asignación compensatoria a 400 euros, reducción prudencial, en un porcentaje (30%) cercano a aquel en el que se han incrementado los ingresos (45%), por considerar que una reducción mayor impediría la finalidad reequilibradora de la asignación compensatoria. La decisión no puede calificarse de ilógica, irrazonable o arbitraria, atendiendo a las circunstancias concurrentes, en particular a la escasez de la pensión SOVI y a la diferencia entre los ingresos de una y otra parte, por lo que el motivo de casación habría de ser desestimado de ser aplicable el derecho civil aragonés.

20 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

- **REVISIÓN POR VARIACIÓN SUSTANCIAL**

S. TSJA 29/2015, 8 de octubre de 2015

El elemento relevante para la revisión, tanto en el art. 83.4 CDFa como en el 100 Cc., es el de la consideración de si en el caso de autos se ha producido o no una variación sustancial. Como expresa la norma, basta con que la situación económica de uno de los litigantes sea modificada sustancialmente para que pueda revisarse la pensión establecida, tanto en su cuantía como en su duración y exigibilidad. Habiendo obtenido el demandado el derecho a una pensión, a consecuencia de la nueva situación de Incapacidad Permanente Absoluta, concurren los elementos fácticos para apreciar la alteración de circunstancias, en forma trans-

cente y duradera, lo que permite la revisión de la decisión suspensiva anteriormente acordada, dejándola sin efecto, de manera que la pensión compensatoria vuelve a ser exigible.

31 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR NO HABIENDO HIJOS

S. APT, 15 de octubre de 2014

De la lectura de los arts. 81 CDFa y 91 Cc. se deduce: que en los supuestos en los que no existe descendencia del matrimonio no es imperativo hacer un pronunciamiento sobre el uso del domicilio familiar; no obstante lo cual el juez «puede» hacerlo, si estima que alguno de ellos mantiene un interés necesitado de protección. En el caso enjuiciado los cónyuges tienen una situación equilibrada en lo económico, por lo que la atribución, aun cuando sea temporal, del domicilio conyugal a alguno de ellos será siempre en perjuicio del otro. Por otra parte no puede soslayarse que las cargas de un anterior matrimonio no pueden ser tenidas en cuenta a la hora de efectuar la atribución, pues es evidente que el nuevo cónyuge no viene obligado a soportar las mismas. En estas circunstancias estima el Tribunal que no resulta procedente hacer pronunciamiento sobre el uso, siquiera temporal, de la vivienda conyugal, debiendo proceder los cónyuges a su liquidación por los medios legales procedentes.

49 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

- **APLICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL**

S. TSJA 33/2015, 16 de octubre de 2015

Siendo los cónyuge aragoneses el régimen jurídico que regía su matrimonio mientras subsistió, y que determina los efectos del divorcio, es el Derecho civil aragonés, contenido en el CDFa (art. 14, en relación con el 9.2, ambos del Cc.). El CDFa regula determinados aspectos de los efectos de la separación y divorcio, entre los que se cuenta el relativo al uso de la vivienda conyugal (art. 81). Sin embargo, este precepto se incluye en el Libro I (derecho de la

persona), Título II (relaciones entre ascendientes descendientes), Cap. II (deber de crianza y autoridad familiar) y Secc. 3ª (efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo). Este conjunto normativo, proveniente de la Ley aragonesa 2/2010, está previsto para regular las consecuencias de esa ruptura cuando existen hijos a cargo del matrimonio o de la pareja. Pero cuando no hay descendencia, no existe regulación propia en Derecho aragonés, de modo que son de aplicación las normas del Cc., en concreto el art. 96, párrafo tercero, respecto del uso de la vivienda conyugal.

33 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

62: EDAD: INCAPACIDAD E INCAPACITACIÓN

EMANCIPACIÓN POR CONCESIÓN

• REQUISITOS

S. JP II EJEA Nº 1, 12 de febrero de 2014

La concurrencia de alguno de los supuestos a los que se refiere el artículo 30.2 CDFA supone la existencia, al menos a priori, de una justa causa para la emancipación. El hecho de que la emancipación no sea automática, aun concurriendo una de estas causas, exige que se valoren otros elementos como los argumentos del progenitor o progenitores que se oponen, así como otras circunstancias que hayan quedado acreditadas y que desaconsejen la emancipación del solicitante. La madre está conforme y el padre se opone alegando que su hijo no tiene madurez suficiente, ni medios económicos. El menor apenas tiene quince años y no dio excesivas muestras de madurez. Pero al estar los progenitores separados, conviviendo con otras personas, para el solicitante es incómodo el cumplimiento del régimen de visitas. Con la emancipación pretende comunicar con su padre cuando y como él quiera. Por ello, debe accederse a lo solicitado al concurrir los requisitos para la emancipación y no haberse acreditado ninguna circunstancia que aconseje la denegación.

66 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

INCAPACITACIÓN

• CAUSAS

S. JP II EJEA Nº 1, 14 de mayo de 2014

En aplicación del art. 38 CDFA se ha puesto de manifiesto como la afección de la demandada tiene carácter persistente, y que lo es la causa de sus limitaciones para gobernar su persona y sus bienes. La limitación de la capacidad de una persona tiene por objeto la protección de la misma. Por ello debe extenderse tan solo a aquellos ámbitos en los que es necesaria dicha protección, debiendo mantenerse la capacidad de la persona en la medida en que ello no sea necesario estrictamente para su protección. En el caso que nos ocupa debe acordarse la incapacidad total de la demandada, tanto en el aspecto personal como en el patrimonial, ya que la Sra. A necesita asistencia para casi todas las tareas básicas de la vida. En el aspecto patrimonial, aunque llega a reconocer el dinero, de la exploración se desprende que no sería capaz de llevar a cabo ni siquiera actos patrimoniales sencillos y de poco montante. Debe ser privada del derecho de sufragio, para evitar la posible captación de su voto, ya que no conoce políticos actuales, y sólo tiene reminiscencias de épocas pasadas hace tiempo.

65 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

PRESUNCIÓN DE CAPACIDAD

S. APZ (secc. 2ª) 14 de octubre de 2015

Debe partirse de la presunción general de la capacidad de las personas sentada por el art. 34.1 CDFA. La declaración de incapacidad necesita de una prueba de carácter concluyente, dirigida a la destrucción de la presunción de capacidad de las personas, para una vez establecida poner en funcionamiento los mecanismos de guarda y protección previstos en los artículos 130 y c.c. del CD FA. En el caso, las pruebas han acreditado cumplidamente que don L. padece una enfermedad psíquica que, según informe de los dos médicos forenses, anula parcialmente la capacidad de autogobierno de su persona en relación al seguimiento médico y cumplimiento terapéutico, pero no hay cons-

tancia de que está limitación afecte a cuestiones patrimoniales.

72 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

**64: RELACIONES ENTRE
ASCENDIENTES Y
DESCENDIENTES**

**ALIMENTOS A LOS HIJOS MAYORES DE
EDAD**

- **APLICABILIDAD DEL ART. 93.2 Cc.**

S. JPII EJE A N° 1, 24 de marzo de 2014

El demandado se opone a la prestación alimenticia a favor de M, por entender que ya se emancipó, y que lleva vida adulta, por lo que la madre no tiene legitimación para reclamar alimentos en su nombre. Entiendo que de lo dispuesto en los artículos 58, 69 y 82 del CDFA se desprende la obligación de ambos progenitores de contribuir a satisfacer los gastos de asistencia de sus hijos, aunque éstos sean mayores de edad (sin perjuicio de los límites establecidos en el artículo 69 del mencionado texto legal). Dichos preceptos deben interpretarse a la luz de la doctrina del TS (S. 24/04/2000) aunque se refiera al artículo 93 Cc. Debe reconocerse legitimación al progenitor con el que convive un hijo mayor de edad para reclamar, en su nombre, alimentos del otro progenitor. En el caso que nos ocupa, el hijo M ya se emancipó, ya que marchó a Zaragoza, donde estuvo viviendo y trabajando una temporada, pero ello no debe ser obstáculo alguno, pues la realidad es que sigue viviendo en el domicilio materno, que no trabaja y que no tiene ingresos.

63 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

ASIGNACIÓN COMPENSATORIA

- **CRITERIOS PARA ESTABLECER O REVISAR LA TEMPORALIDAD**

S. TSJA 35/2015, 10 de diciembre de 2015

El alcance de la revisión en casación de la temporalidad de la obligación del pago de la asignación compensatoria fue objeto de consideración en la STSJA 35/2014, 15/11, que se remite a los criterios fijados por el TS para establecer la temporalidad (en particular, STS 369/2014, de 3/7). El juicio prospectivo para valorar la idoneidad o aptitud de la beneficiaria para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto es función del tribunal de instancia, no siendo revisable en casación salvo que la decisión adoptada se aparte de los criterios exegéticos establecidos jurisprudencialmente o se realice mediante una valoración de los hechos alejada de la lógica. La «certeza» de que va a ser factible la superación del desequilibrio en un tiempo concreto (5 años, en el caso), no debe entenderse como equivalente a «certeza absoluta», sino a «probabilidad alta». Superación del desequilibrio en plazo de 5 años que en el caso parece factible aunque, por acuerdo entre los cónyuges, la mujer hubiera adoptado durante el matrimonio el rol de madre y esposa tradicional, dedicada en exclusiva al cuidado de los hijos y del hogar.

35 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

- **NATURALEZA**

S. TSJA 33/2015, 16 de octubre de 2015

Se reitera que la asignación compensatoria no tiene en lo sustancial una naturaleza y finalidad diferente a la señalada por el art. 97 Cc. a la pensión compensatoria. Esta naturaleza y función ha sido fijada por el TS: SSTS 864/2010, de Pleno, de 19 enero, 499/2013, de 16 julio, entre otras. El elemento determinante radica en considerar si el matrimonio ha supuesto un perjuicio económico para uno de los cónyuges, lo que se percibe en el momento de la ruptura. En ocasiones la dedicación a la casa, a los descendientes menores o a ascendientes ancianos, puede determinar una pérdida de ingresos por actividad profesional de quien asume esta limitación en sus perspectivas laborales o económicas, y en tales casos la pensión sirve para compensar los sacrificios realizados a favor de la familia y con merma de sus ingresos. Pero la simple desigualdad económica, cuando no es consecuencia de la mayor dedicación a la fami-

lia de uno de los esposos, no determina un auténtico derecho de compensación por vía del art. 97 Cc. (STS 355/2013, de 17/5).

33 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

- **NO HABIENDO HIJOS A CARGO SE APLICA EL CC.**

S. TSJA 33/2015, 16 de octubre de 2015

No es de aplicación al caso el art. 83 CDFA, al no haber existido descendencia del matrimonio, por lo que no se da el supuesto de hecho para la aplicación de la regulación aragonesa, prevista para casos de ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo. Ya se ha sostenido así en sentencias anteriores: 18/2015 y 29/2015. La pretensión ejercitada se rige por lo prevenido en el art. 97 Cc. Dada la similitud sustancial entre la regulación aragonesa y la del Cc. procede entrar a considerar el fondo del recurso de ducido, pero partiendo de la aplicación al caso de lo dispuesto en el art. 97 Cc. general.

33 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

- **LIMITACIÓN TEMPORAL**

A. TSJA, 3 de julio de 2015

El art. 81 CDFA ni fue citado en la sentencia recurrida (que resuelve el recurso se apelación contra sentencia dictada en juicio de desahucio) ni podía ser el fundamento de la misma dado que la cuestión relativa a la limitación temporal del uso de la vivienda ya había sido objeto de sentencia en el procedimiento de familia, en la que había sido señalado el término de dicho uso. Pero, dado que el fallo no contenía, aunque hubiera podido hacerlo, pronunciamiento sobre la obligación de desalojo en fecha determinada que pudiera ser objeto de ejecución, el actor inició el juicio de desahucio para hacer efectiva la decisión sobre el término del derecho de uso de la demandada, que ya había sido resuelto. En consecuencia, el art. 81 CDFA no podía ser infringido en

el procedimiento de desahucio ni motivo del recurso de casación, incurriendo así en causa de inadmisión conforme a lo dispuesto en el art. 4 83.2º en relación con el art. 477.1, ambos de la Lec.

22 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

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

El plazo fijado en la sentencia recurrida mantiene el uso de la vivienda a favor de la esposa hasta que el menor de los hijos alcance la mayoría de edad (4/5/2023). Alega el recurrente que este plazo es contrario a las reglas de la lógica y a la equidad y contrario al art. 81.3 CDFA pues un plazo de 15 años convierte en la práctica en indefinida la atribución del derecho de uso. Entiende la Sala que se trata de una decisión discrecional del Juez, que debe valorar las circunstancias concurrentes, a salvo siempre de la arbitrariedad, o el razonamiento irracional o ilógico. La diferencia retributiva entre los padres (muy superior la del padre) y esperar a que se alcance la mayoría de edad por el menor de los hijos son criterios objetivos y razonables para fijar el período de atribución del uso de la vivienda familiar, que en modo alguno infringen las reglas de la lógica y la equidad, y no desvirtúan la limitación temporal exigida en el precepto, por lo que el recurso debe ser desestimado.

26 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

- **MODIFICACIÓN DEL LÍMITE TEMPORAL PACTADO**

S. TSJA 8/2015, 17 de febrero de 2015

Solicitada por el padre la modificación del límite temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar, que la sentencia de divorcio de 1999, conforme a lo pactado en el convenio regulador, había atribuido «hasta que el hijo alcanzara la independencia económica», las sentencias de instancia lo limitan «hasta el 30 de junio de 2018», fecha de la mayoría de edad del hijo. El art. 96 Cc., bajo cuya vigencia los litigantes pactaron su convenio regulador, no contenía disposición alguna sobre necesaria limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar a los menores y cónyuge en

cuya compañía quedaran. La novedosa regulación actualmente contenida en el art. 81.3 CDFA es norma introducida con posterioridad a la sentencia de divorcio, de plena aplicación ahora por virtud de la DT 6ª CDFA. Ante esta situación, debe valorarse que como antes de la Ley 2/2010 la limitación temporal, habiendo hijos, sólo era posible mediante acuerdo, «el pacto venía necesariamente condicionado por tal circunstancia, de forma que el progenitor no custodio no tenía otras alternativas que, por el contrario, se hacen muy presentes para ambos si por ley se ha de imponer necesariamente una limitación temporal» (STSJA de 12/10/2014). Por tanto, si existe un cambio de circunstancias que permite modificar el convenio inicialmente aprobado, el cambio debe afectar también a lo pactado respecto del uso de la vivienda familiar.

8 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

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

S. TSJA 33/2015, 16 de octubre de 2015

Siendo los cónyuges aragoneses el régimen jurídico que regía su matrimonio mientras subsistió, y que determina los efectos del divorcio, es el Derecho civil aragonés, contenido en el CDFA (art. 14, en relación con el 9.2, ambos del Cc.). El CDFA regula determinados aspectos de los efectos de la separación y divorcio, entre los que se cuenta el relativo al uso de la vivienda conyugal (art. 81). Sin embargo, este precepto se incluye en el Libro I (derecho de la persona), Título II (relaciones entre ascendientes descendientes), Cap. II (deber de crianza y autoridad familiar) y Secc. 3ª (efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo). Este conjunto normativo, proveniente de la Ley aragonesa 2/2010, está previsto para regular las consecuencias de esa ruptura cuando existen hijos a cargo del matrimonio o de la pareja. Pero cuando no hay descendencia, no existe regulación propia en Derecho aragonés, de modo que son de aplicación las normas del Cc., en concreto el art. 96, párrafo tercero, respecto del uso de la vivienda conyugal.

33 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• **PRONUNCIAMIENTOS DISCRECIONALES**

S. TSJA 2/2016, 20 de enero de 2016

Constituye doctrina reiterada de esta Sala que, al no tener un plazo legal de duración, la fijación del período de atribución temporal del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores ex art. 81.3 CDFA, a falta de acuerdo, constituye una decisión discrecional del Juez, que debe valorar las circunstancias concurrentes, a salvo siempre de la arbitrariedad, o el razonamiento irracional o ilógico. Salvo en estos supuestos, no corresponde al Tribunal de Casación pronunciarse sobre tal cuestión, que queda reservada al juzgador de instancia (Juzgado y Audiencia). En el presente caso, la decisión de la Audiencia está motivada y es razonable, atendiendo a las circunstancias concretas que concurren en la familia afectada por la medida, valorando especialmente el interés de los hijos menores.

40 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

S. TSJA 6/2015, 4 de febrero de 2015

En doctrina reiterada de esta Sala (por ej., Ss. de 11/7/2013 y 18/7/2013) se sostiene el carácter discrecional de la decisión relacionada con la limitación del uso de la vivienda familiar. Salvo supuestos de decisión arbitraria o ilógica, no corresponderá al Tribunal de Casación pronunciarse sobre tal cuestión, que queda reservada al juzgador de instancia, esto es, al Juzgado de Primera Instancia y a la Audiencia Provincial que conoce del recurso ordinario de apelación contra la sentencia dictada por el órgano unipersonal. No se observa arbitrariedad alguna en los razonamientos de la sentencia y no cabe estimar tampoco que el plazo total de uso de la vivienda sea anómalo o no atienda a los principios legales y jurisprudenciales sobre necesidad de respeto a los derechos de todos los copropietarios de la vivienda y de limitación de su libre decisión sobre el destino del inmueble.

6 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• **REQUISITOS**

S. TSJA 2/2016, 20 de enero de 2016

La atribución del uso de la vivienda familiar –prevista en el art. 81 CDFA– se sujeta a unos requisitos propios y diferentes de los que contempla el art. 82 para los gastos de asistencia a los hijos. El art. 81 no tiene en cuenta criterios de proporcionalidad, como sucede en la contribución a los gastos de asistencia a los hijos, sino que atiende al interés prevalente de los menores (art. 76.2 CD FA) para proveerles de habitación, en función del concreto régimen de guarda y custodia establecido. Y así, cuando se trata de custodia individual, la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor que la ostenta favorece que los hijos menores sigan ocupando la que venía siendo residencia habitual de la familia, exceptuándose tan solo los supuestos en los que el mejor interés para las relaciones familiares aconseje su atribución al otro progenitor.

40 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

AUTORIDAD FAMILIAR

- **PRIVACIÓN**

S. JPII EJEJA N° 1, 10 de junio de 2014

En aplicación del art. 90 CDFA procede la privación de la autoridad familiar de los padres de los menores de edad al haber incurrido aquellos en el incumplimiento grave y reiterado de sus deberes, tal y como se desprende del dictamen obrante en las actuaciones y de las valoraciones de la trabajadora social que lo asume así como de la descripción de diversos hechos que se recogieron.

64 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

AUTORIDAD FAMILIAR DE OTRAS PERSONAS

- **ABUELOS**

S. JPII EJEJA N° 1, 10 de junio de 2014

El artículo 93.3 CDFA prevé que «la resolución judicial que establezca la privación o suspensión de la autoridad familiar a ambos titulares, o al único titular de ella, determinará el régimen de guarda o protección, y nombrará a la persona o personas que hayan de cumplir

estas funciones. Si la resolución estableciera la autoridad familiar de otras personas, proveerá también sobre la administración y disposición de los bienes del menor». Los artículos 85 y siguientes del referido Código, prevén la posibilidad de que la autoridad familiar recaiga en el padrastro o madrastra, en los abuelos o en los hermanos mayores. Por ello, procede atribuir la autoridad familiar respecto de los menores a su abuela paterna. En relación con la administración y disposición de los bienes de los menores, le corresponderán las mismas facultades que corresponderían a los progenitores de no haber sido privados de la autoridad familiar.

64 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

- **RÉGIMEN: GESTIÓN DE LOS BIENES**

S. JPII EJEJA N° 1, 10 de junio de 2014

Procede atribuir la autoridad familiar respecto de los menores a su abuela paterna. En relación con la administración y disposición de los bienes de los menores, le corresponderán las mismas facultades que corresponderían a los progenitores de no haber sido privados de la autoridad familiar.

64 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

DERECHOS Y PRINCIPIOS

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

S. TSJA 16/2015, 27 de mayo de 2015

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

17 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

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

Comienza la sentencia recordando la doctrina de la Sala sobre los límites y función del

recurso de casación, recogidos, entre otras, en la S. de 30/9/2013.

La sentencia recurrida mantiene la custodia individual de la madre y rechaza la compartida porque la predisposición del padre para estar con sus hijos ha sido muy limitada por su imposibilidad de conciliar su vida laboral con la familiar, razonamiento que el recurrente entiende discriminatorio y contrario al principio de igualdad entre los padres. La Sala recuerda la jurisprudencia del TC sobre el art. 14 CE. Para hablar con propiedad de discriminación no basta con un trato desigual, sino que es necesario que sea injustificado; lo que prohíbe el principio de igualdad son las desigualdades de trato que resultan artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. Tras recordar lo dicho por la STSJA de 4/3/2014 sobre la igualdad de los cónyuges en la guarda y custodia de los hijos, concluye que la sentencia recurrida no incurre en desigualdad alguna porque la valoración que hace del hecho objetivo de la desigual implicación de ambos padres en el cuidado de los hijos no puede ser calificada de irracional, ilógica o arbitraria.

26 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

GASTOS DE ASISTENCIA A LOS HIJOS

• CONTRIBUCIÓN PROPORCIONAL

S. APT, 3 de marzo de 2015

Los padres deben contribuir a la crianza y educación de sus hijos no solo hasta que alcanzan la mayor edad, sino aun después en los términos que establece el art. 69 CDFA. Por ello, el pacto de relaciones familiares en el que establece que la madre contribuirá a la crianza y educación del hijo con una pensión hasta que este cumpla 18 años sí puede ser modificado por la autoridad judicial, pues dicha obligación no termina, por imperativo legal sino cuando el hijo ha terminado su formación o tiene recursos propios (art. 69 CDFA). Sin embargo, el compromiso del padre de costear en exclusiva los estudios universitarios del hijo, no debe ser modificado aun cuando

ahora este hijo, que hasta la mayor edad vivía con la madre vaya ahora a vivir con el padre: no es este un cambio de circunstancias que afecten a su obligación.

68 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

S. TSJA 22/2015, 1 de octubre de 2015

El único desacuerdo del padre en relación con la sentencia del Juzgado fue que para fijar la contribución del padre cuando el hijo viva con la madre en Méjico se atendiera al Salario Mínimo Interprofesional de España y no al de Méjico, como él había solicitado. Y ese fue también el motivo esencial de su recurso de apelación, que fue rechazado. El recurrente introduce en el recurso de casación nuevos elementos de discusión no alegados en la instancia ni en apelación, que no pueden ser objeto del recurso de casación. La fijación de los gastos de asistencia del art. 82 CDFA es un pronunciamiento discrecional que corresponde al Tribunal de instancia, reforzado en el presente caso por el acuerdo inicial de los progenitores, salvo en la aplicación a la escala del SMI de uno u otro país, lo que es igualmente justificado y resuelto en la sentencia recurrida sin que la parte recurrente haga alegación alguna al respecto en su recurso de casación.

25 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• CUSTODIA COMPARTIDA NO UNIFORME

S. TSJA 6/2016, 11 de febrero de 2016

Como el nuevo régimen de comidas acordado por la Audiencia supone un mayor desembolso para la madre al aumentar el número de comidas que los menores hacen con ella, debe igualmente mantenerse como medida económica compensatoria el aumento periódico en 80 euros de la contribución del padre a los gastos de los menores. Esta elevación es plenamente ajustada a derecho como medio de equilibrar el costo económico que a cada progenitor supone atender la custodia de los menores, ya que entra dentro de la previsión del art. 82.1 del CDFA.

43 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

- **JUICIO DE PROPORCIONALIDAD**

S. TSJA 27/2015, 6 de octubre de 2015

La doctrina jurisprudencial del TS se contiene, entre otras, en la STS 4/2014, y ha sido asumida por esta Sala en sentencias tales como la 18/2012, de 20 de abril.

29 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

- **MÍNIMO VITAL**

S. APZ (secc. 2ª) 17 de marzo de 2015

Lo dispuesto en el art. 82 impone el mantenimiento de la pensión señalada para el periodo de prisión, cuya exigibilidad, sin desconocer la delicada situación en que se encuentra su ex esposa, debería haber quedado suspendida en tanto subsista la situación de precariedad en la que el actor se encuentra, para reanudarse en el momento en que perciba ingresos laborales o prestaciones por desempleo, o se acredite la existencia de otros medios de fortuna, pero que no lo será, pues la sentencia de instancia no la contempló y a ella se aquietó el obligado. Sí se estima el recurso en lo que respecta a la cantidad prevista para el momento en que el obligado salga de prisión y trabaje o perciba el desempleo.

71 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

- **MODIFICACIÓN DE LA PENSIÓN**

S. APZ (secc. 2ª) 27 de mayo de 2014

El cambio voluntario de trabajo o actividad por el obligado al pago de una pensión no puede sustentar una pretensión aminoratoria o extintiva de la pensión sobre la base de una reducción sustancial de sus ingresos, en cuanto no resulta ajustado a la equidad ni a la buena fe procesal que debe presidir la actuación de todos los intervinientes en el proceso, ex art. 11.1. LOPJ, que quien fue causante voluntario con su actuación de una alteración sustancial de sus medios de fortuna pueda beneficiarse de la modificación que tal hecho puede conllevar en perjuicio de quien hasta ese momento era beneficiario de un derecho legalmente reconocido. De admitirse la virtualidad modificativa de

tales alteraciones voluntarias, ello significaría hacer tabla rasa de los arts. 118 y 39 de la C.E. y, en caso de pensiones pactadas en convenio regulador, dejar al arbitrio de una de las partes a validez de lo convenido con clara transgresión de lo dispuesto en el art. 1256 del CC. El cambio de circunstancias atribuible a una decisión propia suya, por lo que el recurso de la demandada debe prosperar.

53 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

S. TSJA 5/2015, 28 de enero de 2015

Como establece con claridad la STS de 30/4/2013 (rec. casación 988/2012), «quien pretende la disminución de la pensión alimenticia por haber tenido un hijo en una nueva relación debe probar los recursos económicos del otro progenitor del nuevo descendiente». Y esto es, precisamente, lo que aquí no ha hecho el actor. Y es esta situación de falta de prueba uno de los elementos decisivos que condujo a que la sentencia impugnada acordara la no modificación de la pensión.

5 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

GASTOS DE LOS HIJOS MAYORES O EMANCIPADOS

S. APT, 3 de marzo de 2015

Los padres deben contribuir a la crianza y educación de sus hijos no solo hasta que alcancen la mayor edad, sino aun después en los términos que establece el art. 69 CDFFA. Por ello, el pacto de relaciones familiares en el que establece que la madre contribuirá a la crianza y educación del hijo con una pensión hasta que este cumpla 18 años sí puede ser modificado por la autoridad judicial, pues dicha obligación no termina, por imperativo legal sino cuando el hijo ha terminado su formación o tiene recursos propios (art. 69 CDFFA). Sin embargo, el compromiso del padre de costear en exclusiva los estudios universitarios del hijo, no debe ser modificado aun cuando ahora este hijo, que hasta la mayor edad vivía con la madre vaya ahora a vivir con el padre: no es este un cambio de circunstancias que afecten a su obligación.

68 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

- **ALIMENTOS LEGALES**

S. TSJA 7/2015, 11 de febrero de 2015

No hay una vía intermedia y sin determinar (o una pensión «híbrida») entre los gastos de crianza y educación del art. 69 CDFa y los alimentos legales de los arts. 142 y ss. Cc.; la sentencia impugnada ha acordado una pensión de alimentos al amparo de los arts. 142 y ss. Cc. Podría discutirse si la solución dada por la Audiencia es o no correcta, teniendo en cuenta que el art. 142 Cc. se invocó por la demandada en la apelación y no al contestar la demanda. Pero esta cuestión queda fuera del control que esta Sala debe ahora realizar, ya que no se articuló un motivo de infracción procesal que la sometiera a nuestro examen. Voto particular. Respecto del derecho de opción del art. 149 Cc., tiene declarado el TS que no confiere un derecho absoluto, sino que la oportunidad de su concesión constituye una cuestión de hecho a valorar por los tribunales, que lo darán cuando no exista impedimento legal o justa causa.

7 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

- **CRIANZA Y EDUCACIÓN**

S. TSJA 7/2015, 11 de febrero de 2015

Voto particular: Los gastos y cargas propios de la crianza y educación comprenden, por su generalidad y por la previsión del art. 65.1.b del CDFa, todos los conceptos que pueden presentarse bajo el término de contenido más reducido, y propio del Cc., de «alimentos». Mientras exista la autoridad familiar originaria, y también en los casos del art. 69 CDFa, la norma aragonesa comprende los tres contenidos de crianza, educación y alimentos. Cuando ya no se den los presupuestos para el mantenimiento de la pensión del art. 69 CDFa, y conforme a este precepto, tal pensión debe extinguirse, «sin perjuicio del derecho del hijo a reclamar alimentos», esto es, dejando a salvo la posibilidad de que el hijo, ya mayor de edad, y si lo estima oportuno, accione (fuera ya del proceso matrimonial) al amparo de la petición de «alimentos» strictu sensu que recoge el Código civil. La remisión a los alimentos en el art. 93 Cc. y en el art. 69 CDFa es de naturaleza radicalmente distinta: el art. 93 Cc. integra y hace propia la

previsión del art. 142 Cc. en el seno de la patria potestad, mientras el art. 69 CDFa deslinda autoridad familiar y alimentos legales, sin integrar en aquélla el derecho a alimentos legales.

7 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

- **INAPLICACIÓN DEL ART. 69 Y CONCESIÓN DE ALIMENTOS LEGALES**

S. TSJA 7/2015, 11 de febrero de 2015

La sentencia de Audiencia concede pensión de alimentos no en aplicación del art. 69.1 CDFa sino del 142 Cc. En consecuencia, sólo podría prosperar el recurso basado en vulneración del primero, si, en efecto, fuera el aplicable al caso. Pero no lo es: la pretensión actora se ha basado en la alegación y prueba de que no concurren los presupuestos que el art. 69.1 establece para aplicar la consecuencia en él prevista: la continuación del deber de sufragar los gastos de crianza y educación. Tal planteamiento prosperó en la primera instancia y se aceptó en la sentencia de apelación. Habría que apreciar infracción por inaplicación si, acreditados los presupuestos del art. 69.1 (y siendo por ello procedente mantener el deber de pago), el precepto hubiera sido ignorado por el tribunal a quo, lo que no ha sucedido. Tampoco se ha producido la aplicación indebida porque la sentencia recurrida declaró la procedencia de abono de la pensión no como gastos de crianza y educación del art. 69 CDFa, sino como pensión de alimentos de los arts. 142 y ss. del Cc. Voto particular

7 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

GESTIÓN DE LOS BIENES DE LOS HIJOS

- **EXCEPCIONES A LA GESTIÓN PATERNA**

S. APZ (secc. 4ª) 14 de marzo de 2014

La gestión de los bienes de los hijos es una función aneja a la autoridad familiar, que puede ser llevada a cabo por otra persona, como el tutor o administrador designado en testamento (art. 6. 2 LP). La gestión de bienes incluye su administración y disposición (art 81 LP). El art.

20 LP contempla la posibilidad de que personas distintas a los padres ejerzan la asistencia. En definitiva, la causante respetó la capacidad del menor mayor de 14 años en cuanto a los actos de disposición y administración y confirió la asistencia al administrador, sin que resulte con ello que la disposición testamentaria vulnere norma imperativa de la LP. A partir de los 18 años y hasta los 24 años, la testadora dispuso que los actos de administración y disposición requerirían el consentimiento del administrador. No se priva de forma absoluta a los hijos de sus facultades de disposición y administración inherentes a la propiedad de los bienes adquiridos por el título sucesorio (art. 5 LS), sino que se establece una limitación o condición de forma temporal, lo cual obedece además a una razón explicada por la testadora en beneficio de sus hijos.

55 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS

- **CAMBIO DE RESIDENCIA DE UNO DE LOS PROGENITORES CUSTODIOS**

S. TSJA 17/2015, 28 de mayo de 2015

En situación de custodia compartida, la madre decide trasladar su residencia y la de su hijo a Barcelona, donde vive su familia y va a trabajar unas horas a la semana. El juez de instancia adapta el sistema de custodia compartida a la lejanía de los domicilios paternos y, subsidiariamente, concede la custodia exclusiva al padre. En cambio, la Audiencia concede la custodia exclusiva a la madre. El TSJA recuerda que en la decisión ha de tenerse en cuenta el interés superior del menor, que constituye el criterio preferente y rector en esta materia según las normas internacionales, constitucionales y aragonesas, como han señalado tanto el TC como el TS y el propio TSJA. Se citan oportunamente los preceptos y sentencias atinentes. Añade a continuación que corresponde al recurso de casación velar porque la resolución recurrida haya tenido como norte el interés del menor. Y, con cita de la STS 11/12/2014, concluye que no hay duda de que, siendo probadamente idóneos ambos progenitores, lo más conveniente al interés del niño es no sacarle de

su entorno (Teruel), máxime cuando con ello no sólo se le restringe la relación con su padre y familia paterna sino que se introducen modificaciones en sus hábitos, escolarización, costumbres, incluso con un idioma diferente.

18 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

- **CUSTODIA COMPARTIDA NO UNIFORME**

S. TSJA 6/2016, 11 de febrero de 2016

La custodia compartida por periodos semanales se modifica y se dispone por la Audiencia que, en periodo lectivo, entre semana, de lunes a viernes, los menores comerán siempre en casa de su madre; por ello se aumenta en 80 euros la cantidad a abonar por el padre por cada uno de los periodos de alternancia semanal a él correspondientes, en los que tengan lugar las comidas en casa de la madre. El padre, que sólo impugna la comida del viernes, alega que el acuerdo tomado no le garantiza el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de igualdad. Entiende la Sala que el acuerdo tomado no trata de modo desigual a uno y otro progenitor, porque lo que hace es distribuir las concretas responsabilidades de padre y madre conforme a un criterio perfectamente lógico y ajustado a las necesidades de los hijos. Cuando el trato no uniforme o la asimetría en la relación de los padres con los hijos de riva de las necesidades de éstos, ello no significa un trato discriminatorio de un padre respecto del otro.

43 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

- **FACTORES PARA EXCEPCIONAR LA CUSTODIA COMPARTIDA**

S. TSJA 10/2015, 4 de marzo de 2015

El carácter preferente de la custodia compartida viene siempre supeditado al superior interés de los hijos menores, de tal manera que podrá acordarse la custodia individual si resulta más favorable para los hijos. En todo caso, la ponderación del interés del hijo menor se debe realizar partiendo de las circunstancias del caso concreto (en otras, la distancia geográfica existente entre los domicilios de uno y otro progenitor, así como la corta edad del hijo), fijadas

en los hechos declarados como probados en la sentencia recurrida.

10 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

S. TSJA 24/2015, 5 de octubre de 2015

No cabe aceptar las afirmaciones contenidas en el recurso sobre falta de toma en consideración en la sentencia impugnada de las distintas circunstancias concurrentes en el caso que debían servir de base para excluir la custodia compartida, según la prevención legal del art. 80.2 CDFA. Por el contrario, consta que los factores a considerar (falta de un plan de organización familiar del recurrente, la edad del hijo menor, el arraigo social y apoyo familiar de cada padre, la adaptación del menor a la nueva situación o la posibilidad previsible de acomodo del padre al sistema de custodia compartida) han sido tratados en el marco de apreciación probatoria que corresponde a los tribunales de instancia.

28 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• *FALTA DE MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA*

S. TSJA 28/2015, 7 de octubre de 2015

Se desestima el motivo por infracción procesal que alega vulneración del art. 24 CE por incurrir en una valoración arbitraria, irracional y manifiestamente errónea de la prueba pericial practicada, pero se estima el motivo de casación que denuncia infracción del art. 80.2 CDFA, por haberse apartado la sentencia del sistema preferente de custodia compartida sin haberlo razonado de manera suficiente, con argumentos erróneos y contradictorios.

Después de recordar la constante jurisprudencia de la Sala, que se recoge en la STSJA 36/2013, de 18 de julio, con referencia a la S de 1/2/2012, se afirma que en resoluciones anteriores de esta Sala se ha respetado la opción de las sentencias de instancia por la custodia individual cuando en las mismas, a partir de los hechos probados, se ha valorado que eso es lo más conveniente para el interés del menor y no se evidencia en tal juicio irracionalidad o arbitrariedad. A contrario sensu, si la sentencia resuelve de modo contrario a la lógica, procederá la casación de la sentencia. La sentencia impug-

nada revela una evidente incoherencia, no se tiene en cuenta que el padre haya pasado a residir en Zaragoza, ni se atiende la clara recomendación del informe psicológico propugnando la custodia compartida, por lo que procede estimar el motivo y revocar la sentencia.

30 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• *FUNCIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN*

S. TSJA 19/2015, 30 de junio de 2015

El recurso de casación en la determinación del régimen de guarda y custodia no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia y de lo dicho por el legislador aragonés en el art. 80.2 CDFA sobre factores a tener en cuenta y preferencia de la custodia compartida; de ahí no se sigue que la Sala de casación pueda sustituir el criterio afirmado por la sentencia recurrida, si, atendidos aquellos factores, concluye razonadamente que la individual es la guarda que mejor satisface el interés del menor. En el presente caso, la Sala ha tomado su decisión sin apartarse de los mandatos establecidos en el art. 80.2 CDFA, sin que corresponda al TSJA corregir su criterio, dada la finalidad exclusivamente nomofiláctica del recurso de casación.

21 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• *INFRACCIÓN DE LA PREFERENCIA LEGAL*

S. TSJA 11/2015, 6 de abril de 2015

Establecida por el legislador la custodia compartida como régimen preferente, la valoración de qué custodia responde mejor al interés del menor es hecha, en primer lugar, por el legislador, que considera que tal interés es mejor atendido por la custodia compartida. No es una decisión discrecional del Juez establecer uno u otro régimen de custodia, sino que, imperativamente, la ley aragonesa ordena como premisa primera y principal que, en interés del menor que es expresamente mencionado y valorado en la propia ley, se esté al régimen de custodia compartida (art. 80.2 CDFA). Por vía de excepcionalidad y subsidiariedad a la previsión general, podrá sustituirse el régimen pre-

ferente por la custodia individual cuando se considere más conveniente para el menor en atención a los factores que el propio art. 80.2 prevé. Siendo todos los factores favorables a la custodia compartida, salvo el hecho de que los turnos variables del padre pueden dificultar la convivencia física de él con la hija, no fue ajustada al art. 80.2 CDFA la decisión de excluir la custodia compartida. Voto particular.

11 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

S. TSJA 16/2015, 27 de mayo de 2015

Las circunstancias valoradas por la sentencia recurrida no tienen relevancia suficiente para hacer aconsejable en este caso la custodia individual y excluir el principio legalmente impuesto de preferencia de la custodia compartida. El hecho de que el padre viva en casa de los abuelos o de que éstos colaboren en el cuidado de la nieta son circunstancias de las que no cabe derivar, por sí solas y a falta de mayor mención sobre su prueba, que la custodia compartida, en lo que sea ejercida por el padre, pueda perjudicar al menor. Y lo mismo cabe concluir en lo referente a que la madre se encuentre en situación de desempleo, frente a tener el padre ocupación laboral, porque lejos de entender que sea preferible que los progenitores estén sin trabajo, parece que lo mejor es que uno y otro cuenten con la conveniente prestación laboral, y las ventajas económicas y personales que ello conlleva para los progenitores y, también, para la hija menor que deben cuidar.

17 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

- **INTERÉS DEL MENOR**

S. TSJA 4/2016, 3 de febrero de 2016

En relación con la alegada vulneración del art. 76.2 CDFA al considerar la parte que la custodia compartida acordada no ha sido adoptada en beneficio o interés del menor, se recuerda lo expuesto en la STSJA de 13/1/2016. Además, respecto de la alegada aplicación indebida del art. 80.2 CDFA, se recuerda que la Sala reiteradamente ha señalado que el art. 80.2 del CDFA considera que, con carácter general, la custodia compartida es el sistema idóneo con el que satisfacer el interés del menor (STSJA

36/2013, de 18/7). La sentencia impugnada, que respeta el criterio preferente y justifica su opción por considerarla –atendidas las circunstancias concurrentes– más adecuada al interés de la menor, en modo alguno vulnera el art. 80.2, pues no hay atisbo de irracionalidad o arbitrariedad en tal decisión.

41 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

- **LA CONFLICTIVIDAD ENTRE LOS PROGENITORES**

S. TSJA 37/2015, 18 de diciembre de 2015

La doctrina constante de la Sala se recoge en la STSJA 11/2014. En el presente caso, si bien es cierto que las sentencias de ambas instancias recogen la existencia de mala relación personal entre los progenitores, y la existencia de marcadas diferencias en los estilos educativos, nada se contiene en cambio en ellas que permita concluir que dichas circunstancias paren en perjuicio del menor Marcos. Por el contrario, como queda dicho, es hecho probado que el menor mantiene una muy buena interacción con ambos progenitores. Así las cosas, no cabe entender que la Audiencia, al decidir la custodia compartida, haya infringido el criterio legal establecido en el art. 80.2 CDFA.

37 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

- **LA DISTANCIA ENTRE DOMICILIOS**

S. APT, 25 de marzo de 2014

Por mandato legal el Juez debe establecer con carácter preferente la custodia compartida, así lo establece el art. 80.2 CDFA. Con todo, hay factores que excepcionan este régimen de custodia de manera que se debe atribuir a uno solo de los progenitores, como así debe ser en este caso. La razón es que el menor, que cuenta con tres años de edad y está escolarizado en la localidad en la que vive con el padre; aun cuando no a mucha distancia de la población en la que semana sí, semana no, tendría que vivir con la madre y desplazarse al colegio, es notorio que las poblaciones están comunicadas por una pista forestal asfaltada con curvas y pendientes pronunciadas,

sin poblaciones y con fuertes heladas en invierno, por lo que se expondría al niño a unos viajes peligrosos a primeras horas de la mañana, a medio día y ya de noche, por lo que se confirma la atribución de la custodia individual al padre.

47 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

S. APT, 5 de noviembre de 2014

La custodia compartida es el régimen preferente y predeterminado por el legislador en busca del interés del menor en orden al pleno desarrollo de su personalidad. Este régimen se aproxima al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial o de hecho de los padres y garantiza al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental. Pero para poder mantener dicho régimen es preciso que las localidades de residencia de los padres lo permitan, siendo un obstáculo insalvable la existencia de una gran distancia entre ambas, como sucede en el supuesto enjuiciado en el que hay una distancia de 400 km. Por ello se acuerda el régimen de custodia individual en favor de la madre y los desplazamientos del hijo en visitas con el padre se harán a mitad de camino entre las ciudades.

50 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• LA OPINIÓN DE LOS MENORES

S. TSJA 19/2015, 30 de junio de 2015

Inexistencia de error en la valoración de la prueba. Doctrina jurisprudencial que se recuerda en la STS 649/2014 (Recurso: 261/2012). La prueba de exploración acordada por la Sala para conocer la opinión de los hijos requerida por los arts. 76.4 y 80.2 c) CD FA, no puede ser tachada de inútil o impertinente porque a un menor de 7 años cumplidos debe serle reconocida madurez bastante a los efectos perseguidos de determinar el sistema de guarda. No es cierto que la Sala haya tenido por decisiva la opinión del menor, sino que ha sido valorada en atención a los demás elementos probatorios, en particular el dictamen pericial, lo que es conforme con la doctrina del TSJA.

21 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

S. TSJA 21/2015, 17 de septiembre de 2015

Lo dicho por esta Sala sobre el valor de la opinión de los menores, entre otras en sentencias de 10/07/2013 y 12/07/2013, solo significa que hay que tener una especial cautela al valorar las manifestaciones de los menores, y que no son el único factor a tener en cuenta. Pero dicha doctrina no impide, como sucede en el presente caso, que el juzgador pueda valorar esas opiniones de manera razonada, junto con otros factores, para considerar que la custodia individual es el sistema que mejor defiende el interés del menor en el caso enjuiciado. En el presente caso la opinión de la hija, que ya tiene cumplidos doce años en la fecha en que es examinada y cuenta con suficiente criterio, alcanza un mayor interés, puesto que se aprecia un estado de ansiedad y tristeza en la hija mayor, que está recibiendo tratamiento psiquiátrico en el Hospital Infantil.

24 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

S. TSJA 36/2015, 16 de diciembre de 2015

Es cierto que la opinión de los menores ha de ser valorada con cierta prevención sobre todo cuando se trata de corta edad del menor (STSJA 36/2013, entre otras). En el caso se trata de menores que al tiempo en que expresaron su opinión tenían 11 y 7 años de edad, por lo que no cabe decidir exclusivamente con base en ella, pero lo dicho no impide que haya de ser tenida en consideración como uno más de los elementos para adoptar la decisión sobre su custodia, como hemos dicho en otras ocasiones (STSJA 9/2015, entre otras).

36 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

S. TSJA 4/2016, 3 de febrero de 2016

Poco importa, en fin, en orden a la prosperabilidad del recurso, la alegación de que no se ha tenido en cuenta la opinión de la menor, que desea seguir viviendo con su madre. El art. 80.2 menciona la opinión de los hijos como uno de los factores que hay que atender a la hora de establecer el régimen de custodia, pero no es vinculante; no se exige la opinión favora-

ble de los hijos para optar por uno u otro régimen. Dado que la menor no ha alcanzado aún la madurez suficiente como para decidir por sí misma, sobre su voluntad se impone la decisión del Juez, que es a quien corresponde determinar qué es lo que, en el caso, conviene a su interés (STSJA 13/1/2016). Además, estas opiniones deben ser tomadas con prudencia, pues la mera comodidad a corto plazo de la niña –o el temor indefinido a los cambios– dista mucho de ser una de las razones legalmente previstas para excluir la orden del legislador de ser preferente la custodia compartida.

41 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

- **LAS POSIBILIDADES DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL DE LOS PADRES**

S. TSJA 36/2015, 16 de diciembre de 2015

Es elemento de hecho probado que la madre tiene disponibilidad y ha adaptado su vida profesional a la atención de los hijos menores y que, por el contrario, el padre, por razón de la dedicación exclusiva a su trabajo, necesitaría ayuda familiar durante prácticamente la mitad del tiempo en que tuviere a los hijos bajo su custodia. La encomienda de los hijos a terceros durante el tiempo que le corresponde la custodia compartida es incompatible con esta forma de distribución de los deberes parentales, pues la posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres es uno de los elementos que menciona expresamente el art. 80.2 CDFA, como lo es también la aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos.

36 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

- **LEY APLICABLE**

S. JPII EJEJA N° 1, 8 de enero de 2014

Es de aplicación el régimen del Derecho civil aragonés, al ser ambos progenitores extranjeros, de nacionalidad distinta (búlgaro el padre y rumana la madre), y haber nacido la hija menor en Zaragoza, sin que conste cuál es su nacionalidad (artículo 9.7 del Código Civil,

en relación con los alimentos; y artículo 9.4 en relación con las visitas).

62 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

- **LOS ROLES DE LOS PADRES DURANTE LA CONVIVENCIA**

S. TSJA 36/2015, 16 de diciembre de 2015

Los roles asumidos por los padres durante el tiempo que duró la convivencia no es elemento determinante para la decisión sobre la custodia cuando se produce la ruptura (STSJA 13/2011), pero en el presente caso la distribución de roles fue continuada de mutuo acuerdo cuando se produjo la ruptura, y sólo después cuando se inició el proceso judicial dos años más tarde se plantea la custodia compartida. Además, en el caso de autos no es esta distribución de las tareas del cuidado de los menores el elemento determinante de la decisión.

36 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

- **PREFERENCIA DE LA CUSTODIA COMPARTIDA**

S. TSJA 21/2015, 17 de septiembre de 2015

Esta Sala ha tenido ocasión en numerosas resoluciones de pronunciarse sobre la interpretación del art. 80.2 CDFA que establece como criterio legal preferente el de la custodia compartida, estableciendo dicho carácter preferente (SSTSJA 13/2011, de 15 de febrero; 4/2012, de 1 de febrero; 39/2012, de 27 de noviembre; 35/2013, de 17 de julio; 12/2014, de 4 de marzo; etc.), pero siempre a salvo de que se acredite que la custodia individual salvaguarda mejor el interés del menor.

24 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

- **PRINCIPIO DE NO SEPARACIÓN DE LOS HERMANOS**

S. TSJA 37/2015, 18 de diciembre de 2015

Esta Sala ya se ha pronunciado sobre el modo en el que la deseable unión entre los hermanos ha de incidir en la decisión sobre el sistema de custodia a adoptar de acuerdo con el art. 80 CDFA (STSJA 37/2014, y las en ella citadas). En el caso de autos, la sala de apelación da razones para adoptar un sistema de custodia distinto para los dos hermanos menores (uno en custodia compartida y otro bajo la custodia individual de la madre) que lo justifican de acuerdo con criterios con los de la doctrina jurisprudencial. El cambio de sistema de guarda no implica un distanciamiento entre los hermanos, que introduzca una «separación». El sistema de custodia compartida y el régimen de visitas del padre no custodio permiten la continuidad de las relaciones entre hermanos, quienes, por lo demás, viven en la misma localidad y se encuentran ya en una edad en la que disponen de suficiente autonomía personal que les permite mantener un contacto acorde con sus respectivas circunstancias y preferencias.

37 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• ***PRUEBA DE QUE LA CUSTODIA INDIVIDUAL ES MÁS CONVENIENTE***

S. TSJA 16/2015, 27 de mayo de 2015

En casación hay que partir de los hechos considerados probados en la instancia. Conforme a lo ya señalado en otras ocasiones (por ej., SsTSJA 10/1/2014 y 6/4/2015), ante el criterio de preferencia legal por la custodia compartida del art. 80.2 CDFA, la posibilidad de excluir su establecimiento y estar a la custodia individual no es de libre decisión por la autoridad judicial, sino que exige la adecuada ponderación de las prevenciones del art. 80.2 o de cualquier circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia. Ponderación que es susceptible de ser revisada en el recurso de casación (así, STS 23/5/2005 o STSJA 10/1/2014) dado que concretar el interés del menor es una valoración de una calificación jurídica, como concepto jurídico indeterminado que es.

17 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

S. TSJA 21/2015, 17 de septiembre de 2015

La sentencia de apelación, ejerciendo el margen de discrecionalidad que le corresponde por Ley, ha considerado, motivadamente, que en el concreto caso enjuiciado la custodia individual satisface mejor el interés superior de las hijas menores. Conclusión a la que llega de manera razonada, valorando los hechos que considera acreditados por los informes emitidos por el centro educativo (desinterés del padre hacia el proyecto educativo de la hija menor, así como su falta de implicación en la colaboración y coordinación con el centro educativo, hechos que pueden encuadrarse en el factor de la letra d) del art. 80.2 o bien en la letra f) del mismo precepto) y por la exploración de la hija mayor (que quiere residir con su madre y se encuentra incómoda y a disgusto con el sistema de custodia compartida). Valoración de los hechos que no resulta irracional, ilógica o arbitraria, o claramente atentatoria contra el interés del menor.

24 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

S. TSJA 27/2015, 6 de octubre de 2015

Desestimado el motivo por infracción procesal (infracción de la carga de la prueba y falta de motivación), el recurso de casación cita como infringidos preceptos genéricos (arts. 75.2 y 76.2.b CDFA) que no constituyen la ratio decidendi de la sentencia y cuya viabilidad para sustentar un recurso de casación exige que sean conectados con el precepto específico que los desarrolle, que en el caso es el art. 80.2 CDFA. El criterio legal del art. 80.2 sobre la custodia compartida, como hemos dicho en múltiples ocasiones, no excluye la necesaria valoración en cada supuesto concreto de las distintas circunstancias concurrentes para llegar, en su caso, a concluir que la custodia individual pueda ser preferible. De modo que, en atención al interés prevalente del menor, el órgano judicial deberá valorar cuidadosamente la prueba aportada y, especialmente, la voluntad del hijo afectado caso de tener suficiente juicio, o el informe elaborado por los técnicos psicólogos o asistentes sociales. En el caso han sido apreciados como factores para excluir la custodia compartida la falta de interés del padre en la comunicación con su hija y el largo

período de distanciamiento del menor con su padre.

29 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

S. TSJA 32/2015, 15 de octubre de 2015

La sentencia de divorcio (diciembre de 2012) estableció un régimen de custodia distinto para cada una de las hijas mellizas, ambas aquejadas de minusvalías, para una (con autismo y discapacidad del 68%) custodia individual a cargo de la madre, para la otra (con retraso mental leve y discapacidad del 38%), custodia compartida, con alternancia bimensual. Decisión confirmada por la sentencia de apelación que, recurrida en casación, fue desestimado el recurso (STSJA 20/10/2013). Ahora, transcurrido un año y cuatro meses desde el divorcio, la madre ha solicitado tener la custodia individual de las dos hijas, el Juzgado mantiene la custodia compartida de una de ellas pero por turnos semanales, mientras la Audiencia la acordado la custodia individual a cargo de la madre de ambas. El padre alega infracción del art. 80.2 CDFA al no haber variado las circunstancias. Las sentencias están motivadas y se fundamentan en la prueba practicada, por lo que no cabe entender que haya infracción del art. 80.2 CDFA.

32 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

S. TSJA 36/2015, 16 de diciembre de 2015

Como hemos indicado en múltiples ocasiones, el criterio legal consagrado en el art. 80.2 CDFA sobre la custodia compartida no excluye la valoración en cada supuesto concreto de las distintas circunstancias concurrentes para llegar, en su caso, a concluir que la custodia individual pueda ser preferible. De modo que, en atención al interés prevalente del menor, el órgano judicial deberá valorar cuidadosamente la prueba aportada y, especialmente, la voluntad del hijo afectado caso de tener suficiente juicio, o el informe elaborado por los técnicos psicólogos o asistentes sociales. La cuestión es, por tanto, si el recurso de casación da razones suficientes para entender que la decisión judicial contraria a la custodia compartida se atiene

o no, sin apartarse de los hechos probados, a los criterios señalados por el art. 80.2 CDFA.

36 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

MEDIDAS JUDICIALES

• *LIMITACIONES AL PRINCIPIO DE JUSTICIA ROGADA*

S. TSJA 28/2015, 7 de octubre de 2015

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

30 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• *MODIFICACIÓN*

S. JV ZARAGOZA N°2, 6 de febrero de 2015

El concepto «alteración sustancial», implica la concurrencia de hechos con las siguientes características:

a) ha de tratarse de hechos nuevos, inexistentes al tiempo de aprobarse el convenio o dictarse resolución judicial; b) aunque no es necesario que alcancen la categoría de insólitos, extraordinarios o imprevisibles, han de revestir suficiente entidad como para que, de mantenerse lo acordado, derive un grave perjuicio para alguno de los interesados, implicando un cambio trascendente, serio y real, que implique diferencia referida al periodo hasta la

presentación de la demanda en que se articula la pretensión y que no sea transitorio o contingente; c) no puede tratarse de aquellas circunstancias que las partes tuvieron en cuenta o razonablemente pudieron contemplar para emitir su consentimiento –en caso de convenio– pues, si lo fueran, se trataría de una revisión de lo ya acordado y no del ajuste de la regulación preestablecida a una situación fáctica que deviene distinta; d) aunque no es preciso siempre que se trate de hechos ajenos a la voluntad del obligado, si de éste dependieran es necesario que se hallen desprovistos de mala fe o ánimo defraudatorio.

75 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

S. TSJA 4/2016, 3 de febrero de 2016

No es cierto que no se haya acreditado un cambio relevante en las circunstancias concurrentes como alega la parte (aunque sin in vocar la infracción del art. 79.5 CDFA), porque la menor tenía 5 años cuando se dictó la sentencia a modificar y cuenta en la actualidad con 11, y así se recoge en la sentencia impugnada. Pues bien, ello constituye en sí un cambio de relevancia para alterar el régimen de custodia, como el propio legislador viene a señalar en el art. 79.5 CDFA. Así lo expresamos en nuestras sentencias de 23/5/2014, 26/5/2014 y 13/3/2013.

41 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

RÉGIMEN DE VISITAS

El derecho de los padres a relacionarse con sus hijos no se configura sólo como un derecho sino más bien como un derecho/función, cuyo ejercicio se rige por el principio del interés del menor (art. 5.4 CDFA), que otorga cierta participación del menor en la toma de decisiones. Ciertamente, mientras que para los padres el art. 59 lo configura como un derecho/deber, el art. 60 CDFA alude sólo al derecho del hijo a relacionarse con sus padres. Pero si los padres tienen deberes respecto de sus hijos es porque éstos tienen derechos respecto de sus padres y viceversa. Coexisten así los intereses de uno y de otros. Ante ello, según el art. 2.4 LO de protección jurídica del menor, deberán priorizarse

las medidas que, respondiendo al interés del menor, respeten también los otros intereses legítimos presentes. El disfrute mutuo de la compañía recíproca de cada uno de los padres y del hijo constituye un elemento fundamental de la vida familiar (art. 8 Convenio de Roma y STEDH 13/7/2000).

39 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• EJERCICIO DE LA AUTORIDAD FAMILIAR

S. TSJA 13/2015, 8 de mayo de 2015

El art. 80.1 CDFA dispone que el régimen de visitas ha de garantizar el ejercicio de las funciones propias de la autoridad familiar. Tales funciones vienen relacionadas en el art. 65 CDFA. Pero es llano que el ejercicio de alguna de ellas, señaladamente la primera (tenerlos en su compañía) no puede tener la misma extensión en el caso de convivencia de ambos progenitores que en el de ruptura y, si no se acuerda la custodia compartida, también se ejercerá más limitadamente por el progenitor no custodio que por aquel con quien queden los hijos. En los casos en que no ha habido convivencia previa de los padres entre sí ni del niño con su padre, razones de prudencia indican la conveniencia de –al menos en una etapa inicial– no establecer un régimen de la amplitud que sería normal en otros casos. Por otro lado, la restricción del régimen de visitas no dificulta el ejercicio de otras funciones propias de la autoridad familiar (colaborar con el otro padre, participar en la toma de decisiones fundamentales).

13 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• ENTREGA Y RECOGIDA DE LOS HIJOS

S. TSJA 20/2015, 29 de julio de 2015

En el presente caso el traslado del domicilio de la madre, con la niña, a Francia no es injustificado (obedece a razones laborales) ni contrario al interés de la menor (que es el principal criterio al que debe atenderse en cada caso), pero introdujo cambios en el régimen de visitas del padre, aceptados por las partes salvo en lo relativo al lugar de entrega y recogida de la niña que ahora ha quedado fijado en Toulon

(Francia) para la recogida por el padre y en Zaragoza para la entrega a la madre custodia. Este reparto de cargas económicas y de esfuerzo personal entre ambos padres resulta justificado en atención a la disponibilidad personal y económica de ambos, sin que se haya conculcado el derecho de padre e hija a un régimen de comunicación en los términos del art. 80.1.3 CDFA. Valoradas las circunstancias, se estima que el alto coste económico y personal de los desplazamientos del padre a Francia no afectan al propio ejercicio del régimen de visitas. Se citan las sentencias TS 26 mayo 2014 y TSJA 39/2014, de 15 de diciembre.

23 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• *FIJACIÓN DE UN RÉGIMEN MÍNIMO*

S. TSJA 1/2016, 13 de enero de 2016

El recurrente alega que la sentencia ha infringido el principio del favor filii al acordar un régimen de visitas preestablecido y tasado. La sentencia recurrida ha entendido que el régimen de visitas puede ser flexible pero, rechazando la total libertad que quiere el hijo, impone que se garantice una frecuencia en el contacto materno-filial al menos semanal. La relación de los hijos con los padres redundará también en interés de éstos; si bien el art. 60.3 CDFA permite que, si el interés del menor lo requiere, podrá el Juez denegar, modificar o suspender la relación del menor con sus padres. En el presente caso, dejar el régimen de visitas a la entera voluntad del menor podría comportar que se consolidase la desafección entre madre e hijo. Queda al buen sentido de la madre la ponderación de hasta qué punto debe exigir (art. 65.2 CDFA) el cumplimiento riguroso del régimen de visitas acordado. La fijación de un régimen mínimo está dentro del margen de discrecionalidad del juez, no se aprecia arbitrariedad, y se fundamenta en que es beneficioso para el menor.

39 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• *INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR*

S. TSJA 1/2016, 13 de enero de 2016

El interés del menor es un concepto jurídico indeterminado que precisamente ha de ser determinado en cada caso. La noción de «interés del menor» no es ni un dogma, ni un estándar de contenido universal. Debe ser interpretada y aplicada caso por caso (de ahí que aporte poco la cita de sentencias anteriores en las que se optó por soluciones distintas) evitando siempre eventuales arbitrariedades. Concepto que ahora aparece definido en el Preámbulo de la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

39 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

S. TSJA 13/2015, 8 de mayo de 2015

La sentencia recurrida no vulnera el derecho del menor a un contacto regular con su padre que reconoce el art. 76.3.a) CDFA, pues la posibilidad de ese contacto no se ha eliminado. Lo deseable es, evidentemente, que los niños estén con sus progenitores el mayor tiempo posible. Ahora bien, el establecimiento de un régimen de visitas, inevitable en caso de custodia individual, debe hacerse en todo caso, tal como impone el art. 76.2 CDFA, atendiendo al superior interés del menor, que constituye el criterio preferente y rector en esta materia. Así se desprende de los documentos internacionales (que la sentencia cita), de las normas constitucionales (art. 39.4 CE) y de la normativa aragonesa (arts. 76.2 CDFA y 3.3.a) y c), 13, 21, 46.i) Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón). Así ha sido señalado también por el TC, el TS y el propio TSJ de Aragón (Ss 8 y 10/2011, de 13/7 y 30/9).

13 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• *LA OPCIÓN DEL MENOR*

S. TSJA 1/2016, 13 de enero de 2016

El menor, en cuanto tal, no tiene una autonomía completa, pues está sometido a la autoridad familiar. En lo relativo a la toma de decisiones judiciales que le afecten, tales como el régimen de visitas con el padre no custodio, la ley exige que éste sea oído; su opinión cuenta, pero no es vinculante. Dado que no ha alcanzado aún la madurez suficiente como para deci-

dir por sí mismo, sobre su voluntad se impone la decisión del Juez, que es a quien corresponde determinar qué es lo que, en el caso, conviene a su interés, principio superior de orden público que es lo que ha de guiar dicha decisión. En ocasiones, cuando la edad del menor está próxima a la mayoría de edad, los tribunales acogen su manifestado deseo de relacionarse con el progenitor no custodio con libertad, valorando que ello es lo más conveniente en el caso. Cabe, empero, que no siempre sea así.

39 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• NATURALLEZA

S. APT, 25 de enero de 2014

El derecho de visitas no solamente se considera como tal, es decir como derecho, sino también como un deber que se tiene frente a los hijos menores quienes en modo alguno pueden verse privados de la referencia de ninguno de sus progenitores, a menos que existan o concurran circunstancias o causas graves que justifiquen en determinados casos la suspensión o la limitación de dicho régimen, y siempre pensando en el beneficio e interés de los hijos, pues no debe olvidarse que el sistema de comunicaciones respecto del progenitor no custodio con los hijos constituye una continuación de la relación paterno filial evitando la ruptura por falta de convivencia de los lazos de afecto que debe mediar entre ellos, salvo en casos de peligro para la salud física y psíquica o moral del hijo. Por ello, en este caso que la madre presenta un problema de alcoholismo, debe mantener el derecho de visitas pero supeditado a su recuperación y ejercicio gradual, y primero ejerciéndolo en su punto de encuentro.

45 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

65: RELACIONES PARENTALES Y TUTELARES. ADOPCIÓN, GUARDA. ACOGIMIENTO. PROTECCIÓN DE MENORES

OPOSICIÓN A LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO

S. APZ (secc. 2ª) 28 de enero de 2014

Para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno. Es preciso que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre. La prueba obrante en autos revela efectivamente que la familia biológica se ha mostrado incapaz de realizar de manera adecuada sus funciones parentales, tal como refleja la Sentencia apelada de manera pormenorizada a la vista de la prueba documental obrante en la causa.

51 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• ASENTIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN

S. APZ (secc. 2ª) 11 de febrero de 2014

El artº. 177.2.2º del Código Civil establece la posibilidad de prescindir del asentimiento de los padres biológicos cuando éstos incurran en motivo legal de privación de la patria potestad. En fecha 07-06-2010, se dictó resolución administrativa considerando que la menor, R, se encontraba en situación de desamparo, asumiendo la administración la tutela junto con dos hermanas más. Tampoco consta acreditado que aquellas circunstancias hayan desaparecido.

Por lo expuesto, acreditado que los actores están incurso en causa legal de privación de patria potestad (ex artº. 170 Cc.), resulta claro que no se hace necesario su asentimiento en la adopción, debiéndose únicamente ser oídos.

52 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

TUTELA

• CAUSAS DE REMOCIÓN

S. APT, 24 de marzo de 2015

En aplicación del art. 125 h) del CDF no pueden ser titulares de funciones tutelares

quienes tengan importantes conflictos de intereses con la persona protegida. Por ello, y con independencia del resultado de las diligencias penales, es evidente que el hecho de que los tutores estén incurso en un proceso del que es víctima la persona tutelada, y en la que ocupan por tanto posiciones opuestas, genera un manifiesto conflicto de intereses entre ambos que necesariamente determina la inhabilidad de los mismos para ejercer la tutela, y por ello su remoción, en cumplimiento de lo establecido en el art. 127 del citado Texto Legal.

69 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

- **DELACIÓN DATIVA**

S. APZ (secc. 2ª) 11 de noviembre de 2014

N. no cuenta con familiares adecuados para el ejercicio de la tutela (art. 234 Cc.; art. 116.1 a, f CDFA), correspondiendo la asunción del cargo a las Administraciones públicas con competencia en la materia (art. 235 Cc. y art. 116.1 f) CDFA), el hecho de que el demandado se halle internado en un Centro de Salud en Aragón no respalda que se nombre tutora al CTDJA, ya que no tiene vínculo con Aragón; el menor estuvo bajo la tutela de la Ciudad de Melilla, que desempeñó la tutela ex lege tras la declaración de desamparo de don N, asistió al incapaz y acordó el traslado de éste centro Aragonés; por ello debe ser preferida. Se opone Ministerio Fiscal que solicita el mantenimiento de la tutela a cargo de CTDJA en base al art. 116 CDFA «(...) el Juez preferirá: g) A la persona jurídica que considere más idónea, incluida en última instancia la entidad pública a la que esté encomendada la protección de menores o incapacitados», no cabe duda que esta lo es; el menor presenta una patología permanente e irreversible y está en Aragón y, en tanto permanezca aquí, son evidentes las ventajas ofrecidas por la especialización y cercanía de sus servicios.

54 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

S. JPII EJEA N° 1, 14 de mayo de 2014

Debe nombrarse como tutor a la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos, de la

Comunidad Autónoma de Aragón, tal y como propone el Ministerio Fiscal en aplicación del art. 116 CDFA ya que la demandada no tiene ascendientes vivos, ni pareja o descendientes. Tampoco tiene hermanos ni sobrinos que sean hijos de hermanos.

Consta la existencia de primos y sobrinos (hijos de los primos), pero estas personas no aparecen en el artículo 116 CDFA, salvo que se consideren idóneas por sus relaciones con el incapacitado. De lo obrante en las actuaciones no se desprende que estas personas tengan especial relación con la demandada, por lo que entiendo que lo adecuado es nombrar a la entidad pública existente a estos efectos.

65 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

- **NULIDAD DE LOS ACTOS DEL TUTOR**

S. APT, 29 de abril de 2015

Aun cuando el contrato de compraventa se celebró en 1999, por aplicación del régimen transitorio previsto en el CDFA (DT2ª) es aplicable al caso dicho código. Para la compraventa de bienes por parte del sujeto a tutela era y es necesaria la autorización de la Junta de parientes o del Juez, al no haber intervenido en dicho acto la compraventa ni uno ni otro el mismo es anulable tal y como establece el art. 19 CDFA.

70 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

- **PERSONAS SUJETAS A TUTELA**

S. JPII EJEA N° 1, 14 de mayo de 2014

En aplicación del art. 130 CDFA, dado el grado de discernimiento de la demandada, debe quedar ésta sometida a tutela, ya que la Sra. A necesita asistencia para casi todas las tareas básicas de supervivencia y no puede gestionar su patrimonio.

65 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

TUTELA ADMINISTRATIVA

- **PRIMACÍA DEL INTERÉS DEL MENOR**

S. TSJA 14/2015, 14 de mayo de 2015

En las normas internacionales, nacionales y en la jurisprudencia el interés del menor se erige en guía de toda posible intervención referida a los cuidados y tutela adecuados. En pro de tal interés, el derecho de los progenitores cederá si su atención puede dar lugar a un perjuicio al niño (STS 31/7/2009). El principio de primacía del cuidado del menor, frente al posible derecho de visitas de uno de los progenitores en este caso, se recoge en la combinación de los arts. 3, 51 y 61 Ley 12/2001, de Infancia y Adolescencia en Aragón. La directriz que ordena procurar la reinserción familiar se subordina expresamente a que no sea perjudicial para el menor. Aunque la desatención del menor por el padre haya sido involuntaria, lo relevante es que el niño nació en 2009 en situación de desamparo y el acogimiento se ha prolongado ya cinco años, situación en la que incluso las visitas del padre resultarían perjudiciales a la estabilidad y bienestar del menor.

15 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

**6631: CONSORCIO CONYUGAL:
ACTIVO**

**INMUEBLES EDIFICADOS SOBRE
TERRENO EN PARTE DE UNO DE LOS
CÓNYUGES**

• **DURANTE LA VIGENCIA DEL APÉNDICE**

S. TSJA 1/2015, 14 de enero de 2015

El matrimonio se contrae en 1926 por lo que se rige por el Apéndice de 1925. El solar sobre el que se edificó con fondos comunes era, en su mitad indivisa, propiedad de la mujer, y en la otra mitad pertenecía a la sociedad conyugal. La naturaleza de este tipo de bienes no era cuestión pacífica en la regulación entonces vigente, pues mientras algunas sentencias consideraban que debían integrar el activo de la sociedad conyugal tácita (conforme al art. 48.1 Apéndice y al art. 1404.2º Cc.: SATZ 14/7/1942), otras estimaban no aplicable en Aragón el referido precepto del Cc., sino que debía resolverse el debate con la aplicación de las normas generales sobre accesión (STS 7/2/1945). La Sala, tras recordar la doctrina

jurisprudencial sobre la accesión invertida, indica que el caso de construcción por varios comunes que son propietarios del suelo no se resuelve por las normas de la accesión sino por las de las relaciones entre comuneros (STS 656/2011, de 21/9); criterio trasladable a la relación entre patrimonios en el régimen económico conyugal. De ahí se desprende que el edificio en cuestión tenía la consideración de bien consorcial, sin que sea necesario para ello recurrir a la aplicación del Código civil.

2 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

**6632: CONSORCIO CONYUGAL:
PASIVO**

CÓNYUGE CONCURSADO

• **RESPONSABILIDAD DE LOS BIENES
COMUNES**

A. JPI ZARAGOZA N° 14, 17 de marzo de 2014

El art. 77.2 de la LC establece que en caso de concurso de persona casada cuyo régimen económico matrimonial sea el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes (como es este el caso) se incluirán en la masa, además «de los propios y privativos del concursado» los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado, y dado que según establece el art. 219.3 CDFR «de las deudas contraídas conjuntamente por marido y mujer, cualquiera que sea su finalidad, responden siempre todos los bienes comunes», la conclusión es que la responsabilidad de la esposa deberá limitarse a sus propios bienes privativos, pero no a los gananciales o comunes pues ya están incluidos en la masa, y a ello no afecta el contenido del art. 84.1 de la LC cuando establece vías separadas para los créditos contra el concursado y contra su cónyuge.

67 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

• **RESPONSABILIDAD DEL SU CONSORTE.**

A. JPI ZARAGOZA N° 14, 17 de marzo de 2014

El art. 77.2 de la LC establece que en caso de concurso de persona casada cuyo régimen económico matrimonial sea el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes (como es este el caso) se incluirán en la masa, además «de los propios y privativos del concursado» los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado, y dado que según establece el art. 219.3 CDFA «de las deudas contraídas conjuntamente por marido y mujer, cualquiera que sea su finalidad, responden siempre todos los bienes comunes», la conclusión es que la responsabilidad de la esposa deberá limitarse a sus posibles bienes privativos, pero no a los gananciales o comunes pues ya están incluidos en la masa, y a ello no afecta el contenido del art. 84.1 de la LC cuando establece vías separadas para los créditos contra el concursado y contra su cónyuge.

67 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

6634: CONSORCIO CONYUGAL: DISOLUCIÓN. LA COMUNIDAD POSCONSORCIAL

MOMENTO

S. TSJA 1/2015, 14 de enero de 2015

El matrimonio contraído en 1926 se disolvió a la muerte del primero de los cónyuges acaecida en 1972, por lo que la disolución (y la liquidación y división) del consorcio conyugal se rige por la Compilación del Derecho civil de Aragón de 1967, entonces vigente.

2 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

6635: CONSORCIO CONYUGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN

ASIGNACIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR

- **MATRIMONIO SIN DESCENDENCIA**

S. APT, 15 de octubre de 2014

De la lectura de los arts. 81 CDFA y 91 Cc. se deduce: que en los supuestos en los que no existe descendencia del matrimonio no es imperativo hacer un pronunciamiento sobre el uso del domicilio familiar; no obstante lo cual el juez «puede» hacerlo, si estima que alguno de ellos mantiene un interés necesitado de protección. En el caso enjuiciado los cónyuges tienen una situación equilibrada en lo económico, por lo que la atribución, aun cuando sea temporal, del domicilio conyugal a alguno de ellos será siempre en perjuicio del otro. Por otra parte no puede soslayarse que las cargas de un anterior matrimonio no pueden ser tenidas en cuenta a la hora de efectuar la atribución, pues es evidente que el nuevo cónyuge no viene obligado a soportar las mismas. En estas circunstancias estima el Tribunal que no resulta procedente hacer pronunciamiento sobre el uso, siquiera temporal, de la vivienda conyugal, debiendo proceder los cónyuges a su liquidación por los medios legales procedentes.

49 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

DERECHO DE ADJUDICACIÓN PREFERENTE

- **BIENES APORTADOS AL CONSORCIO**

S. TSJA 1/2015, 14 de enero de 2015

El derecho de adjudicación preferente que el art. 58 Comp. confería tenía, al menos en parte de su contenido, carácter personalísimo y no podía estimarse transmisible a los herederos, como se pretende en este caso.

Además en el caso no concurre aportación de un edificio, ni de la totalidad del suelo sobre el que se edificó. Por ser el terreno privativo de la mujer en una mitad indivisa no hay derecho de adjudicación preferente del edificio. No es así porque no se está en presencia de una subrogación real impuesta por el legislador, que solo tiene lugar en el caso de aportación del bien al consorcio, lo que no ocurre en este caso. Tratándose de la aportación de una mitad indivisa del suelo no concurre el supuesto de hecho del precepto invocado.

2 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

LEGITIMACIÓN ACTIVA

A. APZ (secc. 5ª) 7 de noviembre de 2014

La cuestión litigiosa se centra en la legitimación activa para pedir la incoación del procedimiento especial de liquidación del régimen matrimonial de los padres del peticionario, arts. 806 y siguientes LEC. El instante del procedimiento es heredero de su madre y su único hermano lo es de su padre. Habiendo fallecido ambos progenitores. Entiende el peticionario y ahora apelante que antes de procederse a la liquidación de la herencia procede determinar qué bienes pertenecían al padre y cuáles a la madre, lo que supone la liquidación del régimen consorcial de sus padres. La mayoría de las Audiencias son favorables a aceptar la legitimación de los hijos para pedir la liquidación del régimen común de los padres. En nuestro ordenamiento sustantivo aragonés, el CDFA, sí admite la legitimación de los hijos para pedir la liquidación del régimen consorcial de los padres. El art. 258-2 se refiere precisamente, a la disolución por conyuges (o de uno de ellos), remitiendo, en tales supuestos al art. 365 que, claramente, recoge que «Todo titular de una cuota en una herencia o porción de ella tiene derecho a promover en cualquier tiempo la división de la comunidad».

60 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN JUDICIAL

- **NO PROCEDE EN EL JUICIO DE SEPARACIÓN O DIVORCIO**

S. TSJA 33/2015, 16 de octubre de 2015

Se alega por el recurrente que en la sentencia de divorcio debía haberse declarado, no sólo la disolución del consorcio conyugal, sino también su liquidación, al no existir bienes consorciales. Pero la sentencia recurrida ni infringe el art. 244 CDFA, sino que se atiene a su contenido para declarar la disolución del consorcio conyugal. La liquidación del haber consorcial, caso de existir, se habrá de llevar a cabo con arreglo al procedimiento especial estableci-

do en la Lec., arts. 806 y ss., y no es posible impedir en este proceso que cualquiera de los legitimados pueda instar esa liquidación. Es de tener en cuenta, además, que la parte recurrente considera una situación fáctica –la ausencia de bienes y derechos comunes– que no ha sido objeto de este proceso, no está acreditada y no puede declararse judicialmente en este caso. La pretensión al respecto se ejercitó en la demanda reconventional, que no fue admitida a trámite.

33 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

683: USUFRUCTO VIDUAL

GASTOS Y MEJORAS

- **LEGITIMACIÓN**

S. JPI ZARAGOZA N° 17, 3 de febrero de 2015

Se alega que la regulación del usufructo aragonés, derecho de naturaleza familiar, ha producido una suerte de derogación de la normativa de propiedad horizontal que no es de las de competencia exclusiva del Estado según el artículo 149.1.8ª CE. Pero que no sea competencia exclusiva del Estado la llamada propiedad horizontal no provoca esa consecuencia ya que ni la CCAA aragonesa ha legislado sobre la materia, ni de la legislación aragonesa, arts. 283 y ss. CDFA, se puede concluir, que frente a la Comunidad de propietarios aparezca con legitimación única y excluyente el/la viudo/a aragonés/a. En definitiva, como se lee en la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2014, es evidente que en las relaciones entre la Comunidad de Propietarios y los propietarios individuales, los gastos de comunidad corresponden al propietario, y éste o éstos serán los legitimados pasivamente para soportar las acciones de la comunidad en reclamación de las correspondientes cantidades, sin perjuicio de las acciones de repetición que procedan.

76 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

69: PAREJAS ESTABLES NO CASADAS

DERECHOS EN CASO DE FALLECIMIENTO DE UNO DE LOS CONVIVIENTES

- *RESIDIR EN LA VIVIENDA HABITUAL
DURANTE UN AÑO*

S. TSJA12/2015, 7 de abril de 2015

La sentencia interpreta el art. 311 CDFa, dentro del entorno en que surge la Ley 6/1999. Fue añadido en el trámite parlamentario. El legislador aragonés, tanto en la Ley de sucesiones como en la de parejas estables no casadas, optó por no otorgar a la pareja no matrimonial derecho hereditario alguno. Los derechos del art. 311 CDFa se derivan de la misma constitución de la unión estable extramatrimonial (como las ventajas del cónyuge viudo, cuya naturaleza y finalidad comparten) y deben ser referidos únicamente a los bienes existentes en la pareja al tiempo del fallecimiento, y no a los de terceros. Lo que excluye toda posibilidad de que el superviviente tenga un mejor título de ocupación de la vivienda que el existente antes de la extinción de la pareja. Si la ocupación de la vivienda era en precario, fallecido aquel a quien se le consentía el uso, el otro no puede pretender ostentar derecho para continuar en ella que pueda ser opuesto con éxito a la acción de desahucio por precario.

12 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

EFFECTOS PATRIMONIALES DE LA EXTINCIÓN EN VIDA

- *INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN*

S. TSJA 34/2015, 2 de diciembre de 2015

Lo que se discute es si ha transcurrido o no el plazo de un año señalado en el art. 310 CDFa. El hecho de que para decidir tal cuestión se haga necesario no solo determinar el *dies a quo*, que de acuerdo con el art. 310 CDFa se corresponde con el de la extinción de la pareja, sino también acudir a una norma de dere-

cho común, como el art. 1973 Cc., a lo que da lugar es a una cuestión mixta que abarca la aplicación de normas de Derecho común y foral, lo que sujeta la casación a las normas de casación foral de acuerdo con el art. 478 Lec.

En lo que toca a la interrupción del plazo de prescripción, la carta que la sentencia tiene por cursada no es bastante para la interrupción de la prescripción, pues para ello se precisa una declaración de voluntad recepticia que llegue a conocimiento del deudor. Otra cosa cabe decir de la reclamación extrajudicial, en este caso por medio de tercero, que no requiere forma especial alguna pero sí prueba de que ha tenido lugar: los mensajes telefónicos dejados por el testigo en el buzón de voz del demandado no son por sí solos suficientes para producir la interrupción del plazo de prescripción por no asegurar su recepción; pero sí lo es la conversación personal posterior habida entre testigo y demandado en la que le reitera la reclamación de la actora (doctrina jurisprudencial recogida in extenso en STS 746/2008, de 21/7, con criterio que también recoge la STS 596/2012).

34 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

714: ACEPTACIÓN Y REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA

REPUDIACIÓN: LEGADO

- *FORMA*

S. APZ (secc. 4ª) 20 de octubre de 2014

La legislación aplicable en el momento de la renuncia era la Comp./1967, que no exigía requisito alguno de forma para efectuar la repudiación. En cualquier caso, aplicando de forma supletoria el artículo 1008 CC, únicamente se exige «documento auténtico», que en el citado precepto no es sinónimo de documento público, sino de documento que indubitadamente procede del renunciante (SSTS 11 junio 1955 y 9 diciembre 1992)». En el supuesto sometido a nuestra consideración, una exégesis del documento que el apelante suscribió junto con sus hermanos no deja lugar a dudas, pues del mismo resulta claramente que el demandante optó «por renunciar a la herencia de su citada madre

doña Á, en atención a las cargas que sobre la misma pesan». Resultando estériles las afirmaciones del apelante de que no suscribiera el documento «en concepto de legatario», como afirma en su escrito de recurso, pues un legatario no es sino un heredero de cosa cierta y determinada, como es el supuesto de autos –en este sentido, STS 22 enero de 1963–.

57 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

715: RESPONSABILIDAD DEL HEREDERO

ANTES DE LA PARTICIÓN

- **LEGITIMACIÓN ACTIVA**

S. APZ (secc. 4ª) 31 de julio de 2015

Y es claro que si el heredero no soporta la confusión de sus derechos, y es tercero respecto al patrimonio del causante que ha heredado, aunque no exista partición y por ende se mantenga en comunidad hereditaria, nada puede impedir que se respete su condición de acreedor y pueda actuar contra la comunidad hereditaria, aunque él participe en la misma y se genere una cierta equivocidad jurídica en su posición como acreedor/deudor. Por tanto el recurso se ha de acoger por cuanto la pendencia de la partición no obsta a la exigencia del crédito, aunque quien reclame sea un heredero acreedor y, por tanto, integrante de esa comunidad hereditaria.

73 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

- **NATURALEZA**

S. APZ (secc. 4ª) 31 de julio de 2015

Este régimen de responsabilidad es el que resulta del modelo de limitación de responsabilidad que se constata en los arts. 369 a 372 CDFA. El primero contiene una regla procesal, que es la propia de cualquier comunidad, y conforme a la cual la comunidad hereditaria, que es una comunidad ordinaria sin otra especialidad que referenciarse las cuotas a la globalidad del patrimonio, de suerte que cuando exista una responsabilidad económica imputable a esa comunidad la acción

judicial debe plantarse contra «todos los herederos». Es lo que previene el art. 369 CDFA para los supuestos en los que está pendiente la partición. Por tanto el recurso se ha de acoger por cuanto la pendencia de la partición no obsta a la exigencia del crédito, aunque quien reclame sea un heredero acreedor y, por tanto, integrante de esa comunidad hereditaria.

73 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

DESPUÉS DE LA PARTICIÓN

- **NATURALEZA**

S. APZ (secc. 4ª) 31 de julio de 2015

El art. 371 CDFA, que no es el aplicable al caso, impone una responsabilidad fraccionada: «hasta el límite de su responsabilidad», expresión que hay que entender en el sentido de que debe corresponderse a su participación, como desvelará el art. 371.2 CDFA que para el concreto supuesto, que sería el caso si hubiera partición, del heredero acreedor, debe deducir su parte proporcional como tal heredero.

73 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

SEPARACIÓN DE PATRIMONIOS

S. APZ (secc. 4ª) 31 de julio de 2015

Y es claro que si el heredero no soporta la confusión de sus derechos, y es tercero respecto al patrimonio del causante que ha heredado, aunque no exista partición y por ende se mantenga en comunidad hereditaria, nada puede impedir que se respete su condición de acreedor y pueda actuar contra la comunidad hereditaria, aunque él participe en la misma y se genere una cierta equivocidad jurídica en su posición como acreedor/deudor.

73 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

721: DISPOSICIONES GENERALES

CAPACIDAD PARA TESTAR

S. APZ (secc. 4ª) 17 de diciembre de 2014

La sucesión testamentaria es la expresión de la voluntad del disponente, que ha de ser manifestada consciente y libremente por las personas físicas, que al tiempo de otorgar el testamento sean mayores de catorce años y no carezcan de capacidad natural. Como establece la sentencia apelada, se ha de partir de la presunción de capacidad en las fechas de otorgamiento de los testamentos. En este sentido, el TS ha mantenido reiteradamente la necesidad de que se demuestre «inequívoca y concluyentemente» la falta de raciocinio para destruir la presunción de capacidad para testar y que «la incapacidad o afección mental ha de ser grave no bastando apoyarla en simples presunciones o indirectas conjeturas «No se cuestiona que la causante padeció la enfermedad de alzheimer, además de otras patologías. De lo que se trata es de determinar si la voluntad se expresó consciente y libremente, de si los testamentos contienen la verdadera voluntad. Si se prueba que no concurría ese requisito en el momento de testar, la consecuencia sería la nulidad de las disposiciones. En el caso de autos no se ha probado tal extremo, por lo que siendo el testamento notarial se presume la capacidad de la testadora.

59 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

73: SUCESIÓN PACCIONADA

INSTITUCIÓN DE PRESENTE

- **TRIBUTACIÓN EN EL IRPF**

S. TS (Sala de lo contencioso, secc. 2ª) 9 de febrero de 2016

El art. 33.3.b) LIRPF, no considera ganancias o pérdidas patrimoniales las transmisiones patrimoniales por causa de muerte, cuyo contenido ha de determinarse acudiendo al Derecho civil. Debiéndose resaltar que estamos ante un concepto jurídico de significación unívoca, lo que no cabe es otorgarle distinto significado según estemos ante el impuesto sobre sucesiones o en el de la renta, que es lo que pretende la Administración. Dentro del concepto jurídico de transmisiones patrimoniales por causa de muerte, se comprende, sin duda, los pactos sucesorios, lo que el propio legislador estatal acoge abiertamente, como se ha visto, en el

expresado art. 24 del Impuesto sobre Sucesiones, esto es, son adquisiciones patrimoniales lucrativas consecuencia de un negocio jurídico por causa de la muerte de la persona; sin que su naturaleza jurídica sufra porque el efecto patrimonial se anticipe a la muerte del causante, que constituye, como no puede ser de otra forma en los negocios mortis causa, la causa del negocio. La apartación, como pacto sucesorio, es una transmisión lucrativa por causa de muerte del contribuyente, comprendida dentro del art. 33.3.b) de la LIRPF.

1 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

75: LEGÍTIMA

CÁLCULO

- **TRÁMITE PREVIO A LA REDUCCIÓN DE LIBERALIDADES**

S. TSJA 4/2015, 19 de enero de 2015

Si se admite que hubo una liberalidad que no fue tenida en cuenta en la sentencia de primera instancia, su importe debía ser añadido al del resto de las liberalidades computadas para el cálculo de la legítima (art. 489.1.b CDFIA), que así necesariamente resultará superior e infringida en mayor medida, y distinto es que, realizado el cálculo para cuantificar el importe de la legítima y el monto de la infracción de la misma, en la posterior operación de reducción de liberalidades (art. 495 CDFIA) se siga el orden legalmente establecido. Pero si en la sentencia del Juzgado no se tuvo en cuenta la liberalidad ahora acreditada, no se pudo practicar adecuadamente la reducción de liberalidades, lo que, añadido el importe de la liberalidad y calculado el importe de la legítima y el de la lesión de la misma, deberá hacerse en ejecución de sentencia.

4 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

LESIÓN DE LA LEGÍTIMA

- **PROHIBICIÓN DE GRAVÁMENES**

S. APZ (secc. 4ª) 14 de marzo de 2014

El art. 186 añade que los gravámenes permitidos son entre otros, los establecidos con justa causa, expresada en el título sucesorio o documento público conforme al art. 187. El art. 187 define la justa causa como aquella que busca un mayor beneficio del legitimario. La justa causa expresada deberá tenerse como justa mientras no se demuestre lo contrario. En el testamento consta que las disposiciones obedecen al propósito de preservar y proteger al máximo el patrimonio heredado hasta que los hijos alcancen la edad de 24 años, designando administración de su entera confianza, excluida la del otro progenitor en cuya gestión no confía. La designación de administrador no se puede considerar gravamen en cuanto ese nombramiento está previsto y admitido en la norma, Ley de la Persona, que, en consecuencia, no ha sido infringida.

55 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES

• LEGITIMACIÓN

S. APZ (secc. 4ª) 14 de marzo de 2014

La acción para la defensa de la legítima corresponde a los legitimarios a partir de que cumplan 14 años, por lo que el demandante, padre de los menores, no la puede ejercitar. (art. 178 Lsuc.). Ahora bien, ello es en relación a las disposiciones testamentarias referentes al momento posterior a aquel en que los legitimarios cumplan los 14 años, pero no a la disposición testamentaria al tiempo anterior a esa edad pues en otro caso se privaría de la defensa a los menores hasta que alcancen los 14 años. Por tanto, el demandante, padre de los menores, en cuanto titular de la autoridad familiar, puede ejercitar las acciones de defensa de la legítima en lo que respecta a las disposiciones testamentarias referentes a edad inferior a los 14 años. Así resulta también de la sentencia apelada, donde no se niega la legitimación del padre en relación a las cláusulas que afectan al menor de 14 años.

55 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

S. APZ (secc. 4ª) 27 de mayo de 2014

La cuestión sometida a examen en esta alzada es estrictamente jurídica, y es si ha prescri-

to o no la acción en defensa de la legítima y la respuesta es, forzosamente, afirmativa. Esta Sala ha señalado en la Sentencia de 14 de marzo de 2014 que «El art. 178 regula la prescripción de acciones basadas en el art. 171 y ss. Su ejercicio corresponde al legitimario en el plazo de cinco años contados desde el fallecimiento del causante o desde la delación de la herencia si esta se produce con posterioridad. Si el legitimario para el ejercicio de esas acciones fuera menor de 14 años al iniciarse el cómputo, el plazo finalizara para él cuando cumpla diecinueve».

56 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

76: SUCESIÓN LEGAL

BIENES TRONCALES

• *NO LO ES LA VIVIENDA CONSTRUIDA SOBRE SOLAR TRONCAL*

S. TSJA 9/2015, 13 de marzo de 2015

La condición de bien privativo del solar troncal no implica la troncalidad de la vivienda construida sobre el mismo, en este caso con dinero consorcial luego reembolsado al consorcio. Ni el art. 226.3.a) CDFA, ni el 1359 Cc. (que no es aplicable al consorcio conyugal), llevan a la conclusión de que lo edificado sobre un bien troncal adquiera también el mismo carácter troncal. El bien que el causante recibió de sus padres a título gratuito (art. 528.1 CDFA) fue el solar, y no otra cosa. Por otra parte, los alegados artículos de la accesión relativa a los bienes inmuebles (arts. 358 a 374 Cc.) tratan de resolver los problemas que nacen de la edificación, plantación o siembra en predios ajenos, lo que no ocurrió en nuestro caso. El bien resultante por la edificación sobre un solar troncal es un bien distinto del recibido de los ascendientes, sobre el que no se proyecta el carácter troncal del solar. No sería defendible que una persona, con la debida legitimación de parentesco, pretendiera ejercitar un retracto de abolorio de una edificación, sobre la base del carácter troncal del solar.

9 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

SUCESIÓN A FAVOR DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA

• **REPUDIACIÓN: MOMENTO**

A. APZ (secc. 4ª) 17 de noviembre de 2015

La Comunidad Autónoma está facultada para repudiar –igual que los anteriormente llamados– la herencia que le es deferida abintestato, si bien debe verificarse la repudiación tras el dictado del auto por el que se le declara heredera a esta Administración –en nuestro caso, el auto dictado por el Juzgado objeto de recurso– en la forma que establece el artículo 7 del Decreto 185/2014 de la Comunidad Autónoma de Aragón.

74 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

81: DERECHO DE BIENES EN GENERAL

LEY DE MONTES DE ARAGÓN

• **PRESUNCIONES POSESORIAS**

S. TSJA 38/2015, 23 de diciembre de 2015

El recurrente entiende vulnerados los arts. 47 de la Ley de Montes de Aragón (LMA) y los arts. 34 LH y 1957 Cc., en relación con el precepto anterior. También se mencionan los arts. 35 y 38 LH. Tanto la inclusión de la finca discutida en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública (art. 14.1 LMA), como la orden aprobatoria del deslinde (art. 47.1 LMA), tan solo vienen a establecer una presunción de posesión a favor del Ayuntamiento, sin prejuzgar la titularidad de la finca que, en el caso, corresponde también al Ayuntamiento por prescripción adquisitiva. La práctica del apeo en el procedimiento de deslinde en 1970 supone un acto de posesión real del Ayuntamiento que desvirtúa las presunciones posesorias que los arts. 35 y 38 LH generan a favor del titular registral de la finca discutida, y ostentado la posesión efectiva el Ayuntamiento desde 1970 se ha producido a su favor la usucapción prevista en el art. 1957 Cc. El titular registral que no posee no puede usu-

capir. Los titulares registrales, por otra parte, no son terceros protegidos por el art. 34 LH porque son adquirentes a título gratuito de un primitivo título de dominio constituido por una declaración unilateral de parte, y no gozan de más protección registral que la que tuviere su causante o transmitente.

38 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

83: LUCES Y VISTAS

RÉGIMEN NORMAL

• **DERECHO DEL VECINO A EDIFICAR O CONSTRUIR**

S. JPI BARBASTRO N° 1, 7 de febrero de 2014

En el CDFA se han querido potenciar o dejar más evidentes, para corregir una tendencia jurisprudencial restrictiva, las posibilidades de aprovechamiento constructivo o edificatorio del que soporta las luces, al afirmar que este último no ve limitado, alterado o modificado su derecho a construir sin sujeción a distancia alguna (art. 550 CDFA), añadiendo además, por si todavía no fuera suficientemente claro, que lo puede hacer «como estime conveniente». La obra obstructiva de las luces ya no tiene que ser o no tiene por qué insertarse necesariamente en una unidad constructiva y funcional. Cualquiera que sea la entidad de la construcción, de su alcance, de su finalidad, estará permitida, sin otro límite, como dice el Preámbulo, que el abuso del derecho. En el presente caso no apreció abuso de derecho, por cuanto la parte demandada ha realizado una construcción en los límites de su propiedad, realizando un diseño constructivo adecuado a las características de su entorno.

61 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

84: SERVIDUMBRES

APARENTES

• **DE PASO**

S. TSJA 15/2015, 20 de mayo de 2015

Se estima el motivo de infracción procesal por error en la valoración de los medios de prueba válidamente practicados para la acreditación de la existencia del camino de paso. Se recoge la doctrina de la Audiencia Provincial de Huesca sobre la servidumbre de paso, que puede ser o no ser aparente, y lo es cuando se ejercita por camino, senda o carril: lo decisivo es que se detecten realmente huellas, marcas o vestigios de que el paso se realiza a través de un camino o carril que delimita el recorrido, lo que supondría un signo aparente de servidumbre (Ss. APH 15/5/2008 y 28/2/2011 (y las en esta última citadas). Sobre las servidumbres aparentes en la Compilación (art. 147) y el recurso supletorio al art. 532 Cc. para determinar qué ha de entenderse por apariencia y por signo aparente, se reproduce lo dicho en las Ss TSJA de 18/6/2010 y 25/11/2009. En el caso se tiene por acreditada la apariencia y el uso del camino de paso por el tiempo preciso para usucapir, se estima el recurso, se casa la sentencia de la APH y se confirma íntegramente la del Juzgado de Boltaña.

16 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

DE VERTIENTE DE TEJADO

• EXTINCIÓN

S. APT, 13 de mayo de 2014

El edificio antiguo tenía una servidumbre de vertiente de tejado desde una primera planta nada más con tejas salientes, que con la nueva construcción se ha sustituido por dos tejados con aleros en dos plantas diferentes superiores. Esta sobreelevación supone una agravación de la servidumbre que infringe el art. 543 CDFA, que impide al dueño del predio dominante alterar o hacer más gravosa la servidumbre lo que conlleva la extinción de la misma. Al haber hecho más gravosa la servidumbre, debe ser estimado el recurso y estimada la demanda, declarándose la extinción de la servidumbre con retirada de los dos nuevos aleros que se introducen en la finca de los actores al haber sido ocupado el vuelo de la misma sin justificación alguna.

48 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

SERVIDUMBRE FORZOSA DE ACCESO A RED GENERAL

• REQUISITOS

S. APZ (secc. 4ª) 20 de noviembre de 2014

El derecho a exigir la constitución de servidumbre forzosa debe interpretarse en forma restrictiva y cuando la necesidad es real, no cuando el enclavamiento ha tenido lugar de forma deliberada por causa imputable al dueño de la finca que pretende el predio dominante. Por lo tanto, la demanda y el recurso deben perecer, al resultar acreditado, 1º), que fue la propia actora la que propició su aislamiento y, 2º) a mayor abundamiento, por lo expuesto, porque no se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 581 C DF, puesto que ha resultado probado que la conexión a la red general puede realizarse por otro sitio sin gastos desproporcionados, y sin causar perjuicio a la finca de los demandados.

58 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

92: DERECHO DE ABOLORIO O DE LA SACA

BIENES DE ABOLORIO

• EDIFICIOS O PARTE DE ELLOS

S. TSJA 5/2016, 10 de febrero de 2016

Se desestima el motivo de infracción procesal. El motivo único de casación se interpone por infracción de los arts. 589 y 593 del CDFA. Se discute si una finca registral urbana que constituye el jardín del edificio, y que no tiene acceso ni vida independiente del mismo (incluso son una misma finca catastral) puede considerarse un bien de abolorio y ser retraíble junto con el edificio del que es un anejo. Aparte de los inmuebles de naturaleza rústica, el art. 589 CDFA permite el ejercicio del retracto de abolorio sobre los edificios o parte de ellos en tanto que, como dice el Preámbulo, también pueden conservar la impronta familiar con fuerza sufi-

ciente para justificar la preferencia de los parientes respecto a los terceros adquirentes, y sin necesidad de que deban estar destinados a finalidad agrícola. Toda la finca integrada por la casa, la cochera, el corral y el jardín con piscina debe ser considerada como un edificio.

42 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

FINALIDAD

- ***SUPRESIÓN DE LA FACULTAD MODERADORA***

S. TSJA 5/2016, 10 de febrero de 2016

Como dice el Preámbulo del CDFA, en la regulación actual no se exigen otros requisitos que los legalmente establecidos, entre los que no se encuentra la afección del retrayente a los bienes que pretende retraer y, desde luego, no se exige que se pruebe la misma. La supresión de la facultad moderadora tiene su justificación, precisamente, en objetivar los requisitos exigibles (parentesco y permanencia en la familia), sin exigir una afección específica que se debe presumir mediante el cumplimiento de los requisitos anteriores. Además, ha de tenerse en cuenta la prohibición para el retrayente de enajenar el bien adquirido durante cinco años

(art. 596.3). La exigencia de una afección subjetiva del retrayente, al no ser un requisito legalmente exigido para el ejercicio del derecho de abolorio, vulnera lo establecido en el art. 589 CDFA, por lo que debe ser estimado el recurso y casada la sentencia.

42 RDCA-XXI-XXII-2015-2016

PLAZO DE EJERCICIO

- ***DIES A QUO A FALTA DE NOTIFICACIÓN DE LA TRANSMISIÓN***

S. APT, 14 de marzo de 2014

El cómputo del plazo desde la fecha de Inscripción en el Registro opera cuando no consta con anterioridad el conocimiento por medio distinto de la venta y sus condiciones. Por ello y siendo un hecho inconcuso el transcurso del plazo de los 90 días desde la inscripción, la acción ha caducado, pues por la propia naturaleza del plazo no es susceptible de interrupción. Razón esta última, que impide reconocer eficacia alguna a la presentación de las Diligencias Preliminares, en solicitud de las escrituras de venta.

46 RDCA-XXI-XXII-2015-2016