

D) ÍNDICES DE JURISPRUDENCIA*

D) 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

03: DERECHO PROCESAL

CASACIÓN FORAL

- **CONOCIMIENTO DE PRECEPTOS DE DERECHO COMÚN**

S. TSJA 21/2017, 25 de octubre de 2017

Aun cuando se invoquen como infringidos preceptos de Derecho común, el Tribunal Superior de Justicia es competente para conocer si se alegan junto a normas de Derecho civil aragonés. Así se desprende del art. 478 Lec., y de la interpretación que el Tribunal Supremo ha hecho en numerosas resoluciones del citado precepto: «lo que prima en esta distribución de la competencia, conviene insistir, es atribuir a las Salas de los Tribunales Superiores el pleno conocimiento del Derecho foral o especial y por ello el legislador acepta sin reparos que puedan conocer también del Derecho Común cuando se invoca junto a norma de Derecho foral o especial, de igual forma que el legislador acepta que el Tribunal Supremo conozca de Derecho foral o especial si existe el dato que prima en este caso de alegación de norma constitucional ...» (ATS, Pleno, de 11/11/2015 –recurso 736/2015).

19 RDCA-XXIV-2018

CASACIÓN FORAL POR INTERÉS CASACIONAL

- **REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD**

S. TSJA 12/2018, 30 de mayo de 2018

La parte recurrente cumple los requisitos de admisibilidad exigidos por el TS (SS 412/2017, de 27 de junio, y 343/2017, de 11 de julio) al recurso de casación interpuesto por interés casacional: expresa el precepto sustantivo que considera infringido (el art. 83 CDFA) y, en concreto, la cuestión debatida –la asignación compensatoria como indefinida o temporal– y hace cita de las sentencias del TS que han fijado doctrina sobre la pensión compensatoria y su temporalidad (369/2014, de 3 de julio, y la de 3 de octubre de 2011), con especial referen-

cia al juicio prospectivo respecto a las posibilidades de lograr un reequilibrio, entendiendo que en este caso este juicio ha sido realizado por la AP apartándose de los criterios exegéticos establecidos jurisprudencialmente. Dada la similitud en la naturaleza jurídica y en la regulación entre la pensión del art. 97 cc. y la asignación del art. 83 CDFA, no es irrelevante ni inconveniente la jurisprudencia del TS.

35 RDCA-XXIV-2018

MOTIVOS DE INFRACCIÓN PROCESAL

- **CARGA DE LA PRUEBA**

S. TSJA 6/2017, 10 de marzo de 2017

Doctrina jurisprud. recogida en la STS de 2/12/2014. Las reglas de distribución de la carga de la prueba sólo se infringen cuando, no estimándose probados unos hechos, se atribuyen las consecuencias de tal ausencia a la parte a quien, según aquellas, no le incumbía demostrarlos ni, por tanto, soportar las consecuencias de la falta o deficiencia probatoria. No es eso lo que aquí ha ocurrido. A la parte que pidió la modificación de medidas le incumbía probar los hechos constitutivos de su pretensión, y, según se ha valorado en las instancias, no lo ha hecho. La supuesta infracción de la carga de la prueba no permite la revisión de la valoración de la prueba practicada, salvo si se alegara su irracionalidad. De cualquier modo, como dice el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 1ª del TS de 27/1/2017, es incompatible la alegación de error patente en la valoración de la prueba con la vulneración de las reglas de la carga de la prueba del art. 217 Lec., sobre un mismo hecho.

7 RDCA-XXIV-2018

S. TSJA, 27 de marzo de 2018

La doctrina jurisprudencial sobre la carga de la prueba se recoge en la STSJA 27/2015, que se reitera en ésta. En el presente caso, ni el juez ni la Sala hicieron uso de las reglas de distribución de la carga de la prueba para decidir cuestiones de hecho ayunas de prueba, sino que concluyeron el juicio de hecho de acuerdo con la valora-

ción de la prueba practicada, lo que excluye, conforme a la doctrina que se ha dejado enunciada, toda posibilidad de que se haya producido la infracción que se denuncia en el motivo, que, por tanto, ha de ser rechazado.

34 RDCA-XXIV-2018

- **FALTA DE MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA**

S. TSJA 26/2017, 21 de diciembre de 2017

Tampoco se aprecia que haya falta de motivación en la sentencia recurrida. El TC ha circunscrito los límites de la exigencia en sentencias tales como la 13/2001, 9/2015, y las en ellas citadas. La sentencia recurrida explica suficientemente el conjunto de factores por los que considera que la recurrente no es acreedora de una asignación compensatoria, y la discrepancia frente a tal valoración no es falta de motivación, por lo que el motivo debe ser desestimado.

23 RDCA-XXIV-2018

S. TSJA 7/2018, 2 de marzo de 2018

Concurre en la sentencia recurrida la alegada falta de motivación en relación con el aspecto concreto de los recursos económicos de la madre, no valorados a pesar de la prueba practicada al respecto en la primera instancia. La falta de exteriorización de las razones en que se basa la decisión judicial provoca la infracción del art. 218.2 Lec. en relación con el 209.2ª (necesidad de consignar en la sentencia los hechos alegados oportunamente y las pruebas propuestas y practicadas). Todo ello de conformidad con lo expuesto sobre la motivación en las siguientes SS del TS: 441/2017 ; 792/2013; 577/2014; 672/2010; 362/2014; 616/2014. Pero dicha falta de motivación no resulta relevante hasta el punto de llevar a la estimación de la infracción procesal dado que, al haberse acordado la custodia individual a favor de la madre con gestión separada de los gastos ordinarios, la pensión a cargo del padre se basa en sus ingresos, y respecto a ellos 300 euros/mes es cantidad adecuada.

30 RDCA-XXIV-2018

S. TSJA, 27 de marzo de 2018

La doctrina sobre la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales está recogida en la STSJA 18/2016, que se reproduce. En el caso de autos, las dos sentencias de instancia han expresado debidamente las razones por las que decidieron como lo hicieron, que es lo que resulta de las exigencias de motivación aplicables a las resoluciones judiciales, que, como vimos, no requieren en modo alguno atender a todos los alegatos de las partes, ni menos atribuirles mayor o menor relevancia en función del parecer de quien los hace valer. Por lo demás, y pese a que el recurrente afirma que la sentencia de apelación no expresa las razones por las que revoca la de anterior instancia, su lectura muestra que sí lo hace, por más que no articule su exposición en términos de polémica con las que guían a esta última.

34 RDCA-XXIV-2018

- **MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA**

S. TSJA 2/2017, 26 de enero de 2017

El primer motivo de infracción procesal alega falta de motivación de la sentencia. El mandato del art. 218 Lec., en concreta aplicación del art. 24 CE, de que las sentencias sean motivadas expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la solución que proclaman, ha sido perfilado por la jurisprudencia, así la STC 101/2015 señala que se produce infracción constitucional cuando no hay motivación o es insuficiente, por ser arbitraria o irrazonable; el mismo tribunal se ha ocupado de señalar los límites de la exigencia de motivación en SSTC 13/2001 y 9/2015 (que reitera el criterio de la primera), señalando que es suficiente que contenga los criterios jurídicos esenciales en los que se fundamenta la decisión. El mismo criterio sostiene el TEDH en su interpretación del art. 6 del Convenio de 1950. La jurisprudencia ha acuñado el principio de economía motivadora (STS 290/2014, de 21/3).

2 RDCA-XXIV-2018

S. TSJA 3/2017, 30 de enero de 2017

En el análisis del primer motivo por infracción procesal, la falta de motivación de la sentencia, se cita la jurisprudencia del TC sobre la exigencia de motivación, que se circunscribe a los propios límites que señala el TC. En el presente caso no hay falta de motivación en la sentencia recurrida.

3 RDCA-XXIV-2018*S. TSJA 16/2017, 13 de julio de 2017*

Se interpone el recurso extraordinario por infracción procesal del art. 218.2 Lec., por falta de motivación de la sentencia en tres medidas de contenido económico: en la cuantía de los alimentos para el hijo común; en la proporción de los gastos extraordinarios a pagar por cada progenitor; y en los gastos por traslado del menor. El motivo se estima porque no se justifican en modo alguno los cambios en las cuestiones mencionadas, y, conforme a la DF16^a Lec., se procede a dictar nueva sentencia atendiendo a lo alegado como fundamento del recurso de casación.

15 RDCA-XXIV-2018• **VALORACIÓN ERRÓNEA DE LA PRUEBA***S. TSJA 2/2017, 26 de enero de 2017*

La doctrina jurisprudencial, recogida con detalle en la STSJA 26/2016, ha señalado reiteradamente que el órgano de casación no es una tercera instancia al que pueda ser sometida libremente la revisión de la valoración de la prueba realizada en la instancia, sino que tan solo puede serlo cuando afecte al derecho de la tutela judicial efectiva amparado en el art. 24 CE por haber sido realizada arbitrariamente o sea contraria a las más elementales reglas de la lógica.

2 RDCA-XXIV-2018*S. STSJA 3/2017, 30 de enero de 2017*

Se cita la doctrina del TS sobre los supuestos en los que la valoración de la prueba puede acceder al control del tribunal de casación por la vía del art. 469.1.4^o Lec.: es necesari-

rio que se aprecie una valoración de la prueba manifiestamente errónea, arbitraria o ilógica, no siendo suficiente la valoración desacertada de la misma a juicio de la parte recurrente. No puede tildarse de manifiestamente ilógica la valoración de la prueba documental en el informe escolar; tampoco puede calificarse de manifiestamente ilógica o arbitraria la valoración hecha en la sentencia recurrida de la prueba de la exploración del menor; tampoco cabe estimar que la valoración de la prueba pericial adolezca de un vicio de tal magnitud que permita estimar el recurso por infracción procesal, ni se aparta del contexto o expresividad de contenido pericial (como requiere una reiterada doctrina de la Sala Civil del TS, que se resume en el FJ 7).

3 RDCA-XXIV-2018*S. TSJA 11/2017, 25 de mayo de 2017*

En la exploración ambos menores expresaron que quieren continuar en el régimen de custodia compartida vigente desde la sentencia de primera instancia y, por ello, resulta ilógico que en el razonamiento de la sentencia impugnada se ignore ese deseo. Tampoco cabe deducir del informe pericial –como hace la sentencia objeto del recurso– la mayor disponibilidad de la madre para el cuidado de los hijos, que es lo que, a la postre, sustenta la decisión de la sentencia de la Audiencia de conceder la custodia individual a la madre. Más lógica sería una deducción en sentido contrario. En consecuencia, se estima el motivo de infracción procesal y se dicta nueva sentencia, lo que se efectúa pronunciando un fallo en los mismos términos que el recaído en primera instancia (custodia compartida).

11 RDCA-XXIV-2018*S. TSJA 26/2017, 21 de diciembre de 2017*

Entre los motivos de infracción procesal del art. 469 Lec. no se encuentra específicamente el de manifiesto error en la valoración de la prueba, si bien la Sala 1^a del TS la admite al amparo del número 1.4^o de dicho precepto por vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24

CE. Pero por este medio no se trata de desvirtuar una valoración de la prueba sino de acreditar que la valoración de la prueba realizada no respeta el derecho a la tutela judicial efectiva por resultar manifiestamente arbitraria, irracional o ilógica (la Sala cita las SSTS 785/2013, de 16 diciembre; 273/2016, de 22 abril, 445/2016, de 1 julio). En el caso de autos no se aprecia que haya error en la valoración de la prueba en los términos exigidos en el art. 469.1.4º Lec.

23 RDCA-XXIV-2018

S. TSJA 2/2018, 18 de enero de 2018

Al amparo del art. 469.1.4º Lec. se alega error en la valoración de la prueba pericial, en la exploración del menor y en la valoración de la nueva situación laboral de la recurrente. Una abundante doctrina de la Sala civil del TS ha delimitado los supuestos en los que la valoración probatoria puede acceder al control del tribunal de casación por la vía del art. 469.1.4º Lec., limitando la posibilidad de realizar una nueva valoración de la totalidad de la prueba practicada, lo que equivaldrá a convertir la casación en una nueva instancia. La recurrente incurre en el defecto señalado, puesto que pone de manifiesto su disconformidad con la valoración probatoria efectuada por la Audiencia, con la intención de sustituirla por la suya, proceder que debe rechazarse. Además, como en casación sólo se combate el régimen de custodia compartida, no es admisible un motivo de infracción procesal que pretenda modificar unos hechos relativos a los gastos y alimentos del menor.

26 RDCA-XXIV-2018

S. TSJA 4/2018, 1 de febrero de 2018

Sostiene la recurrente que las manifestaciones dadas en actas notariales no tienen valor probatorio, ni como testificales ni como documental, pues hurta el derecho a la contradicción a la parte que no ha propuesto dicha prueba. Es cierto que, como afirma el recurrente, las afirmaciones vertidas en condición de testigos en un acta de manifestación notarial no tienen valor probatorio, salvo que hayan sido ratificadas en juicio por quienes las

hayan hecho (STS 1090/2003, ATS 28/9/2010). Pero el cambio de domicilio del hijo es un hecho paladinamente reconocido por la recurrente y tal admisión supone que tal hecho afirmado por el actor se halla exento de prueba (art. 281.3 Lec.). Además, junto a las manifestaciones del hijo, existen otros elementos de prueba (declaración de renta del padre, empadronamiento del hijo). Lo que no sucede con la afirmación de que es la madre quien soporta su alimento diario, que además no debe ser tenida por probada ex arts. 405.3 y 316 Lec.

27 RDCA-XXIV-2018

S. TSJA 8/2018, 7 de marzo de 2018

Primero se rechaza que sea motivo de inadmisión del recurso de casación el incumplimiento del requisito de acompañar al escrito de interposición la certificación de la sentencia recurrida (arts. 5481 y 483.2 Lec.), y así lo ha indicado el TS en AA de 21 enero 2003 o 17 noviembre 2009. En el recurso de infracción procesal por errónea valoración de la prueba, es una cuestión nueva que no puede invocarse ahora en casación la desidia de la demandada en la búsqueda de empleo. Se recuerda la doctrina jurisprudencial sobre el error en la valoración de la prueba, recogida en sentencias como la 2/2017, que exige para su éxito error manifiesto y palmario, rayano con una valoración absolutamente irrazonable y arbitraria de la prueba que implique una denegación de la tutela judicial efectiva y que ha de ser puesta de manifiesto por el recurrente, lo que no ha sucedido en el presente caso.

31 RDCA-XXIV-2018

S. TSJA, 27 de marzo de 2018

La doctrina jurisprudencial sobre el error en la valoración de la prueba se recoge en la STSJA 2/2017, que en ésta se reitera. Ciertamente, como sostiene el motivo, el resultado de la liquidación del haber común ha de ser tenido en consideración a la hora de decidir la asignación compensatoria, pero el que no se haya tenido en cuenta no es una cuestión de

valoración probatoria susceptible de ser planteada por la vía de infracción procesal, sino una cuestión de derecho, que es objeto de controversia, como demuestra la S del Pleno del TS 824/2010. Respecto de la dedicación de la madre al hogar y la hija común, la única prueba en la que se apoya el recurrente para discutir la valoración llevada a cabo en la instancia es la de su propio interrogatorio, lo que obviamente no sirve para acreditar el error patente por una valoración absolutamente ilógica que exige el motivo de infracción procesal que se hace valer.

34 RDCA-XXIV-2018

05: OTRAS MATERIAS

LEY DE COOPERATIVAS

- **EN LAS DE VIVIENDA LA LIBERTAD DE CAUSAR BAJA PUEDE ESTAR CONDICIONADA**

S. TSJA 6/2018, 28 de febrero de 2018

La regulación aplicable a la cooperativa de viviendas está comprendida en la Ley 9/1998, de Cooperativas de Aragón (ahora DLegis. 2/2014), de la que la Ley estatal 27/1999 constituye únicamente derecho supletorio. El derecho de baja de los cooperativistas lo regula el art. 22, pero según su apartado f), la regulación especial para las cooperativas de viviendas se impone, como ley especial, a la normativa general. Y en las cooperativas de viviendas es lícito condicionar la eficacia de la baja voluntaria a que el cooperativista que la solicita presente un nuevo socio que se subrogue en su condición jurídica, lo que no ha sucedido en el caso de autos. El art. 84.2.b (de 2010) prevé la posibilidad de que la cooperativa haya previsto la necesidad de subrogación para que la baja formulada sea eficaz y produzca efectos liberatorios. Posibilidad que no estaba prohibida con anterioridad; además la reforma de 2010 es aplicable a los efectos producidos tras su entrada en vigor (DT 2ª)

29 RDCA-XXIV-2018

511: LEY

CÓDIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN

- **CÓDIGO UNITARIO**

S. TSJA 27/2017, 22 de diciembre de 2017

El CDFA tiene la consideración de un código unitario, que aun viniendo de la reunión de textos legales precedentes, ha sido objeto de unificación y dotado de coherencia, con pretensiones de generalidad y plenitud –en la medida que correspondía a una norma de Derecho foral y conforme al art. 149.1.8 de la CE–, y así se desprende del iter legislativo y se recoge expresamente en el preámbulo del Decreto legislativo 1/2011, en el que se afirma –apartado VIII– que «en la refundición efectuada se ha hecho uso, en los pocos casos que se ha considerado necesario, de la facultad de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales refundidos»; de forma que se ha preocupado el legislador de evitar contradicciones en la regulación u olvidos en la redacción de los preceptos.

24 RDCA-XXIV-2018

513: PRINCIPIOS.

«STANDUM EST CHARTAE»

PACTO SUCESORIO

S. JP II Núm. 2 Barbastro 85/2017, 14 de noviembre de 2017

Reviste aquí vital importancia el principio *standum est chartae*, esto es, la voluntad de los otorgantes, que declaraban que muerta la heredera sin descendencia o habiendo fallecido los hijos menores de edad sin testar, revierta esta herencia a los intuyentes. De manera que habiendo muerto la instituida antes que los causantes y sin descendencia, la herencia revierte a los padres, que nombran heredera a la hermana de la instituida premuerta. En razón de ello, el marido demandado no es propietario de los bienes de la herencia paccionada de su esposa.

54 RDCA-XXIV-2018

514: JURISPRUDENCIA. APLICACIÓN Y EFICACIA DE LAS NORMAS

INTERPRETACIÓN DE LA LEY APLICABLE AL CASO

- **VALOR DE LA DOCTRINA CIENTÍFICA**

S. TSJA 27/2017, 22 de diciembre de 2017

El debate procesal se centra en una cuestión estrictamente jurídica: la eficacia revocatoria de un testamento ológrafo unipersonal respecto de una fiducia instituida en testamento mancomunado. El litigio y, en este trámite, el recurso de casación, ha de ser resuelto a través de la determinación de la ley aplicable y su interpretación, sin que exista jurisprudencia recaída al efecto. Los estudios de la doctrina científico-jurídica son ciertamente útiles para realizar una acertada exégesis de la norma, mas las opiniones doctrinales no pueden constituir la forma de fijar el significado y alcance de las normas jurídicas.

24 RDCA-XXIV-2018

61: EN GENERAL

ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR NO HABIENDO HIJOS

- **APLICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL**

S. TSJA 9/2018, 17 de marzo de 2018

Se rechazan los motivos por infracción procesal (error en la valoración de la prueba y falta de motivación de la sentencia). El motivo de casación único entiende que la sentencia recurrida ha infringido el art. 79.5 CDFA al considerar que existe modificación de las circunstancias valoradas por la sentencia de divorcio en 2010 al atribuir a cada cónyuge el uso de uno de los dos pisos propiedad de ambos «hasta que se procediera a la liquidación del patrimonio que ambos tuvieran en común». Pero, como cuando el divorcio de los litigantes tiene lugar en el año 2010 las hijas de ambos eran total-

mente independientes de ellos, la legislación a tener en cuenta, en lugar de la aragonesa, era, y es ahora, la recogida en el Código civil (art. 91), que no cabe considerar infringidos porque no han sido aplicados por la sentencia recurrida. Pero la decisión de la cuestión no hubiera variado aunque se hubiera aplicado el Cc. porque la regulación de los arts. 79.5 CDFA y 91 Cc. es análoga.

32 RDCA-XXIV-2018

642: DEBER DE CRIANZA Y AUTORIDAD FAMILIAR

AUTORIDAD FAMILIAR

- **DE UNO SOLO DE LOS PADRES**

S. APT 102/2017, 27 de noviembre de 2017

La S. de instancia acuerda atribuir la autoridad familiar (a.f.) en exclusiva a la madre mientras dure la minoría de edad sin emancipación de la hija, es ésta una medida excepcional, por lo que sus causas deben estar muy fundamentadas y siempre presididas por el criterio del interés del menor, (art. 90 CDFA). «El entorpecimiento» y «la despreocupación» en general, no pueden fundar una privación de la a.f. respecto al padre durante toda la minoría de edad de la hija, pues el interés de ésta debe presidir el enjuiciamiento. Se revoca en parte la S. apelada, suspendiendo la a.f. del padre durante el tiempo en que permanezca en prisión.

38 RDCA-XXIV-2018

- **EDUCACIÓN RELIGIOSA**

A. APZ (Sec. 2ª) 744/2017, 14 de noviembre de 2017

El posicionamiento del padre, que es el de la hija, no consta haya de resultar perjudicial para ésta, ni que constituya un peligro para su formación, ni que anule, imposibilite o lastre decisivamente su libre desarrollo integral y su capacidad de autodeterminación futura con respecto al hecho religioso. Incluso, ello supuesto, podría resultar desaconsejable la imposición

de la toma de postura contraria, que es la de la madre. Por todo ello, la Sala concluye que el interés de la menor quedará mejor protegido por la opción defendida por el padre.

47 RDCA-XXIV-2018

- **PRIVACIÓN**

S. APT 101/2017, 27 de noviembre de 2017

La privación de la a.f. es una medida de carácter sancionatorio que debe aplicarse por los Trib. de forma restrictiva y siempre en interés del menor; únicamente puede adoptarse cuando existan razones muy graves que la puedan justificar; la propia dicción del art. 90 CDFa (más exigente que el 170 Cc.) indica que no basta cualquier incumplimiento, ha de ser grave y reiterado; y, sobre todo, que sea beneficiosa para el hijo. Con la privación de la a.f. no se pretende sancionar una conducta: el incumplimiento de deberes de los padres, sino que se trata de defender los intereses del menor.

39 RDCA-XXIV-2018

AUTORIDAD FAMILIAR REHABILITADA

- **CONSTITUCIÓN DE LA TUTELA COMO EXCEPCIÓN**

S. TSJA 9/2017, 20 de abril de 2017

El legislador aragonés ha optado por un sistema de protección de la persona incapacitada propio y diferente del establecido en el Código civil, fijando como criterio general la rehabilitación de la autoridad familiar, que había quedado extinguida al cumplir 18 años la hija que resultó incapacitada, pero permitiendo como régimen excepcional la constitución de tutela, conforme al art. 43 del CDFa, que ha sido aplicado por el Juez al constituir la tutela a favor de la madre, en decisión confirmada por la Audiencia. Esta posibilidad constituye una facultad discrecional del juzgador de instancia, que ha de ser suficientemente motivada, y cuya revisabilidad en casación tan solo es posible si se acredita que la decisión adoptada vulnera el ordenamiento jurídico y no existe ninguna correlación lógica en pro del superior interés

de la persona incapacitada (STS 341/2014, con argumentación trasladable a la cuestión aquí controvertida). Esta decisión no vulnera ningún derecho del padre.

9 RDCA-XXIV-2018

GASTOS DE LOS HIJOS MAYORES O EMANCIPADOS

S. APZ 643/2017, 3 de octubre de 2017

El deber de sufragar los gastos de crianza y educación (art. 65 CDFa) no se condiciona a determinadas actitudes de los hijos hacia los padres ni a ninguna otra circunstancia. No se encuentra referencia alguna a la existencia de maltrato de obra o injuria grave por parte de la hija al padre. En el caso que la hija cometiera alguna falta de consideración hacia el padre, tampoco sería suficiente su deber de sufragar los gastos referidos; sería preciso conocer las razones de las deficientes relaciones paternofiliales; sólo si obedecieran a un caprichoso proceder de la hija, podría, acaso, no pagar.

50 RDCA-XXIV-2018

- **PROLONGACIÓN MÁS ALLÁ DE LOS VEINTISÉIS AÑOS**

S. TSJA 17/2017, 17 de julio de 2017

La prolongación del deber de crianza y educación expira al cumplir el alimentista la edad de 26 años, pues así resulta del art. 69 CDFa, y es doctrina de esta Sala (SS 8/2009, 3/2010, 11/2011, 15/2011, 20/2012 y 24/2013) que, una vez extinguido, no puede ser rehabilitado, de todo lo cual se deduce que la decisión convencional o judicial por la que haya de extenderse más allá del límite legal debe ser anterior a que éste sea alcanzado. Pero basta con que al tiempo de presentación de la demanda el alimentista no haya cumplido la edad de 26 años para que en el proceso pueda acordarse, si se dan los presupuestos del art. 69 CDFa, la continuación tras ella del deber de crianza y educación. En tal caso el art. 69 CDFa no exige una determinación temporal (sic), ni la Jurisprudencia de esta Sala la ha impuesto en su interpretación.

16 RDCA-XXIV-2018

6433: MEDIDAS JUDICIALES. MODIFICACIÓN

EL PASO DEL TIEMPO HA PRODUCIDO CAMBIOS SUSTANCIALES

S. TSJA 10/2018, 26 de marzo de 2018

Para que el transcurso del tiempo pueda dar lugar a la modificación de las medidas acordadas es preciso que se hayan producido cambios relevantes en la situación inicialmente valorada. En el caso de autos no se ha tenido en cuenta sólo el mero paso del tiempo, como sostiene la recurrente, sino los cambios que ha habido en los últimos años, especialmente en lo que respecta al menor y su estado de salud (padece trastorno del espectro autista). Lo cual es plenamente ajustado a la previsión contenida en el art. 79.5 del CDFa en la medida en que sí se han dado cambios sustanciales y relevantes en la situación valorada *ab initio* que recomiendan la custodia compartida como mejor que la custodia individual materna.

33 RDCA-XXIV-2018

6434: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS. RÉGIMEN DE VISITAS

CUSTODIA COMPARTIDA

- **ARRAIGO FAMILIAR DEL HIJO**

S. TSJA 12/2017, 1 de junio de 2017

La sentencia recurrida considera un hecho contrario a la custodia compartida que la madre se haya encargado de la hija desde su nacimiento. Entiende el TSJA, en cambio, que tal hecho, que es una obviedad, no justifica que por tal motivo se deba privar a la niña de tres años de una relación con ambos progenitores en términos de igualdad.

12 RDCA-XXIV-2018

- **CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL**

S. TSJA 12/2017, 1 de junio de 2017

En la sentencia recurrida se contraponen la mayor disponibilidad de la madre por su situación de desempleo frente a la de un padre que trabaja a turnos. Contraponer ambas situaciones puede suponer un prejuicio respecto a quien está en situación de actividad laboral, que no justifica que se le aparte de la custodia compartida. No se explica la razón por la que el padre que trabaja a turnos no va a poder guardar y custodiar adecuadamente a su hija (dispone del apoyo de la abuela paterna). Por lo demás, en una pareja joven y trabajando habitualmente ambos, la situación de desempleo de uno de ellos debe ser entendida como situación coyuntural y no se puede adoptar la decisión de privar por ello de la custodia compartida, adoptando una decisión igualmente coyuntural que dejará de tener vigencia en el momento en que ambos trabajen.

12 RDCA-XXIV-2018

- **CONJUNTA**

S. STSJA 3/2017, 30 de enero de 2017

Voto particular: La marginalidad del hecho de cómo se alterna la convivencia frente a lo esencial de poder compartir la vida con el menor lo evidencia todavía más que es también custodia compartida, en su variable de custodia conjunta, incluso el supuesto en el que el menor conviva con uno sólo de los cónyuges, siempre que las circunstancias de proximidad de los progenitores y su permanente relación permita lo principal y esencial: la continuada atención de ambos al niño.

3 RDCA-XXIV-2018

- **DEFINICIÓN**

S. STSJA 3/2017, 30 de enero de 2017

La mayoría de la Sala considera como custodia compartida un régimen de convivencia de fines de semana alternos, de viernes a lunes, dos tardes de estancia entre semana (martes y jueves), una de ellas con pernocta, y mitad de los períodos de vacaciones escolares completo.

El principal elemento que define el régimen de custodia compartida es la alternancia de los hijos con el padre y la madre, ya que la custodia no otorga más derechos sobre el menor que los que tenga el progenitor que ejerce las visitas; alternancia no necesariamente en periodos iguales, pero sí en un tiempo adecuado que permite al padre participar de manera efectiva y regular en el desarrollo y educación del hijo como la madre, aunque no tenga igual extensión. Voto particular: lo esencial no es cómo se alterna la convivencia sino el poder compartir ambos padres la vida con el menor de forma continuada. En el caso, la custodia no es compartida porque es la madre la que se hace cargo del menor.

3 RDCA-XXIV-2018

- **FALTA DE FUNDAMENTO DE LA CUSTODIA INDIVIDUAL**

S. TSJA 12/2017, 1 de junio de 2017

Las decisiones para obviar al régimen legal preferente no se pueden tratar como opciones de oportunidad mediante apreciaciones genéricas sobre si la mayor disponibilidad o la situación laboral de cada uno de los progenitores pueden parecer mejores o peores para los menores pues, en términos generales y legales, ha de partirse de que el mejor régimen es el de custodia compartida. Y el de custodia individual requerirá una justificación concreta de que en ese caso los datos de hecho exigen tal régimen, y tal justificación es la que no existe en el presente caso (niña de tres años que acude a guardería, más disponibilidad de la madre en situación de desempleo frente a un padre que trabaja a turnos, madre que desde el nacimiento se ha encargado de la niña). Voto particular.

12 RDCA-XXIV-2018

S. TSJA 2/2018, 18 de enero de 2018

El recurso se funda en que la sentencia recurrida ha acordado mantener la custodia compartida pese a que dicho régimen se ha acreditado perjudicial, pero la sentencia de apelación no considera acreditados los perjuicios sobre el hijo que la madre atribuye al régi-

men de custodia compartida y expresamente rechaza que sea perjudicial para él. Además la madre alega que la custodia compartida no es el régimen recomendado por el informe psicológico y que contradice los expresos deseos del menor, expuestos en la exploración de que fue objeto. En realidad sucede que los juzgadores de las dos instancias han llegado a una solución distinta a la propuesta en el informe pericial, que no les vincula, puesto que a quien corresponde la función de juzgar es a los jueces (art. 117.3 CE). La Audiencia ha valorado la opinión del menor (STSJA 2/10/2015) y, teniendo en cuenta su edad –11 años– y el resto de las pruebas, concluye que lo mejor para el menor es la custodia compartida.

26 RDCA-XXIV-2018

- **INAPLICACIÓN DEL RÉGIMEN PREFERENTE**

S. TSJA 20/2017, 22 de septiembre de 2017

Atendiendo a la consolidada doctrina jurisprudencial sentada por esta Sala en numerosas sentencias sobre la preferencia legal por la custodia compartida en interés del menor (por todas, STSJA de 6 abril 2015), y estimados los motivos de infracción procesal, el Tribunal, retomando la instancia, ha de acoger la pretensión del recurrente fundada en la infracción del art. 80.2 CDFR por inaplicación del régimen preferente de la custodia compartida, puesto que un examen detenido de las actuaciones pone de manifiesto que no existe óbice alguno (ni en la exploración del menor, ni en la prueba documental, ni en el informe pericial) para que se acuerde el régimen legal preferente de custodia compartida.

18 RDCA-XXIV-2018

- **PERIODOS DE CUSTODIA**

S. STSJA 3/2017, 30 de enero de 2017

Voto particular: Lo que viene siendo habitual en los casos de custodia compartida es una alternancia semanal, quincenal, o incluso mensual (en su caso, con visitas para cada uno en los periodos en que el menor está con el otro).

Ahora bien, las estancias pueden organizarse por períodos más breves, como la «*residence alternée courte*» o 2-2/5-5, fórmula que se preconiza en Francia por ciertos sectores como más conveniente para el interés del menor (sobre todo en edades tempranas), en la idea de que no permanezca demasiado tiempo separado de cada uno de sus progenitores. En la Primera Conferencia Internacional de la residencia alternada (Bonn, julio 2014) se concluyó que tal es la que comprende un mínimo de un tercio del tiempo con cada progenitor incluyendo días entre semana. Pero entre nosotros no se ha consolidado, para los casos de reparto desigual del tiempo, un criterio para determinar si es custodia compartida o individual con régimen de visitas amplio.

3 RDCA-XXIV-2018

• PREFERENCIA LEGAL

S. TSJA 12/2017, 1 de junio de 2017

Si en la ley aragonesa el punto de partida es que el interés del menor se satisface mejor con el sistema de custodia compartida (art. 80.2, Preámbulo 10 CDFA, doctrina jurisprudencial: SSTSJA 16/2015, 11/2015, 1/2014, entre otras), significa que en los casos de ruptura así queda identificado, legalmente, el interés del menor y se prefiere que continúe la relación de los menores con ambos progenitores en términos que garanticen a ambos progenitores el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de igualdad (art. 80.1.2 CDFA). Por ello, solo si el examen de los criterios señalados en el art. 80.2 CDFA permite acreditar, con una motivación reforzada, que, a pesar de la preferencia legal, el interés del menor exige el régimen de custodia individual, será éste el adoptado. No basta a tal fin la motivación de mera oportunidad.

12 RDCA-XXIV-2018

S. TSJA 2/2018, 18 de enero de 2018

De acuerdo con la regulación del art. 80.2 CDFA, esta Sala ha tenido ocasión en numerosas resoluciones de pronunciarse sobre la aplicación del régimen de custodia en Aragón, estableciendo el carácter preferente de la cus-

todia compartida por ser el que –a priori– mejor garantiza el interés del menor, permitiendo, como señala el preámbulo del CDFA, satisfacer el derecho de los hijos a mantener una relación equilibrada y continuada con ambos padres y, por otra, el derecho-deber de estos a la crianza y educación de los hijos en el ejercicio de la autoridad familiar. No obstante, podrá establecerse un sistema de custodia individual cuando resulte más conveniente para dicho interés, a cuyo efecto habrán de evaluarse los parámetros establecidos en el art. 80.2 del Código. En este caso, la adopción de la custodia individual exigirá una atenta valoración de la prueba que así lo acredite –la conveniencia para el menor– frente al criterio preferente de la custodia compartida.

26 RDCA-XXIV-2018

S. TSJA 5/2018, 15 de febrero de 2018

La jurisprudencia de esta Sala ha mantenido en constante doctrina que el régimen de custodia compartida lo establece el legislador aragonés como el que *prima facie* debe fijarse para los casos de crisis de convivencia de los progenitores, como ordena con claridad el art. 80.2 CDFA. Sirva como ejemplo de tal doctrina la indicada, por referencia a anteriores resoluciones, en la STSJA de 14 septiembre 2016. A su vez, el legislador establece diversos factores a valorar en cada caso por la autoridad judicial para determinar si realmente procede excluir el régimen preferente de custodia. Por tanto, en Aragón el Juez o Tribunal viene inicialmente vinculado al establecimiento de la custodia compartida y para fijar otro régimen está obligado a valorar detenida y razonadamente, caso a caso, los distintos criterios expuestos en la norma u otros que, como el propio precepto autoriza, sean de especial relevancia para la convivencia.

28 RDCA-XXIV-2018

S. TSJA 7/2018, 2 de marzo de 2018

La doctrina de esta Sala sobre el criterio preferente de la custodia compartida establecido en el art. 80.2 está contenida en numerosas sentencias. Por todas, la sentencia de 1/2/2012 resume los criterios que deben seguirse en la

exégesis del art. 80 CDFa. En el caso de autos se debe comprobar si la sentencia recurrida, al apartarse de la regla preferente de la custodia compartida, ha seguido adecuadamente las reglas indicadas en nuestra doctrina razonando suficientemente la decisión adoptada (custodia individual a favor de la madre).

30 RDCA-XXIV-2018

- **VALORACIÓN ERRÓNEA DE LA EXPLORACIÓN JUDICIAL DEL MENOR**

S. TSJA 20/2017, 22 de septiembre de 2017

Resulta evidente que la valoración de la exploración del menor que se plasma en la sentencia recurrida no se corresponde adecuadamente con lo manifestado por el menor, ni en su contenido literal, ni en su sentido, debiéndose calificar como manifestadamente errónea. Y ello porque de la escueta valoración que se recoge en sentencia parece deducirse, como elemento esencial, algo que no manifestó el menor: que el hijo queda bajo la custodia de la abuela cuando le corresponde residir con su padre, cuando lo que verdaderamente se recoge en la declaración del menor es que él y su padre residen en casa de su abuela, algo muy distinto. Por otra parte, en la sentencia se omiten referencias muy relevantes, expresadas en el acta de exploración, como la buena adaptación del menor al régimen de custodia compartida al expresar que le gusta más que la situación anterior y que ambos padres le llevan al colegio y a las actividades extraescolares y le ayudan con sus deberes.

18 RDCA-XXIV-2018

- **VALORACIÓN ERRÓNEA DE LA PRUEBA DOCUMENTAL**

S. TSJA 20/2017, 22 de septiembre de 2017

Resulta palmario que la sentencia recurrida incurre en un error manifiesto al declarar acreditado que el marido es Secretario del Consejo de Administración de la empresa F.F.A. S.L. y por ello se traslada a la zona de B. donde radican las instalaciones de la empresa

F.F.A. S.L. por períodos que van de una semana a quince días. Sin embargo, lo cierto es que lo que verdaderamente acredita la prueba documental es que el Sr. C. es secretario del consejo de administración y consejero delegado solidario de la mercantil N. S.L., cuyo domicilio se encuentra en ... (Zaragoza). La circunstancia de que la S.L. F.F.A. esté participada exclusivamente por N. S.L. en nada empece el error valorativo padecido por la sentencia recurrida. Por todo ello, el motivo se estima. No se aprecia error, en cambio, en la apreciación de la duración del contrato de arrendamiento de la vivienda propiedad de la esposa.

18 RDCA-XXIV-2018

CUSTODIA INDIVIDUAL

- **CONFLICTIVA RELACIÓN ENTRE LOS PROGENITORES**

S. TSJA 18/2017, 15 de septiembre de 2017

La conflictiva relación entre los progenitores no tiene relevancia directa para determinar uno u otro régimen de custodia (SS 36/2013, 46/2012, 11/2014, 37/2015, 28/2016), pero sí ha de serle reconocida tal importancia cuando por su intensidad pueda ir en perjuicio del menor (S 10/2015, STS 559/2016). En el presente caso, cabe concluir que la conflictividad existente entre los progenitores sí perjudicaría a la menor de establecer un sistema de custodia compartida, lo que se erige como un importante obstáculo para adoptarlo.

17 RDCA-XXIV-2018

- **ESTABILIDAD DEL MENOR**

S. TSJA 18/2017, 15 de septiembre de 2017

Hemos dicho en diversas ocasiones que la ruptura de los padres necesariamente ha de provocar cambios en las rutinas de los hijos menores, y que estos pueden ser razonablemente asumidos por éstos (S. 13/2014). Pero lo dicho no impide entender que uno de los factores que han de ser tenidos en consideración para valorar el interés del menor es su estabili-

dad, pues así resulta del art. 2.3.d LO 1/1996, de protección jurídica del menor (redacción de 2015). Es por ello por lo que este Tribunal (S. 48/2013), lo mismo que el TS (SS 283/2016 y 553/2016), ha rechazado por ser contrario a esta necesaria estabilidad del menor el sistema de custodia compartida de alternancia diaria con pernocta. Afirma el TS que si se acude al sistema de custodia compartida ha de ser para que los menores tengan «estabilidad alternativa» con ambos progenitores, sin verse sujetos a situaciones incómodas en sus actividades escolares, extraescolares o personales, durante la semana.

17 RDCA-XXIV-2018

• **FALTA DE FUNDAMENTO**

S. TSJA 11/2017, 25 de mayo de 2017

El examen detenido de las actuaciones revela que no existe óbice alguno para que se acuerde el régimen legal preferente (custodia compartida): los menores han manifestado su satisfacción con este régimen y su deseo de continuar en él; el informe pericial no pone de relieve ninguna circunstancia que conduzca a considerar que conviene más a los menores la custodia individual. La edad de los hijos (13 y 15 años) no lo es. Los domicilios de los padres, al vivir en una pequeña localidad, son próximos. No hay dificultades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres que obstaculicen la custodia compartida, pese a que en alguna ocasión uno y otro puedan precisar algún apoyo de terceros.

11 RDCA-XXIV-2018

S. TSJA 5/2018, 15 de febrero de 2018

La atención exclusiva y de gran intensidad que la sentencia recurrida presta a uno de los informes psicológicos obrantes en las actuaciones como motivo decisor de la custodia individual a favor de la madre no viene acompañada de justificación de por qué son descartados los demás factores previstos por el legislador, y que son los que precisan de razón objetiva en contra para separarse del régimen preferente legal de custodia compartida. En el caso consta que ambos progenitores tienen aptitud y capa-

cidad para cuidar al hijo menor, tienen semejantes estilos y criterios educativos, trabajo estable con una situación económica desahogada, viven en la misma urbanización, ambos muestran cariño hacia el menor e interés real por participar en el desarrollo diario de su vida, y entre ellas ha existido siempre buena relación hasta la judicialización de la crisis convivencial.

28 RDCA-XXIV-2018

• **VALORACIÓN SUFICIENTE DE LA PRUEBA PRACTICADA**

S. TSJA 7/2018, 2 de marzo de 2018

Aunque la justificación de la sentencia recurrida para considerar más beneficioso el mantenimiento de la custodia individual materna puede resultar algo esquemática (corta edad de la niña, falta de precisión del domicilio del padre, falta de concreción de su disponibilidad laboral y algunos aspectos del informe psicológico), en la media en que se remite a las razones expuestas en la sentencia de instancia y en el auto de medidas provisionales, se produce una asunción de las mismas que no exige una motivación más extensa si no han cambiado de forma relevante las circunstancias. La valoración de la prueba practicada es suficiente para mantener, al menos de momento, la custodia individual y tal valoración no puede ser revisada en casación al no resultar irracional, ilógica o arbitraria.

30 RDCA-XXIV-2018

EL CAMBIO DE RÉGIMEN OBLIGA A LA NECESARIA ADAPTACIÓN

• **EL RIESGO GENÉRICO DE INESTABILIDAD NO ES RELEVANTE**

S. TSJA 5/2018, 15 de febrero de 2018

Esta Sala se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el real alcance que cabe dar a la posibilidad meramente genérica de riesgo de causar inestabilidad en el menor por el cambio de régimen de custodia, así por ejemplo, en la S 20/2016, de 7 septiembre. El cambio puede comportar a corto plazo molestias y problemas de adaptación. Pero, salvo en los casos concre-

tos en que pueda cobrar especial relevancia el riesgo real de pernicioso afección psíquica del menor, no cabe considerar en términos generales que la necesidad de adaptación a un nuevo régimen sea impedimento para decidir en cada caso cuál es el mejor sistema de custodia a medio y largo plazo, y ello conforme a la preferencia de la custodia compartida ordenada por el art. 80.2 CDFA. Conclusión que debe observarse más aún cuando, como en el caso, estamos ante un niño de 7 años, y el régimen de custodia fijado puede durar más de diez años.

28 RDCA-XXIV-2018

MODIFICACIÓN

• CAMBIO SUSTANCIAL DE CIRCUNSTANCIAS

S. STSJA 3/2017, 30 de enero de 2017

El Juzgado y el TSJA entienden, en contra de la Audiencia y los votos particulares, que se ha acreditado tanto el cambio de circunstancias como el carácter sustancial de éstas para modificar el régimen de custodia individual a favor de la madre. El padre ha trasladado su residencia, reúne condiciones para hacerse cargo de su hija, que ha pasado de tener año y 8 meses a casi nueve ahora, y desea pasar más tiempo con su padre. En estas circunstancias, la preferencia legal de la custodia compartida ex art. 80.2 ha sido infringida al no existir factores relevantes para permitir aplicar la excepción por la custodia individual. Votos particulares: no se trata de custodia compartida sino individual con amplio régimen de visitas intersemanales, no se infringe el art. 80.2. La valoración de la prueba hecha en la sentencia recurrida no es objeto de tacha alguna, por lo que el recurso debe ser desestimado.

3 RDCA-XXIV-2018

S. APZ 5/2017, 9 de febrero de 2017

Los requisitos para modificar las medidas acordadas en sentencia de divorcio son:

1. Cambio objetivo de circunstancias; 2. que el cambio sea sustancial; 3. que sea involuntario; 4. que sea imprevisible.

36 RDCA-XXIV-2018

• CAUSAS O CIRCUNSTANCIAS RELEVANTES

S. TSJA 1/2017, 25 de enero de 2017

La posibilidad de modificar las medidas acordadas en sentencia firme (custodia a favor de la madre) tiene base legal en los arts. 775 Lec. y 79.5 CDFA. Del resultado del conjunto probatorio –cuya valoración corresponde a los Tribunales de instancia– se desprende que no se han producido modificaciones sustanciales o relevantes en las circunstancias personales del actor que fundamenten su pretensión. La medida solo es revisable cuando quede acreditado en el proceso que las circunstancias fácticas que se tuvieron en cuenta para establecer un sistema de guarda y custodia han quedado sustancialmente modificadas (SSTSJA 24/2016, de 14/10, y 37/2014, de 19/11). No puede instarse en estos casos la aplicación del art. 80.2 como si se plantease *ex novo* la fijación de la forma en que habría de ser establecida la custodia de los hijos menores. Además el padre tiene dificultad de conciliación de la vida profesional con su pretensión de custodia compartida.

1 RDCA-XXIV-2018

S. TSJA 2/2017, 26 de enero de 2017

En un procedimiento de modificación de medidas no se trata de decidir por primera vez sobre las medidas a adoptar desde la ruptura, en que el criterio legal de idoneidad de la custodia compartida para satisfacer el interés del menor es el punto de partida, sino de si las adoptadas han de ser modificadas por así exigirlo nuevas circunstancias distintas de las que en el momento de la primera decisión evidenciaron que en el caso concreto, y frente al criterio legal, la individual a favor de la madre era el régimen que mejor respondía a aquel interés (SSTSJA 7/2016). Se trata de contrastar las circunstancias tenidas en consideración al momento de fijar las medidas cuya revisión se pretende con las actualmente existentes para determinar si se ha producido algún cambio que evidencie que las medidas vigentes ya no son adecuadas al interés del menor (STSJA 19/2014).

2 RDCA-XXIV-2018

- **EN INTERÉS DEL MENOR**

S. TSJA 10/2018, 26 de marzo de 2018

En atención al cambio producido en las circunstancias concurrentes, toda la actuación judicial ha pretendido adaptar las medidas a seguir a lo que es mejor ahora para el niño (la custodia compartida): la adaptación de las medidas relativas a la custodia a la evolución del estado de cosas tenido en cuenta cuando se tomó la primera decisión judicial (custodia materna), de modo que se dispense siempre, en la medida de lo posible, el mejor trato posible al menor según cambien las circunstancias en el devenir de los años. Lo que, en este caso concreto, como en las SS de este Tribunal de 30/10/2013 y 15/10/2015, exige valorar el padecimiento que le afecta, tal y como se ha hecho.

33 RDCA-XXIV-2018

RÉGIMEN DE VISITAS

- **DERECHO-DEBER DE PADRE E HIJO A RELACIONARSE ENTRE SÍ**

S. TSJA 4/2017, 8 de febrero de 2017

El derecho de relación entre el padre y su hijo está reconocido en los arts. 79.2.a, en relación con el 60, y en el art. 80 CDFA, así como en los acuerdos y convenios internacionales de los que el Estado español es parte, como son la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 9.3) y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 24.3). Dice la STC de 22/12/2008 que dicha relación constituye un derecho tanto del progenitor como del hijo, como manifestación del vínculo que les une y que ha de contribuir al desarrollo de la personalidad y afectividad del menor, relación que solo puede ser limitada o suspendida cuando concurren graves circunstancias que así lo aconsejen, en interés del menor, o en caso de incumplimiento grave y reiterado de la resolución judicial en que se fije. Se reitera lo dicho en la STSJA 16/2016, de 10 de junio.

4 RDCA-XXIV-2018

- **EXCEPCIONALIDAD DEL NO ESTABLECIMIENTO DE UN RÉGIMEN**

S. TSJA 4/2017, 8 de febrero de 2017

Los argumentos de las sentencias de instancia para justificar la decisión adoptada de excluir cualquier régimen de visitas con el padre mientras esté preso, ni tampoco cuando tenga un permiso de salida, no son suficientes, y la decisión tomada vulnera el art. 79.2.a, en relación con el 60.1. No existen razones para entender que las visitas del menor al Centro Penitenciario van a ser contraproducentes ni van a afectar a la imagen que menor pueda tener de su padre; las estancias y visitas están reguladas en la legislación penitenciaria (arts. 38 LOGP 1/1978, 17 y 45 de su Reglamento), los Centros reúnen condiciones de habitabilidad, con espacios para las comunicaciones íntimas y familiares, lo que asegura que una visita del menor a su padre en dicho entorno no va a resultar traumática para el menor. Durante el permiso de salida, un régimen de visitas, aunque sea mínimo, puede generar una relación de conocimiento y afecto entre padre e hijo.

4 RDCA-XXIV-2018

6435: ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

ATRIBUCIÓN AL PROGENITOR NO CUSTODIO

- **MEJOR INTERÉS PARA LAS RELACIONES FAMILIARES**

S. TSJA 1/2018, 5 de enero de 2018

En el caso la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor no custodio (la madre) está totalmente imbricada con la decisión sobre custodia de las menores: se atribuye al padre, pero no sólo a él realmente, ya que esta decisión se condiciona a que el padre y las menores vivan con la abuela paterna y en la casa de ésta. En esta especial situación, la atribución del uso de la vivienda familiar a la madre es lo mejor para el interés global de las menores, ya que sólo así cabe considerar garantizado un

correcto ejercicio del régimen de visitas establecido a favor de la madre. El mejor interés para las relaciones familiares imponía aplicar la excepción prevista en el art. 81.2 CDFA y atribuir el uso de la vivienda familiar a la madre, ya que con ello, en definitiva, se favorecía directa y especialmente a las menores. La decisión sobre la vivienda no se puede separar de las demás medidas adoptadas ni observarla tan solo desde el prisma meramente economicista.

25 RDCA-XXIV-2018

CUSTODIA INDIVIDUAL

- **INTERÉS PREVALENTE DEL MENOR**

S. TSJA 1/2018, 5 de enero de 2018

El art. 81.2 CDFA debe ser interpretado en todo caso en atención al interés de los hijos menores. Así resulta de lo ordenado en los arts. 76 y 79 del CDFA. Del propio art. 81.2, ya que ordena, que el uso de la que fue vivienda familiar lo disfrute el progenitor bajo cuya custodia queden los menores, en previsión que sólo podrá ser inobservada cuando el mejor interés de las relaciones familiares aconsejen otra decisión. Así, la referencia que utiliza el legislador cuando permite la especial atribución al progenitor no custodia no es a las relaciones entre progenitores, sino a las familiares entendidas en su conjunto y, dentro de ellas de nuevo debe incluirse la atención primordial de los hijos menores e el conjunto de tales relaciones familiares. En definitiva, la presencia de los menores es el factor esencial a tener en cuenta en cada caso como más necesitado de protección al atribuir el uso de la vivienda que fue común (cita la STS 426/2013, y ésta el art. 233-20 CCCAT).

25 RDCA-XXIV-2018

EL CAMBIO NORMATIVO NO ES CAUSA DE REVISIÓN

S. TSJA 6/2017, 10 de marzo de 2017

Adoptada la medida antes de la vigencia de la Ley 2/2010, no basta el mero cambio normativo para permitir su revisión; si la voluntad del legislador hubiese sido que ello fuera, en sí,

causa de revisión de las medidas, lo hubiera expresado así. Pero, sólo para la custodia compartida hay una tal previsión, y sólo durante el plazo de un año (DT 6ª, apartado 2), transcurrido el cual debe estarse también para la custodia compartida al régimen general indicado en el art. 775 Lec. y alegar y acreditar una sustancial alteración de las circunstancias que en su momento fueron valoradas. En la STSJA de 17/2/2015 no se dijo que la DT 6ª establezca el carácter retroactivo de la norma del art. 81.3.

7 RDCA-XXIV-2018

LA DECISIÓN FINAL CORRESPONDE SÓLO AL JUEZ

- **APLICACIÓN PREFERENTE DE LA REGULACIÓN ESPECIAL DEL ART. 81**

S. TSJA 13/2017, 2 de junio de 2017

Sobre el pacto de los cónyuges copropietarios de atribución del uso de la vivienda familiar incide tanto el entorno jurídico en que se tomó (el propio de la ruptura de la convivencia conyugal) como el entorno fáctico (la obligada atención a las dos hijas menores del matrimonio que quedan bajo la custodia de la madre). En este caso la regulación especial, de preferente aplicación a la general del consorcio disuelto y de la copropiedad, viene dada por el art. 81 CDFA, que atribuye en exclusiva al Juez la decisión de atribución del uso en atención a lo en él establecido, en unos casos a la vista de la propuesta de las partes en el convenio regulador y en otros sin ella. En todo caso, la decisión final, en aras al aseguramiento del interés del menor, corresponde sólo al Juez, con audiencia preceptiva del Ministerio Fiscal.

13 RDCA-XXIV-2018

- **LA DECISIÓN JUDICIAL ES EL ÚNICO TÍTULO DEL DERECHO DE USO**

S. TSJA 13/2017, 2 de junio de 2017

El título por el que uno de los progenitores tiene derecho de uso del bien es únicamente la decisión judicial (no la copropiedad, cuando exista), que fijará las condiciones del uso, los gastos de la utilización que deban abonarse y,

en fin, el plazo por el que se atribuye a uno u otro progenitor, teniendo en cuenta las previsiones imperativas de los apartados 1, 2 y 3 del art. 81 CDFA.

13 RDCA-XXIV-2018

LIBERTAD DE PACTO

S. TSJA 6/2017, 10 de marzo de 2017

En el convenio regulador del divorcio se pactó atribuir al esposo por tiempo indefinido el uso de la vivienda, lo que significa que se estimó que el interés de los menores quedaba debidamente protegido con la estipulación de que pasasen a residir con su madre en el domicilio de su abuela. Lo que era domicilio familiar dejó de serlo para pasar a ser el del padre, destino que ambos titulares (ya fuera por entender que el padre estaba más necesitado de protección o por otras razones) convinieron, en uso de su libertad de pacto. Y sin que pueda ésta limitarse por la norma del art. 81.3 que tiene carácter preeminentemente dispositivo, pues debe prevalecer el acuerdo que sobre el uso de la vivienda hayan alcanzado los cónyuges salvo, claro está, que se entienda perjudicial para los hijos menores, cuyo interés es materia de orden público.

7 RDCA-XXIV-2018

LIMITACIÓN TEMPORAL

• DECISIÓN DISCRECIONAL DEL JUEZ

S. TSJA 20/2017, 22 de septiembre de 2017

La fijación del período de atribución temporal del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores, a falta de acuerdo entre ellos, constituye una decisión discrecional del Juez, valorando las circunstancias concurrentes, sin que corresponda al Tribunal de Casación pronunciarse sobre tal cuestión, a salvo de apreciar arbitrariedad o razonamiento irracional o ilógico, lo que no ocurre en el presente caso, en que el tribunal de apelación se ha limitado a ampliar en un año la atribución del uso de la vivienda.

18 RDCA-XXIV-2018

• EL FIN DEL PLAZO JUDICIALMENTE FIJADO SUPONE EL DESALOJO DE LA VIVIENDA

S. TSJA 13/2017, 2 de junio de 2017

Si el fin del plazo judicialmente fijado como término del derecho de uso (de la madre, en el caso) no supone el desalojo de la vivienda (obligación de dejarla vacua, libre y expedita), tal pronunciamiento pierde la precisión y eficacia que la norma impone. Porque, en lugar de quedar libre la vivienda y a disposición de ambos copropietarios en régimen de igualdad a partir del día indicado, se mantiene la situación de supremacía de la ocupante, aun ya carente del título judicial que en su momento la habilitó como usuaria, frente al otro coposcedor, que si quiere disponer de los efectos de la copropiedad tendrá, primero, que accionar (ante juzgado distinto del que atribuyó en su momento el derecho de uso) para desalojar al copropietario carente de título (vid. SS TSJA de 4/1/2013 y de 14/10/2016).

13 RDCA-XXIV-2018

• OBLIGACIÓN DE DESALOJO AL CESAR

S. TSJA 4/2018, 1 de febrero de 2018

Sostiene el recurrente que una vez que se produce el cese de la atribución del uso de la vivienda familiar acordada en el procedimiento matrimonial, cuando dicha vivienda es de propiedad común de los esposos, el juzgador que conoce de aquel procedimiento carece de competencia para decidir el desalojo, pues desde entonces rigen las reglas de la comunidad ordinaria, y al efecto cita diversas sentencias de la Sec. 2ª de la AP de Zaragoza. Pues bien, es cierto que dicho tribunal ha venido manteniendo la tesis que se sostiene en el recurso, pero la misma ha sido desautorizada por esta Sala, como ya indica la sentencia de segundo grado, en nuestras SS 25/2016, dictada en recurso 33/2016, y 13/2017, en recurso 3/2017. En consecuencia, el motivo debe ser desestimado.

27 RDCA-XXIV-2018

MODIFICACIÓN

S. TSJA 6/2017, 10 de marzo de 2017

Los presupuestos que deben concurrir para dar lugar a una modificación de medidas los recoge la STSJA de 13/10/2016. La consecuencia de esta doctrina es que, si no concurren las variaciones necesarias para que puedan ser objeto de nuevo estudio y decisión las medidas matrimoniales ya adoptadas, no cabe hablar de infracción del art. 81.3, al no ser aplicable por falta del presupuesto (el cambio de circunstancias) necesario para su aplicación. Al no haberse acreditado los cambios fácticos alegados, era de aplicación el art. 79.5 y no el 81.3, al estarse ante un procedimiento de modificación de medidas y no ante uno de divorcio. Aunque la medida fuera anterior a la vigencia de la Ley 2/2010 (el 8/9/2017), para la revisión (y eventual modificación) de la medida hace falta que se haya producido una modificación relevante de las circunstancias (DT 6°).

7 RDCA-XXIV-2018

- **CONCURRENCIA DE CAUSAS O CIRCUNSTANCIAS RELEVANTES**

S. TSJA 9/2018, 17 de marzo de 2018

La regulación del CDFa y del Cc. es análoga: el art. 79.5 CDFa considera que el cambio de las circunstancias se tendrá en cuenta cuando sea motivado por concurrir causas o circunstancias relevantes, mientras que el art. 91 *in fine* del Cc. permite la modificación de las medidas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias. La voluntad obstativa de la demandada a la práctica de la liquidación del patrimonio común que ella misma había acordado hacer es una circunstancia nueva o sobrevenida, de tal relevancia como para haber impedido efectivamente que pueda llevarse a término tanto la liquidación pactada como el efecto secundario a su práctica, de cesar en el uso del inmueble que le fue atribuido. Por tanto, sí es circunstancia sobrevenida y sí es sustancial, además de relevante, se justifica la modificación de la decisión judicial inicial de que la vivienda sea ya desalojada por la recurrente en la fecha señalada sin relación alguna ya con la liquidación.

32 RDCA-XXIV-2018**NATURALEZA DEL DERECHO DE USO**

S. TSJA 6/2017, 10 de marzo de 2017

El derecho de uso de la vivienda se concibe, en general, como una medida de protección de los menores, es decir, se atribuye al cónyuge al que se la otorgado la custodia (individual o compartida) de los hijos y precisamente por esa razón. El menor requiere alimentos, y entre los alimentos se encuentra la habitación STS 19/11/2013).

7 RDCA-XXIV-2018**VENTA DE LA VIVIENDA POR LOS COPROPIETARIOS**

S. TSJA 13/2017, 2 de junio de 2017

Los razonamientos de la sentencia recurrida condujeron a concluir que no es necesario para unas adecuadas relaciones familiares la orden judicial de venta del bien. Lo cual no obsta, claro está, a la posibilidad de que las partes decidan al respecto lo que estimen oportuno o a que, caso de desacuerdo en esta cuestión, acudan al auxilio judicial previsto para los casos de disconformidad de los copropietarios de un bien sobre el mantenimiento de la indivisión o forma de utilizar la cosa, una vez que la situación jurídica y de hecho es realmente de copropiedad (los cónyuges acordaron en el convenio regulador la liquidación de la sociedad conyugal con establecimiento de condominio por partes iguales sobre el que fue domicilio conyugal).

13 RDCA-XXIV-2018**6436: GASTOS DE ASISTENCIA A LOS HIJOS****CUSTODIA COMPARTIDA**

- **JUICIO DE PROPORCIONALIDAD**

S. TSJA 22/2017, 22 de noviembre de 2017

La Sala desestima todos los motivos de infracción procesal y todos los motivos del recurso de casación, con expresa imposición de costas a la parte recurrente, y pérdida del

depósito constituido por ella. No se aprecia falta de motivación en la sentencia recurrida, ni arbitrariedad, irrazonabilidad o manifiesto error en la valoración de la prueba. Los motivos de casación carecen de contenido o desarrollo. En el cuarto se alega vulneración del art. 82.2,3 y 4 CDFA, por no respetarse su contenido y la proporcionalidad para fijar la contribución de cada progenitor a la atención de las necesidades de los hijos. Juicio de proporcionalidad que no es susceptible de revisión casacional salvo vulneración clara del mismo o razonamiento ilógico o irracional, cosa que no se aprecia en el caso. La Sala reitera que el recurso de casación no permite una nueva valoración de la prueba, salvo en los casos previstos por la vía de la infracción procesal, que en este caso han sido rechazados.

20 RDCA-XXIV-2018

• **REALIZACIÓN COMPARTIDA DE LOS GASTOS ORDINARIOS**

S. TSJA 7/2018, 2 de marzo de 2018

En los casos de custodia compartida cada progenitor se hace cargo de los gastos de asistencia a los hijos en los períodos que los tiene en su compañía (fundamentalmente, manutención, alojamiento y sus pequeños gastos), señalándose además la contribución de cada uno a los gastos ordinarios, que se generan por períodos más amplios que los correspondientes a la estancia con cada progenitor (realización compartida de los gastos ordinarios), que se fijarán, sobre la base de las necesidades de los hijos, proporcionalmente a los recursos de cada uno. La proporción con los recursos de ambos progenitores tiene mayor significado en la custodia compartida que en la individual para la contribución a los gastos ordinarios, una vez que cada uno satisface los gastos asociados a los tiempos de guarda que le corresponden.

30 RDCA-XXIV-2018

CUSTODIA INDIVIDUAL

• **REALIZACIÓN SEPARADA DE LOS GASTOS ORDINARIOS**

S. TSJA 7/2018, 2 de marzo de 2018

En los casos de custodia individual, el padre custodio tiene a los hijos a su cargo en su casa y, si se ocupa (así sucederá más habitualmente) de la gestión de los gastos para atención de sus necesidades (realización separada de los gastos ordinarios), se fijará a cargo del no custodio una pensión (pago periódico del art. 82.3). Para el cálculo de esta pensión lo determinante –sobre la base de las necesidades del hijo– serán los recursos del obligado al pago de la pensión y no los del custodio, que atenderá al hijo con todos los suyos, sean los que sean.

30 RDCA-XXIV-2018

LA MAYOR CANTIDAD PAGADA POR EL PADRE ANTES DEL PROCESO NO VINCULA

A. TSJA, 21 de abril de 2017

La decisión de pago que antes del proceso judicial pudiera adoptar el padre deriva de su decisión subjetiva y personal y cuando no sabe si llegará a abrirse procedimiento judicial ni, por tanto, en qué términos se planteará el debate. Por ello, ni por el momento temporal en que se producen, ni por la causa de la decisión coinciden las razones por las que se fija el importe de la pensión judicial y la prejudicial, pues son de naturaleza distinta la decisión preprocesal tomada por el padre y el acuerdo jurisdiccional tomado en la resolución que pone fin a un procedimiento judicial. La mayor cantidad pagada por el padre con anterioridad no supone un acto propio que le vincule.

10 RDCA-XXIV-2018

6437: ASIGNACIÓN COMPENSATORIA

CARÁCTER TEMPORAL O INDEFINIDO

• RESUMEN DE LA JURISPRUDENCIA

S. TSJA 12/2018, 30 de mayo de 2018

Sobre su posible limitación temporal: SSTS 59/2011 y 553/2017; STSJA 11/2018, de 27 de marzo.

Sobre la pasividad del beneficiario en la búsqueda de empleo: SSTS 472/2011, de 15 de junio, y 1/2012, de 23 de enero; STSJA 8/2018, de 7 de marzo.

Sobre los criterios de la Sala en materia de temporalidad: SSTSJA 35/2015, 1/2012, 11/2018.

Sobre las limitadas posibilidades de revisar en casación las conclusiones del tribunal de apelación sobre el carácter temporal o indefinido: STS 624/2011, criterio también mantenido por el TSJA.

35 RDCA-XXIV-2018

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

S. TSJA 26/2017, 21 de diciembre de 2017

Es doctrina jurisprudencial (SSTS 22 junio 2011, 10 octubre 2011 y 2 enero 2013) que la pensión compensatoria no tiene como finalidad una garantía vitalicia de sostenimiento, o perpetuar el nivel de vida que venían disfrutando, o equiparar económicamente los patrimonios, y que se deben confrontar las condiciones económicas de cada cónyuge antes y después de la ruptura, debiendo tener su origen el desequilibrio en la pérdida de derecho o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia. En el caso de autos el desequilibrio tiene su punto de partida en la diferente cualificación profesional de ambos y no en la especial dedicación de la esposa a la familia que le hubiera provocado detrimento en sus expectativas profesionales. El motivo se desestima.

23 RDCA-XXIV-2018

MANTENIMIENTO

• FALTA DE ALTERACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CIRCUNSTANCIAS

S. TSJA 8/2018, 7 de marzo de 2018

Es doctrina de esta Sala que la asignación compensatoria no tiene por misión constituirse en una garantía vitalicia a favor del cónyuge desfavorecido por la crisis matrimonial, y que su mantenimiento depende de que no ocurra una alteración sustancial de las circunstancias tenidas en consideración al tiempo en que fue fijada, pero nada de lo decidido en la instancia se opone a tal doctrina. El recurrente ha logrado acreditar una merma en sus ingresos, pero no ha evidenciado el preciso alcance de ésta, y la carga de la prueba de este hecho recae sobre él, de modo que no puede estimarse su petición de extinción y sólo se concede una reducción de la asignación. Por otro lado, por falta de alegación en la instancia, tampoco es posible valorar la desidia en la búsqueda de empleo de la beneficiaria; y la mayor liquidez de que dispone ésta por la liquidación del patrimonio consorcial no supone un incremento para ninguno de los esposos.

31 RDCA-XXIV-2018

MOTIVOS DE INFRACCIÓN PROCESAL

• FALTA DE MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA

S. TSJA 26/2017, 21 de diciembre de 2017

Tampoco se aprecia que haya falta de motivación en la sentencia recurrida. El TC ha circunscrito los límites de la exigencia en sentencias tales como la 13/2001, 9/2015, y las en ellas citadas. La sentencia recurrida explica suficientemente el conjunto de factores por los que considera que la recurrente no es acreedora de una asignación compensatoria, y la discrepancia frente a tal valoración no es falta de motivación, por lo que el motivo debe ser desestimado.

23 RDCA-XXIV-2018

NATURALEZA• **CRITERIO JURISPRUDENCIAL**

S. TSJA 12/2018, 30 de mayo de 2018

Está contenido en las SS de esta Sala de 30/12/2011, 11/1/2012, y así se recoge en la S. 18/2015, de 29 de junio, y en la S. 3/2016, de 1 de febrero.

35 RDCA-XXIV-2018

POSIBLE LIMITACIÓN TEMPORAL• **CRITERIOS MANTENIDOS POR EL TSJA**

S. TSJA 27 de marzo de 2018

Nos hemos pronunciado por la temporalidad en situaciones semejantes a la presente. En la STSJA 35/2015 mantuvimos la temporalidad (5 años) en relación a una persona de 45 años que no tenía limitación alguna y que había superado parte de los estudios de derecho, y en la S. 1/2012 dimos por bueno el razonamiento de que la esposa deberá trabajar en el futuro por mucho que casi tenga 50 años y escasas cotizaciones para mantener también la pensión compensatoria. En el caso, matrimonio contraído en 1991, hasta 2007 no adoptan a la hija común, para atenderla contaron con ayuda externa retribuida; ni la edad de la esposa, nacida en 1966, ni su salud merman su capacidad de trabajo; permanece en la vivienda familiar, la custodia es compartida; se han repartido un saldo positivo por la venta de un inmueble común; no ha sido acreditada la razón por la que la actora no realizó trabajo alguno durante el matrimonio.

34 RDCA-XXIV-2018

• **DOCTRINA JURISPRUDENCIAL**

S. TSJA, 27 de marzo de 2018

La posibilidad de fijar la asignación con carácter temporal resulta de los arts. 97 Cc. (reforma de 2005) y del art. 83 CDFA, y cuenta con una sólida doctrina jurisprudencial recogida en la STSJA 18/2016, con cita de otras SS. Lo definitivo a la hora de decidir sobre el carácter temporal o indefinido de la asignación compen-

satoria es la adecuada realización de un juicio prospectivo sobre las posibilidades de superación del desequilibrio causado por la ruptura matrimonial, juicio que ha de ser realizado con prudencia y ponderación, con criterios de «probabilidad alta» (no certeza absoluta), valorando los criterios establecidos en el art. 83 CDFA, entre ellos la atribución de bienes con carácter privativo que resulta de la liquidación del haber consorcial, y rechazando la estricta proporcionalidad entre la duración de la asignación y la del matrimonio (STSJA 26/2016). Juicio que corresponde a los tribunales de instancia.

34 RDCA-XXIV-2018

S. TSJA 12/2018, 30 de mayo de 2018

La parte recurrente cumple los requisitos de admisibilidad exigidos por el TS (SS 412/2017 y 343/2017) al recurso de casación interpuesto por interés casacional: expresa el precepto sustantivo que considera infringido (el art. 83 CDFA) y, en concreto, la cuestión debatida –la asignación compensatoria como indefinida o temporal– y hace cita de las sentencias del TS que han fijado doctrina sobre la pensión compensatoria y su temporalidad (369/2014, de 3 de julio, y la de 3 de octubre de 2011), con especial referencia al juicio prospectivo respecto a las posibilidades de lograr un reequilibrio, entendiendo que en el caso de autos este juicio ha sido realizado por la Audiencia Provincial apartándose de los criterios exegéticos establecidos jurisprudencialmente. Dada la similitud en la naturaleza jurídica y en la regulación entre la pensión compensatoria del art. 97 Cc. y la asignación compensatoria del art. 83 CDFA, no es irrelevante ni inconveniente la jurisprudencia del TS.

35 RDCA-XXIV-2018

• **PASIVIDAD EN LA BÚSQUEDA DE EMPLEO**

S. TSJA, 27 de marzo de 2018

Constituye doctrina actual que la pasividad, el interés insuficiente demostrado por la esposa con su conducta, en orden a la obtención de un empleo que le permitiera alcanzar una situación de independencia económica resulta

determinante a la hora de apreciar la situación objetiva de superación del desequilibrio o de estar en disposición de hacerlo, dado que no resulta jurídicamente aceptable repercutir en el esposo pagador de la pensión las consecuencias negativas derivadas de la falta de acceso a un empleo por la pasividad de la esposa en su búsqueda y obtención (SSTS 472/2011 y 1/2012).

34 RDCA-XXIV-2018

SIN LÍMITE TEMPORAL

- **JUICIO PROSPECTIVO RAZONABLE**

S. TSJA 12/2018, 30 de mayo de 2018

Se trata de una mujer de 53 años, sin cualificación profesional, con limitada experiencia en el ámbito laboral y delicado estado de salud (se le ha colocado una prótesis y tiene dificultades de deambulación). En el caso de autos es razonable entender que hay imposibilidad de constatar una real oportunidad de incorporación al mundo laboral para obtener el reequilibrio patrimonial, por lo que la decisión de establecer la asignación compensatoria sin límite temporal se ajusta a lo establecido en el art. 83 CDFA y a los criterios jurisprudenciales de la Sala.

35 RDCA-XXIV-2018

644: GESTIÓN DE LOS BIENES DE LOS HIJOS

BIENES EXCLUIDOS DE LA ADMINISTRACIÓN PATERNA

- **OPOSICIÓN DE INTERESES**

S. APZ (Secc. 4ª) 460/2017, 31 de octubre de 2017

En el régimen de administración de bienes de menores en Aragón es preferente la voluntad del disponente, que tiene la potestad de configurar el régimen de la administración de sus bienes, modificando la previsión ordinaria, que sería, en este caso, la administra-

ción por la madre del menor (art. 9 CDFA). Y de la misma manera prevalece la voluntad del disponente frente a «las limitaciones, formalidades y responsabilidades impuestas al tutor». Esa libertad, que así se configura como plena tiene, por propia previsión legal, preferencia sobre el régimen legal de limitaciones (art. 13 CDFA).

52 RDCA-XXIV-2018

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

ADOPCIÓN

- **NECESIDAD DE ASENTIMIENTO DE LOS PADRES**

A. APZ (Secc.2ª) 125/2017, 21 de febrero de 2017

No es necesario para la adopción el asentimiento del progenitor que esté incurso en causa de privación de la patria potestad (sic), debiendo apreciarse esta situación en el procedimiento judicial contradictorio.

40 RDCA-XXIV-2018

661: EN GENERAL

VIVIENDA FAMILIAR

- **ACTOS DE DISPOSICIÓN VOLUNTARIA**

S. TSJA 24/2017, 28 de noviembre de 2017

La doctrina del art. 51 Comp. entendió que, aunque no contenía como presupuesto para su aplicación que el acto de disposición fuese «voluntario», era aplicable a los actos de enajenación y gravamen, con inclusión de la constitución de hipoteca, pero no a los actos obligacionales. En la jurisprudencia citada en el recurso hay supuestos de disposición sobre derechos que gravitan directamente sobre la

vivienda familiar, como la disposición sobre el derecho de arrendamiento (SAP Madrid, de 13 noviembre 2013), la disposición que implica la eliminación directa del bien del patrimonio de su propietario, así como aquellos negocios jurídicos, como la hipoteca, que llevan consigo posibilidades de que el bien en cuestión desaparezca de dicho patrimonio por la ejecución en caso de impago de la deuda garantizada con el derecho real (STS 8 octubre 2010, SAP de Zaragoza 91/2001, de 12 febrero).

21 RDCA-XXIV-2018

- **EL OTORGAMIENTO DE FIANZA NO ES ACTO DE DISPOSICIÓN**

S. APZ (Secc. 4ª) 213/2017, 9 de junio de 2017

La fianza personal no es un acto dispositivo. El art. 190 CDFA, debe ser objeto de una interpretación estricta lo que supone, (i) que se debe tratar de una «disposición voluntaria», lo que excluye las forzosas, (ii) que tal disposición lo sea sobre los derechos que uno de los cónyuges tiene sobre la vivienda familiar. La regulación se diferencia relevantemente de la del art. 1320 C. Civil, en el Derecho Aragonés sólo aquellos actos o negocios que comprometan de una manera directa e inmediata los derechos sobre la vivienda familiar pueden entenderse comprendidos en el ámbito del art. 190 CDFA.

43 RDCA-XXIV-2018

S. TSJA 24/2017 28, de noviembre de 2017

La cuestión jurídica planteada en el recurso es si la fianza personal por parte de un cónyuge sometido al régimen consorcial es un acto de disposición a los efectos del art. 190 CDFA, como afirma el recurrente. Tras recordar las distinciones entre actos de disposición y actos obligacionales, por un lado, y actos de disposición y actos de administración, por otro, la Sala afirma que la fianza no encaja como acto de disposición en ninguna de ellas, pues solo supone la asunción de una obligación personal de garantía que no recae, sujeta o altera direc-

tamente ninguno de los bienes o derechos del garante al cumplimiento de dicha obligación; por otra parte, la responsabilidad patrimonial universal impuesta a todo deudor por el art. 1911 Cc. sólo podría repercutir sobre la vivienda mediante la ejecución forzosa (acto de disposición no voluntaria que quedaría extramuros del art. 190 CDFA).

21 RDCA-XXIV-2018

6632: CONSORCIO CONYUGAL: PASIVO

DEUDAS COMUNES

- **EJECUCIÓN SOBRE BIENES COMUNES**

A. APZ (Secc. 4ª) 240/2017, 19 de junio de 2017

La doctrina del TJUE sobre «vínculo funcional» en relación a una garantía real, no encuentra fácil encaje en el caso (un garante es consumidor y el otro no); ello, siendo cónyuges, puede solventarse atendiendo al régimen consorcial que regula la responsabilidad del bien común, que frente a terceros debe responder de la contraída por ambos cónyuges (219 CDFA). De suerte que las singularidades que resulten de la condición de consumidora deberán ser operativas en la esfera posterior de la ejecución personal. En su caso en el ámbito del art. 579 LEC.

45 RDCA-XXIV-2018

RESPONSABILIDAD DE LOS BIENES COMUNES

- **DESPUÉS DE LA DISOLUCIÓN DE LA COMUNIDAD LEGAL**

A. APZ (Secc. 4ª) 71/2017, 8 de febrero de 2017

De las deudas ocasionadas en el desempeño corriente de su profesión responde frente a terceros de buena fe los bienes comunes. Es una deuda común no solo del consorcio frente a terceros, sino en la relación interna entre los cónyuges

(art. 218.1 d) del CDFA). De esta deuda responde los bienes adjudicados a la esposa.

40 RDCA-XXIV-2018

6633: CONSORCIO CONYUGAL: GESTIÓN

GESTIÓN DE LOS BIENES PRIVATIVOS

- *VIVIENDA FAMILIAR*

S. APZ (Secc. 4ª) 213/2017, 9 de junio de 2017

La fianza personal no es un acto dispositivo. El art. 190 CDFA, debe ser objeto de una interpretación estricta lo que supone, (i) que se debe tratar de una «disposición voluntaria», lo que excluye las forzosas, (ii) que tal disposición lo sea sobre los derechos que uno de los cónyuges tiene sobre la vivienda familiar. La regulación se diferencia relevantemente de la del art. 1320 C.Civil, en el Derecho Aragonés sólo aquellos actos o negocios que comprometan de una manera directa e inmediata los derechos sobre la vivienda familiar pueden entenderse comprendidos en el ámbito del art. 190 CDFA.

43 RDCA-XXIV-2018

6635: CONSORCIO CONYUGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN

RÉGIMEN SUPLETORIO

- *ADICIÓN O COMPLEMENTO A LA LIQUIDACIÓN CONTRACTUAL*

S. TSJA 15/2017, 4 de julio de 2017

En la s. de divorcio de mutuo acuerdo se acordó la liquidación del consorcio conyugal (art. 259.1 CDFA). Cuatro años después la mujer solicita la ampliación del inventario en su día aprobado. La AP niega la posibilidad de adicionar bienes en el inventario de una comunidad ya liquidada por acuerdo firme de las partes. Por el contrario, el TSJA considera que el art. 270 CDFA debe entenderse referido a todas las normas de la liquidación y partición

de la comunidad hereditaria del Código civil que resulten pertinentes como supletorias de la liquidación y división del consorcio conyugal. Entre ellas la del art. 1079, que recoge el principio del *favor partitionis* y regula la acción de adición o complemento de la liquidación, aplicable también a la liquidación de la sociedad de gananciales por la remisión del art. 1410 Cc. Si bien la jurisprudencia interpreta que la adición permitida por el art. 1079 Cc. debe referirse a bienes de poca importancia (STS 20/10/2012).

14 RDCA-XXIV-2018

711: DISPOSICIONES GENERALES

DERECHO DE TRANSMISIÓN

- *SUSTITUCIÓN PREVENTIVA DE RESIDUO*

S. APZ (Secc. 4ª) 454/2017, 30 de octubre de 2017

En Aragón la delación respecto de los herederos del sustituido supérstite no desaparece porque la delación (arts. 108-3 Comp.; 395.3, 419.3 y 531.2 CDFA), sólo se antepondrá a la de aquéllos a condición de que haya herederos de la premuerta que ejerzan positivamente la delación, ya que si no hay herederos de ésta o repudian, esos bienes quedarán integrados en la herencia del transmitente, y sus herederos consolidarán el derecho a la totalidad de los bienes, incluidos los del disponente en aplicación del *iure transmissionis*, si el transmitente falleció sin haber ejercitado la delación.

51 RDCA-XXIV-2018

714: ACEPTACIÓN Y REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA

ACEPTACIÓN

- *INEFICACIA*

S. APZ (Secc. 4ª) 454/2017, 30 de octubre de 2017

Los efectos prácticos de esta concurrencia de delaciones dan lugar, en el plano de la efi-

cacia, a desplazar el concepto de invalidez de manera que si los herederos del supérstite ejercitan la delación en razón del *iure transmissionis*, no hay invalidez de la aceptación sino tan sólo y, en su caso, ineficacia, pues la misma puede ser resuelta si los herederos legales del disponente –la premuerta– reclamasen la herencia, y si no lo hicieran, los aceptantes consolidarían su derecho definitivamente.

51 RDCA-XXIV-2018

INTERPELACIÓN

- **LEY 12/2015**

A. APT 22/2017, 1 de febrero de 2017

El art. 348 CDFa es una norma de naturaleza sustantiva, no procesal, de manera que la competencia estatal para la normativa procesal no incide en la identificación de la autoridad judicial para realizar la interpelación. Así se resulta de la Ley 3/2016, de 4 de febrero, de reforma de los arts. 535 y 536 CDFa, que los modifica añadiendo en su Preámbulo que «la nueva regulación estatal no afecta para nada al Derecho civil sustantivo aragonés, que es el que regula la sucesión legal. Se modifica el 535 CDFa, suprimiendo «judicial», pero no el 348, lo que desvela la vigencia del precepto.

40 RDCA-XXIV-2018

A. APZ (319/2017), 18 de julio de 2017

El art. 348 CDFa es una norma de naturaleza sustantiva, no procesal, de manera que la competencia estatal para la normativa procesal no incide en la identificación de la autoridad judicial para realizar la interpelación. Así se resulta de la Ley 3/2016, de 4 de febrero, de reforma de los arts. 535 y 536 CDFa, que los modifica añadiendo en su Preámbulo que «la nueva regulación estatal no afecta para nada al Derecho civil sustantivo aragonés, que es el que regula la sucesión legal. Se modifica el 535 CDFa, suprimiendo «judicial», pero no el 348, lo que desvela la vigencia del precepto.

46 RDCA-XXIV-2018

718. NORMAS COMUNES A LAS SUCESIONES VOLUNTARIAS

FIDEICOMISO DE RESIDUO

- **FACULTAD DE DISPONER DEL HEREDERO**

S. TSJA 21/2017, 25 de octubre de 2017

La admisión del fideicomiso de residuo en nuestro ordenamiento jurídico, que no resulta discutida ni por la jurisprudencia ni por la doctrina, deriva del principio de la soberanía de voluntad del testador y, si tiene alguna plasmación normativa en el Código civil, no es en el art. 781, sino, más bien, en el art. 783, párrafo segundo (inciso final: «en el caso de que el testador haya dispuesto otra cosa»). La sentencia recurrida ha interpretado que el heredero puede disponer de las fincas heredadas una vez fallecidos los instituyentes, en cuyo caso la prevista reversión de la herencia a la muerte del heredero sin hijos quedará limitada a los bienes de los que no hubiera dispuesto el heredero antes o después del fallecimiento de sus padres. Por ello entiende dicha reversión como un fideicomiso de residuo.

19 RDCA-XXIV-2018

721: DISPOSICIONES GENERALES

FORMA DE LOS TESTAMENTOS

- **TESTAMENTO HECHO EN PAÍS EXTRANJERO**

S. TSJA 8/2017, 21 de marzo de 2017

Desde la reforma del Tít. Pr. del Cc. en 1974, el art. 11 venía siendo la norma general sobre las formas y solemnidades de los actos y negocios jurídicos, incluidos los testamentos. La regulación se completa con lo dicho en el art. 732.1 Cc. sobre el testamento especial hecho en país extranjero por un nacional español. Desde la entrada en vigor en el ordenamiento español del Convenio de La Haya de 5/10/1961, sobre conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, ésta es la norma general de DIPriv. aplicable en nuestro ordenamiento, en sustitución de las establecidas por el legislador estatal; su art. 1

contempla una serie de reglas alternativas, todas ellas admisibles, siendo la primera la *lex loci actus*. Por tanto, el testamento otorgado por el causante aragonés en Inglaterra y con arreglo a la forma inglesa, es válido, sin que exista obligación legal del testador de sujetarse a la forma exigida por la ley aragonesa (admitida por la Ley: 409.1).

8 RDCA-XXIV-2018

INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO

- **COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES DE INSTANCIA**

S. TSJA 8/2017, 21 de marzo de 2017

Con arreglo a doctrina jurisprudencial reiterada (SSTS 9/10/2003 y 22/6/2010, en entre otras muchas; STSJA de 29/9/2014), «la interpretación de las declaraciones y disposiciones de última voluntad se integra en la soberanía juzgadora de los tribunales de instancia; siendo procedente su revisión en casación sólo cuando ostensiblemente contravenga la legalidad o se presente manifiestamente errónea, desorbitada, arbitraria o contraria al buen sentido». No obstante, como sobre la disposición alegada en el recurso de apelación no hay pronunciamiento expreso en las instancias, procede entrar a determinar cual era la voluntad del testador. En ella el testador se está refiriendo al contenido del testamento y no a su forma.

8 RDCA-XXIV-2018

- **LÓGICA Y SISTEMÁTICA**

S. TSJA 21/2017, 25 de octubre de 2017

Para conocer la verdadera voluntad de los otorgantes deben tener en consideración las diferentes declaraciones de voluntad contenidas en la institución de heredero, de tal manera que la cláusula e) debe interpretarse a la luz de lo dispuesto en la cláusula b), pues si ésta permite enajenar fincas de la herencia con el consentimiento de instituyentes, heredero y esposa o sobrevivientes, la reversión prevista en la condición e) sólo afectará a las fincas que no

hayan sido enajenadas conforme a la cláusula b). Y ninguna duda interpretativa cabe respecto de esta última, puesto que la referencia a los sobrevivientes permite concluir razonablemente que se pueden enajenar fincas después de fallecidos los instituyentes. Este modo de proceder se ajusta a la doctrina del TS (SS 10/2003, 18/7/2005, etc.) y del TSJA (1/2011): en caso de duda y pugna entre la letra y el espíritu ha de prevalecer la intención sobre sus palabras, que ha de resultar de una interpretación lógica y sistemática del testamento.

19 RDCA-XXIV-2018

722: TESTAMENTO MANCOMUNADO

DISPOSICIONES CORRESPECTIVAS

- **INEXISTENCIA**

S. APZ (Secc. 4ª) 398/2017, 2 de octubre de 2017

El testamento mancomunado otorgado en su día por los padres del actor no contiene una disposición correspectiva, ya que la misma no se presume, y si no se deduce con claridad, ha de entenderse que no existe. El testamento contiene la institución fiduciaria típica del derecho sucesorio aragonés, que consiste en la concesión recíproca de la facultad de distribuir la herencia del cónyuge premuerto; y una designación de sucesor en la persona de su único hijo con sustitución vulgar de sus descendientes.

49 RDCA-XXIV-2018

REVOCACIÓN

- **DE LA FIDUCIA**

S. APZ (Secc. 4ª) 224/2017, 13 de junio de 2017

Consideramos que si fuera necesario verificar la revocación de fiduciario en testamento mancomunado en la forma expresada para la modificación de este tipo de testa-

mento, así lo hubiera hecho constar el Legislador en la institución de fiducia; y consideramos reforzada esta tesis porque el artículo 443 especifica que el nombramiento del fiduciario con independencia de la forma en que se hubiera efectuado, podrá ser revocado por el causante en testamento o escritura pública.

44 RDCA-XXIV-2018

S. TSJA 27/2017, 22 de diciembre de 2017

El art. 443.1 CDFA dispone que «el nombramiento de fiduciario, con independencia de la forma en que se haya efectuado, podrá ser revocado por el causante en testamento o escritura pública». No limita la utilización del testamento a alguna de las formas testamentarias permitidas en Derecho aragonés, ni condiciona el uso de cualquiera de ellas a la forma en que se hubiera establecido el nombramiento.

24 RDCA-XXIV-2018

723: INVALIDEZ E INEFICACIA DE LOS TESTAMENTOS

TESTAMENTO OLÓGRAFO

• NORMATIVA APLICABLE

S. TSJA 27/2017, 22 de diciembre de 2017

Dado que el testamento ológrafo cuya nulidad se pretende fue escrito de puño y letra del testador en fecha 14 de mayo de 2006, resulta de aplicación la Ley aragonesa 1/1999, de 24 febrero, de sucesiones por causa de muerte. Aunque el testamento ológrafo era (antes de su protocolización) un documento privado, no resulta de aplicación el art. 1227 Cc. respecto a su fecha, ya que ambas partes son contestes en cuanto al momento en que fue escrito y firmado por el testador. No obstante, la regulación de la Ley de sucesiones ha pasado íntegramente al vigente CDFA, y es a éste al que se refieren los escritos de las partes y las sentencias de pri-

mera y segunda instancia. Por ello la argumentación hará cita del Código.

24 RDCA-XXIV-2018

74: FIDUCIA SUCESORIA

DERECHO FISCAL

A. TSJA, 24 de febrero de 2017

Es cierto que en el ámbito tributario la fiducia sucesoria resulta problemática, puesto que al ser esta última una institución basada en una transmisión sucesoria diferida en el tiempo, cuadra mal con el hecho de que los herederos presuntos –que nada reciben en ese momento– estén obligados a liquidar el impuesto de sucesiones como si verdaderamente recibiesen los bienes del comitente desde el momento de su muerte.

6 RDCA-XXIV-2018

FIDUCIA COLECTIVA

• CUESTIONES FUTURAS

S. TSJA 21/2017, 25 de octubre de 2017

El recurso de casación ha de fundarse en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso (art. 477.1 Lec.) y no en preceptos alegados (el art. 463.2 CDFA) a modo de hipótesis de cuestiones futuras. Es claro que la pretensión de que se declare cuál ha de ser el mecanismo de nombramiento del nuevo heredero carece de interés real y actual en este momento, puesto que no se ha cumplido todavía la condición exigida en la escritura pública de capitulaciones matrimoniales para que entre en juego la fiducia colectiva: que el heredero muera sin hijos. La aplicación del procedimiento de nombramiento de nuevo heredero previsto en la cláusula e) dependerá de los hechos que concurran cuando el actual heredero fallezca.

19 RDCA-XXIV-2018

HERENCIA PENDIENTE DE ASIGNACIÓN

- **EL PAGO DEL IMPUESTO DE SUCESIONES NO INCIDE SOBRE LA SITUACIÓN DE LA HERENCIA**

A. TSJA, 24 de febrero de 2017

El inventario y avalúo de los bienes de la herencia a efectos del pago «a cuenta» del impuesto de sucesiones, en modo alguno supone aceptar la herencia y renunciar a la fiducia. Se trata de una obligación de exclusivos efectos tributarios, que en nada afecta a la aceptación de la herencia ni a la fiducia. Por decirlo en términos sencillos, nada se hereda hasta que el fiduciario ejecute su encargo decidiendo quién hereda y qué hereda, ya sea por medio de escritura pública como acto entre vivos o en su propio testamento.

6 RDCA-XXIV-2018

REVOCACIÓN DEL NOMBRAMIENTO

S. TSJA 27/2017, 22 de diciembre de 2017

El art. 443.1 CDFA dispone que «el nombramiento de fiduciario, con independencia de la forma en que se haya efectuado, podrá ser revocado por el causante en testamento o escritura pública». No limita la utilización del testamento a alguna de las formas testamentarias permitidas en Derecho aragonés, ni condiciona el uso de cualquiera de ellas a la forma en que se hubiera establecido el nombramiento.

24 RDCA-XXIV-2018

REVOCACIÓN DEL NOMBRAMIENTO HECHO EN TESTAMENTO MANCOMUNADO

- **EL ART. 443.1 ES NORMA ESPECIAL RESPECTO DEL ART. 421.4 CDFA**

S. TSJA 27/2017, 22 de diciembre de 2017

En el caso de autos es claro que la concesión de facultades fiduciarias de cada uno de los testadores a favor del otro no son disposiciones correspectivas. El art. 421.4 CDFA

ordena que toda revocación o modificación unilateral en vida del otro testador deberá hacerse en testamento abierto ante Notario, exigencia formal que el legislador previene para posibilitar la comunicación al otro cónyuge, en cumplimiento del deber de lealtad, lo que se realiza mediante la notificación que el Notario realizará. Pero la norma no anuda a la exigencia formal la consecuencia pretendida por el recurrente, de nulidad o ineficacia del testamento ológrafo, pues el mismo 421.4 «in fine» establece que sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar, la falta de esas manifestaciones del otorgante –sobre la existencia del anterior testamento mancomunado– o de la notificación no afectará a la eficacia de la revocación o modificación.

24 RDCA-XXIV-2018

- **MEDIANTE TESTAMENTO OLÓGRAFO UNIPERSONAL**

S. APZ (Sec. 4ª) 224/2017, 13 de junio de 2017

Consideramos que si fuera necesario verificar la revocación de fiduciario en testamento mancomunado en la forma expresada para la modificación de este tipo de testamento, así lo hubiera hecho constar el Legislador en la institución de fiducia; y consideramos reforzada esta tesis porque el artículo 443 especifica que el nombramiento del fiduciario con independencia de la forma en que se hubiera efectuado, podrá ser revocado por el causante en testamento o escritura pública.

44 RDCA-XXIV-2018

S. TSJA 27/2017 22 de diciembre de 2017

El art. 443.1 CDFA es una norma que especialmente regula la forma de revocación de la designación de fiduciario y resulta de directa aplicación al caso de autos ya que la única modificación que introdujo el testamento ológrafo respecto del anterior testamento mancomunado fue dejar sin efecto las facultades

fiduciarias que el causante había concedido a su cónyuge.

Esta interpretación se asegura si tenemos en cuenta los trabajos prelegislativos; la constatación de que el legislador, al redactar el contenido del art. 443 –igual que el del art. 128 de La Ley 1/1999– no ignoraba la existencia de normas reguladoras del testamento mancomunado, y sin embargo mantuvo su redacción; y la consideración del CDFa como un código unitario, dotado de coherencia, con pretensiones de generalidad y plenitud, de forma que se ha preocupado el legislador de evitar contradicciones en la regulación u olvidos en la redacción de los preceptos.

24 RDCA-XXIV-2018

76: SUCESIÓN LEGAL

BIENES TRONCALES

- *NO LO ES LA PARIDERA TRANSFORMADA EN VIVIENDA*

S. TSJA 5/2017, 20 de febrero de 2017

Lo recibido por D. Miguel de su padre, a título gratuito, fue una paridera. Constante matrimonio y con dinero consorcial, D. Miguel y su esposa transformaron la paridera en vivienda de planta baja y dos alzadas, de modo que lo transmitido a la muerte de D. Miguel es esa vivienda. Se ha producido una modificación sustancial del bien originalmente troncal simple, transformación física y jurídica, similar a la de la STSJA de 3 de marzo de 2015. Lo recibido por D. Miguel de su padre a título gratuito fue la paridera, y la vivienda existente en la actualidad es otra cosa, por lo que la literalidad del 528.1 lleva a entender que no es bien troncal al no haber sido «recibido a título gratuito de ascendientes...».

5 RDCA-XXIV-2018

82: RELACIONES DE VECINDAD

ACTOS TOLERADOS

- *EXCLUYEN LA USUCAPIÓN*

S. APZ (Secc. 4ª) 481/2017, 9 de noviembre de 2017

El mero transcurso del tiempo no hace claudicante la vecindad. La tolerancia no está sometida a plazo de caducidad. Es necesario que existan actos inequívocos de que esa tolerancia, que es bilateral, se ha roto y pasa a existir una posesión impuesta excluyente de la tolerancia. Pues esta no afecta a la posesión ni por tanto puede fundar usucapión alguna. La tolerancia y buena vecindad son excluyentes de la usucapión de una servidumbre. Usucapión que configura una relación predial jerarquizada que no se puede apoyar en una tolerancia, que no afecta a la posesión (art. 444 C. Civil).

53 RDCA-XXIV-2018

DISTINCIÓN DE LAS SERVIDUMBRES

- *TRADICIÓN JURÍDICA CENTENARIA*

S. TSJA 25/2017, 5 de diciembre de 2017

El Derecho civil aragonés distingue claramente entre las relaciones de vecindad y la ordenación de las servidumbres prediales, y lo hace siguiendo una tradición jurídica centenaria, proveniente de los Fueros y Observancias, recogida como materia de Derecho foral que se debía conservar en el Apéndice de 1925 –art. 14–, desarrollada más tarde con depurada técnica jurídica en la Compilación de 1967 –arts. 144 y ss.– y regulada actualmente en el CDFa.

Separadamente del régimen normal de relaciones de vecindad, nuestro derecho regula las servidumbres, como derechos reales limitativos de las facultades del propietario, las formas de constitución y los derechos que su existencia confiere al titular del predio dominante sobre el sirviente.

22 RDCA-XXIV-2018

REGULACIÓN FAVORECEDORA DE LA BUENA VECINDAD

S. TSJA 25/2017, 5 de diciembre de 2017

Las relaciones entre edificios colindantes, que en muchas ocasiones son fuente de conflictos entre sus titulares, se regulan en Aragón con un criterio favorecedor de la buena vecindad, que permite hacer todo aquello que protege la mejor condición de uso de cada edificio, siempre que respete los derechos del colindante.

22 RDCA-XXIV-2018

83: LUCES Y VISTAS

RELACIONES DE VECINDAD

- **REGULACIÓN FAVORECEDORA DE LA BUENA VECINDAD**

S. TSJA 25/2017, 5 de diciembre de 2017

Para favorecer la buena vecindad el Derecho aragonés establece la posibilidad de abrir huecos para obtener luz y vistas –art. 545–, si bien deberán estar cerrados con reja remetida en la pared y red de alambre o medio similar, dentro de las distancias que fija el art. 545.2; aunque esta forma de apertura no genera derechos a la adquisición de servidumbre predial –art. 549– ni impide al dueño del edificio colindante construir en su propiedad, incluso tapando los huecos –art. 550–, si bien esta forma de cierre habrá de tener una justificación razonable de uso de su derecho, y no ser realizada con abuso de la situación jurídica –SS TSJA 31 marzo 2004 y 23 enero 2008–.

22 RDCA-XXIV-2018

SERVIDUMBRE

- **ADQUISICIÓN POR USUCAPIÓN**

S. TSJA 25/2017, 5 de diciembre de 2017

El legislador aragonés no ha querido dejar la posibilidad de adquisición de una servidumbre de luces y vistas por usucapión al albur de la consideración de la apariencia de las servidumbres y a la existencia o inexistencia de acto obstativo, en

la forma en que se recogía en el art. 14 del Apéndice de 1925, siguiendo el criterio del Cc. –art. 538– como momento de inicio del plazo de posesión «ad usucapionem» (para la usucapión). Por el contrario, siguiendo y ampliando la regulación contenida en el art. 145 Comp., deja fijada la cuestión expresando que solo son signos aparentes los voladizos, en la forma en que se expresa en el art. 574, y que, en su defecto, no se puede ganar esta servidumbre por usucapión.

22 RDCA-XXIV-2018

- **LA NO APARENTE NO PUEDE ADQUIRIRSE POR USUCAPIÓN**

S. TSJA 25/2017, 5 de diciembre de 2017

Las servidumbres de luces y vistas tienen consideración de continuas y negativas. El carácter de aparentes o no aparentes, que en el Derecho del Código civil común ha dado lugar a intensos debates, zanjados en reciente jurisprudencia del TS que fija su carácter de aparentes cuando los huecos se abren en pared medianera y de no aparentes cuando se ubican en pared propia –STS 317/2016, de 13 mayo, y las que en ella se citan–, es objeto de regulación expresa y rotunda en el art. 574 CDF: los voladizos, en pared propia o medianera, que caigan sobre fundo ajeno son los únicos signos aparentes de servidumbres de luces y vistas. No lo son la falta de la protección señalada en el art. 545 ni tampoco los voladizos sobre fundo propio. Y, a tenor del art. 575, la servidumbre no aparente de luces y vistas, al no ser susceptible de posesión, no puede adquirirse por usucapión. En el caso de autos, al no existir voladizos, no puede adquirirse por usucapión.

22 RDCA-XXIV-2018

VOLADIZOS

- **NATURALEZA Y CONFIGURACIÓN**

S. TSJA 25/2017, 5 de diciembre de 2017

Sobre la naturaleza y configuración de los voladizos se ha pronunciado esta Sala en SS de 27 septiembre 2007 –sobre los tendedores y otros objetos que sobresalen de la línea de la fachada–, de 14 julio 2008 –sobre los balco-

nes como voladizos– y de 30 noviembre de 2009. Esta última distingue las servidumbres de las relaciones de vecindad, lo que el legislador llama «régimen normal de luces y vistas», refiriéndose a las relaciones entre vecinos en materia de luces y vistas sobre fundo ajeno, y confirma el criterio según el cual «in facultativis non datur praescriptio» respecto a la imprescriptibilidad de la acción para exigir las protecciones en las relaciones de vecindad.

22 RDCA-XXIV-2018

84: SERVIDUMBRES

DE PASO

- **CUESTIONES PROCESALES.**

S. APT 93/2017, 13 de noviembre de 2017

La legitimación pasiva en las actuaciones de constitución de una servidumbre puede ampliarse a otros sujetos distintos del propietario, en el caso de que ostenten, mediante un derecho real, facultades de disposición, no sobre su propiedad sino sobre la misma cosa. Cuando se constituye una servidumbre no se dispone de la finca gravada, sino que lo que se transmite es una facultad de uso limitado, así se desprende del art. 562-1 CDFA.

37 RDCA-XXIV-2018

DE VERTIENTE DE TEJADO

- **CONSTITUCIÓN POR SIGNO APARENTE**

S. JPI ZARAGOZA N° 7 343/2017, 28 de noviembre de 2017

La servidumbre es de vertiente de tejados o «estilicidio» que es continua y aparente en la medida que su existencia es fácilmente perceptible por la posición de la cubierta del alero. Se tiene constancia de este vertido de aguas desde el tejado del n° 4 al n° 6 al haber sido dos fundos que eran uno y luego se dividieron, estimándose la existencia de esta servi-

dumbre, cuyo ejercicio desde 1969 que se separaron los fundos ha sido conforme con el art. 557 CDFA, que impone un uso «civiliter» de la servidumbre.

55 RDCA-XXIV-2018

USUCAPIÓN

- **ACTOS TOLERADOS**

S. APZ (Secc. 4ª) 481/2017, 9 de noviembre de 2017

El mero transcurso del tiempo no hace claudicante la vecindad. La tolerancia no está sometida a plazo de caducidad. Es necesario que existan actos inequívocos de que esa tolerancia, que es bilateral, se ha roto y pasa a existir una posesión impuesta excluyente de la tolerancia. Pues esta no afecta a la posesión ni por tanto puede fundar usucapión alguna. La tolerancia y buena vecindad son excluyentes de la usucapión de una servidumbre. Usucapión que configura una relación predial jerarquizada que no se puede apoyar en una tolerancia, que no afecta a la posesión (art. 444 C. Civil).

53 RDCA-XXIV-2018

92: DERECHO DE ABOLORIO O DE LA SACA

BIENES DE ABOLORIO

- **PERMANENCIA EN LA FAMILIA**

S. APZ (Secc. 5ª) 457/2017, 24 de julio de 2017

En la sentencia se exponen cuidadosamente todos los requisitos necesarios para ejercitar el retracto de abolorio, y se llega a la conclusión de que las fincas retraídas, con excepción de cuatro cumplen todos los requisitos.

48 RDCA-XXIV-2018

