

## A) RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN (2009, 2010, 2011)

1

### NÚM. 1

A. TSJA de 16 de marzo de 2009

**0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: DERECHO PROCESAL:** *Se solicita la modificación del pronunciamiento judicial sobre costas en el sentido de que no se le impongan a la recurrente, pero tal postura no puede admitirse, ya que las sentencias son invariables: no se pueden modificar por el órgano jurisdiccional que las dictó desde el momento en que, con la firma de todos los miembros del Tribunal, se completa su formación. Como excepción a la vinculación del órgano jurisdiccional a sus resoluciones, la ley permite aclarar algún concepto oscuro, rectificar errores materiales y los aritméticos, y suplir omisiones relativas a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso, pero fuera de dichos supuestos no se admite modificación debiendo estarse a los pronunciamientos de las mismas. El pronunciamiento sobre costas, una vez firmada la sentencia, es inmodificable por el propio órgano judicial que la dictó.*

DISPOSICIONES CITADAS:

PONENTE: *Excmo. señor don Fernando Zubiri de Salinas.*

*Zaragoza a dieciséis de marzo de dos mil nueve.*

### ANTECEDENTES DE HECHO

**Único:** El Procurador don Julián Gaspar Capapé Felez, actuando en nombre y representación de doña Enriqueta D. I. F. C., presentó en tiempo y forma escrito en el que solicitaba se modificase el pronunciamiento de la sentencia relativo a las costas, en el sentido de que no se le impongan.

### RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

**Primero:** La Sra. D. I. F. C. solicita se modifique el pronunciamiento sobre costas, en el sentido de que no se le impongan las correspondientes al recurso de casación, pero tal postura no puede admitirse, ya que las sentencias son invariables: no se pueden modificar por el órgano jurisdiccional que las dictó desde el momento en que, con la firma de todos los miembros del Tribunal, se completa su formación.

Como excepción a la norma de vinculación del órgano jurisdiccional a sus resoluciones, la ley permite aclarar algún concepto oscuro, rectificar errores materiales y los aritméticos, y suplir omisiones relativas a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso, pero fuera de dichos supuestos no se admite su

modificación, debiendo estarse a los pronunciamientos de las mismas, una vez suscritas, en virtud de su invariabilidad, y en concreto el pronunciamiento sobre costas, una vez firmada la sentencia, es inmodificable por el propio órgano jurisdiccional que lo dictó, sin que quepa distinguir, al respecto, entre pronunciamientos principales y pronunciamientos accesorios o colaterales, ya que ningún pronunciamiento se puede alterar por el propio Tribunal sentenciador, salvo en los supuestos indicados, por razones lógicas de seguridad jurídica.

#### LA SALA ACUERDA

No ha lugar a modificar el pronunciamiento sobre costas de la sentencia de casación dictada en los presentes autos.

Así lo acuerdan, mandan y firman el Excmo. Sr. Presidente y los Ilmos. Sres. Magistrados expresados al margen.

*La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación núm. 8/2009, interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca, en fecha de 18 de marzo de 2009, recaída en el rollo de apelación núm. 224/2008, dimanante de autos de juicio verbal núm. 400/2007, seguidos ante el Juzgado de 1ª Instancia, núm. 1 de Monzón, en el que son partes, como recurrente, don Cosme S. P., representado por el Procurador de los Tribunales don Emilio y dirigido por el Letrado don Francisco Vallejo Crespo, y como recurridos don José y don Joaquín E. S., representados por la Procuradora de los Tribunales doña Eva Capablo Mañas y dirigidos por la letrada doña Silvia Ballestín Gracia.*

*Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don Luis Fernández Álvarez.*

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero:** La Procuradora de los Tribunales doña Beatriz Sampérez Cambra, actuando en nombre y representación de don Joaquín y don José E. S., presentó demanda de juicio verbal en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de Derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando: «1: Se reconozca la existencia de servidumbre de paso permanente de personas y vehículos a favor de la parcela catastral núm. de Monzón (Huesca) propiedad de los demandantes adquirida por usucapión, en línea recta a través de la parcela catastral núm. de Monzón (Huesca), propiedad de los demandados, desde el camino público por su lindero sur y en paralelo al desagüe existente, en dimensiones suficientes para el ejercicio del derecho de paso de personas y maquinaria agrícola tal y como hasta ahora se venía haciendo, condenando a los demandados a eliminar los obstáculos por ellos colocados y que impiden el paso. 2. Subsidiariamente a lo anterior: 2.1. Se declare la constitución de servidumbre legal de paso permanente de personas y vehículos para todas las necesidades del previo dominante, a favor de la finca de los demandantes, parcela catastral núm. de Monzón (Huesca), sobre la finca de los demandados,

2

#### NÚM. 2

*S. TSJA de 25 de noviembre de 2009*

**84: SERVIDUMBRES: DE PASO: Usucapión:** *La servidumbre de paso puede adquirirse por usucapión cuando cuenta con signo aparentes. La palabra signo equivale a señal, indicio. No se necesita, por tanto, ninguna obra, sino que basta una señal de paso, un indicio, algo que revele el uso y aprovechamiento de la servidumbre.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** *arts. 1.2, 147 Comp. aragonesa; art. 532 Cc.*

**PONENTE:** *Ilmo. señor don Luis Fernández Álvarez.*

*En Zaragoza a veinticinco de noviembre de de dos mil nueve.*

*En nombre de S. M. el Rey.*

parcela catastral núm. del mismo T. M., mediante el trazado de un camino en paralelo a lo largo de todo el lindero sur de la parcela catastral núm. en su colindancia con el desagüe existente, y que discurra por dentro de dicha parcela catastral núm., desde el camino público y hasta dar acceso a la parcela del actor, todo ello con una anchura de cuatro metros. 2.2. Se fije en concepto de indemnización por la constitución de la servidumbre la cantidad de novecientos setenta y nueve euros con veinte céntimos (979,20 euros) que los demandantes deberán abonar a los demandados con carácter previo al establecimiento de la servidumbre de paso. 3. Se condene a los demandados al pago de las costas causadas»

**Segundo:** Admitida a trámite la demanda, se dio traslado a la parte demandada, y citadas las partes para la celebración de la vista, tuvo lugar con el resultado que obra en las actuaciones, tras la cual se dictó sentencia en fecha 9 de abril de 2008, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Debo estimar y estimo la demanda interpuesta por Joaquín E. S. y José E. S. contra Cosme S. P. y María José P. P., y declaro: Que la finca de los actores ( ) está beneficiada con una servidumbre de paso adquirida por usucapión que grava la finca colindante de los demandados ( ). Dicha servidumbre de paso atraviesa la finca de los demandados de Sureste a Noroeste, por el límite sur de la misma, en paralelo al desagüe existente, tiene una anchura suficiente para el ejercicio de derecho de paso de personas y maquinaria agrícola. Condeno a los demandados a eliminar los obstáculos por ellos colocados y que impiden el paso. Se impone a los demandados el pago de las costas procesales»

**Tercero:** La representación procesal de la parte demandada interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la citada sentencia, del que se dio traslado a la parte contraria, quien presentó escrito de oposición al recurso, y elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Huesca, esta dictó sentencia en fecha 18 de marzo de 2009, cuya parte dispositiva dice

así: «FALLO: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de Cosme S. P. contra la sentencia de nueve de abril de dos mil ocho, dictada por el Juzgado de Primera Instancia, núm. 1 de Monzón en los autos anteriormente circunstanciados, confirmamos íntegramente dicha resolución y condenamos al citado apelante al pago de las costas causadas en esta alzada».

**Cuarto:** El procurador Sr. Laguarda Recaj, actuando en nombre y representación de don Cosme S. P., presentó, en tiempo y forma, escrito preparando recurso de casación por interés casacional contra la anterior sentencia, y una vez que la Audiencia Provincial de Huesca lo tuvo por preparado, formuló el oportuno escrito de interposición, que basó en infracción por indebida aplicación del artículo 147 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón.

**Quinto:** Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, se dictó en fecha de 3 de julio de 2009 providencia por la que se daba traslado a las partes para alegaciones sobre la concurrencia de una posible causa de inadmisión del recurso de casación interpuesto por hacer «supuesto de la cuestión». Formuladas alegaciones al respecto, por auto de 7 de septiembre de 2009 se admitió el recurso a trámite en cuanto a la infracción de norma sustantiva que se aduce, contemplada desde una valoración de los hechos idéntica a la constatada en la instancia, confiriéndose traslado del escrito de interposición a la parte contraria por plazo de veinte días, quien formuló oposición en tiempo y forma, tras lo cual se señaló para votación y fallo el día 11 de noviembre del presente año.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** Previamente al examen de las alegaciones de las partes es útil señalar los siguientes extremos que resultan de las actuaciones:

— Los actores, don Joaquín y don José E. S., interpusieron ante los juzgados de

Primera Instancia de Monzón (Huesca), en fecha de 31 de julio de 2007, demanda frente a don Cosme S. P. y su esposa doña M<sup>a</sup> José P. P., en la que ejercitaban una acción confesoria de servidumbre de paso a favor de la parcela catastral núm. del polígono del término municipal de Monzón (Huesca), y subsidiariamente formulaban acción constitutiva de servidumbre forzosa de paso.

Por lo que se refiere a la primera de dichas acciones, alegan en su demanda que tanto ellos como los anteriores propietarios han tenido acceso a la mentada parcela, la catastral núm. del polígono, a través de la finca de los demandados, la parcela núm. del polígono, habiendo utilizado de forma pública, pacífica e ininterrumpida un paso de anchura suficiente para personas y maquinaria agrícola, situación que se prolongó durante más de diez años, y como estamos ante una servidumbre aparente, se adquirió el derecho de paso por usucapión, a tenor de lo establecido en el artículo 147 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón.

— El demandado Sr. S. P. se personó en autos y se opuso a ambas pretensiones (principal y subsidiaria), y tras la sustanciación del juicio por sus trámites, se dictó por el Juzgado de Primera Instancia, núm. 1 de Monzón, en fecha de 9 de abril de 2008, sentencia por la que, estimando la pretensión principal, se declara que la finca de los actores «está beneficiada con una servidumbre de paso adquirida por usucapión, que grava la finca colindante de los demandados», la cual discurre «por el límite sur de la misma, en paralelo al desagüe existente», y «tiene una anchura suficiente para el ejercicio de derecho de paso de personas y maquinaria agrícola».

— Interpuesto recurso de apelación por el demandado-personado, don Cosme S. P., este alegó, entre otras cosas, que la simple existencia de rodaduras de un vehículo no es suficiente para convertir la servidumbre de paso en aparente, pues las mismas pueden ser circunstanciales. Sustanciado dicho recurso, al que se opusieron los acto-

res-recurridos, recayó el 18 de marzo de 2009 sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca por la que se confirma íntegramente la de instancia, expresándose en el fundamento de derecho segundo, entre otras cosas, que las fotografías aéreas obtenidas antes de surgir el problema entre los litigantes permiten «apreciar un camino o paso que discurre paralelo al desagüe hasta la parcela núm. y que nace en el camino vecinal que, por el Este, discurre junto a la parcela núm. de los demandados».

— Contra dicha sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca se formuló por el Sr. S. P. recurso de casación por interés casacional, en el que pidió se deje la misma sin efecto y se acuerde desestimar la demanda en lo que respecta a la acción confesoria ejercitada por entender que la servidumbre de paso que nos ocupa no es aparente, remitiéndose el procedimiento al Juzgado de Primera Instancia de Monzón o a la Audiencia Provincial de Huesca para que resuelva la acción constitutiva de servidumbre forzosa de paso formulada por la actora con carácter subsidiario.

**Segundo:** La Compilación del Derecho Civil de Aragón establece en su artículo 147 que «todas las servidumbres aparentes pueden ser adquiridas por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título ni buena fe», y como no contiene reglas específicas para la interpretación de los conceptos utilizados, resulta de aplicación supletoria el Código Civil, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.2 de la mentada Compilación, por lo que son servidumbres aparentes «las que se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores que revelan el uso y aprovechamiento de las mismas» (art. 532 del expresado Código Civil).

Obviamente, ante el relevante efecto que supone que las servidumbres aparentes puedan ser adquiridas por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título ni buena fe, cobra importancia el carácter aparente o no aparente de las servidumbres. Por lo que se refiere a la servidumbre

que nos ocupa, la de paso, es aparente en unos casos y en otros no, ya que puede ejercitarse por un lugar determinado, con signo visible de su uso, un camino o un carril por ejemplo, o sin dejar signo exterior visible de su ejercicio.

Pues bien, la cuestión a debate en esta sede radica en dilucidar si en el supuesto de autos nos hallamos ante una servidumbre de paso aparente a los efectos de poder adquirirla por usucapición conforme al artículo 147 de la Compilación. A este respecto, la Audiencia Provincial de Huesca procedió a revisar nuevamente la prueba practicada en primera instancia, y a la vista de las fotografías aéreas obtenidas antes de surgir el problema entre los litigantes, aprecia la existencia de «un camino o paso que discurre paralelo al desagüe hasta la parcela núm. y que nace en el camino vecinal que, por el Este, discurre junto a la parcela núm. de los demandados», añadiendo que «esta apreciación, junto con la declaración de una parte de los testigos, permite concluir que los demandantes han estado utilizando dicho paso o camino para acceder a su finca –parcela núm. del polígono– desde que adquirieron la finca en 1995 y antes quien se la transmitió, pues es un hecho que tras la construcción del desagüe por la Confederación Hidrográfica del Ebro en la década de los sesenta –folio 294– los propietarios de las cuatro parcelas llegaron a un acuerdo, que en aras a la brevedad no vamos a reproducir, en función del cual han estado pasando los demandantes por la finca de los demandados».

Por lo tanto, la Audiencia Provincial, tras una apreciación global y conjunta de la prueba practicada, estima la existencia de signos exteriores (camino o paso) que revelan el uso y aprovechamiento de la servidumbre y que dicha situación se prolongó durante más de diez años, tiempo necesario para la adquisición del derecho de paso por usucapición, a tenor de lo prevenido en el artículo 147 de la Compilación.

Llegados a este punto, conviene recordar que el Tribunal Supremo, al precisar el ámbito de los recursos de casación y ex-

traordinario por infracción procesal, ha reiterado que una correcta técnica casacional implica plantear cuestiones jurídicas sin apartarse de los hechos, toda vez que el recurso de casación no constituye una tercera instancia, sino que es un recurso extraordinario que tiene una finalidad de control de la aplicación de la norma sustantiva y de creación de doctrina jurisprudencial, lo que impide invocar la infracción de normas sustantivas desde una contemplación de los hechos diferente de la constatada en la instancia, eludiendo así la valoración probatoria contenida en la sentencia impugnada, y si se argumenta al margen de la base fáctica contenida en la misma se incurre en el defecto casacional de hacer «supuesto de la cuestión» (véanse las sentencias de 29 de diciembre de 1998, 22 de febrero y 6 de abril de 2000, 31 de mayo de 2001, 22 de marzo y 12 de junio de 2002, 13 de febrero de 2003, 16 de marzo, 8 de abril y 12 de mayo de 2005, 8 de marzo, 19 de abril, 11 de junio y 20 de diciembre de 2007, 5, 13 y 26 de junio de 2008, entre otras muchas).

Sentado lo anterior, es obvio que aquí debe estarse a los hechos que se declararon probados en la sentencia impugnada, es decir, no cabe apreciar infracción de normas sustantivas desde una contemplación de los hechos diferente de la constatada en la instancia, eludiendo así la valoración probatoria en que se basa la sentencia recurrida.

En consecuencia, como la Audiencia Provincial de Huesca aprecia la existencia de un camino o carril revelador de la servidumbre y que dicha situación se prolongó más de diez años (continuidad o permanencia del signo exterior), se llega a la conclusión de que nos hallamos ante una servidumbre aparente, a tenor de la noción que de la misma se contiene en el Código Civil, y por tanto la sentencia recurrida no infringe el artículo 147 de la Compilación.

**Tercero:** Aduce el recurrente que los signos exteriores que se aprecian en las fotografías aportadas por los actores son insuficientes para estimar que nos encontra-

mos ante una servidumbre aparente, toda vez que los signos visibles que reflejan dichas fotografías pueden responder a un uso circunstancial, pero debe estarse, como dijimos, a la valoración probatoria realizada en la instancia, habiendo estimado la Audiencia Provincial de Huesca, a la vista de las fotografías aéreas y de «la declaración de una parte de los testigos», que se dan los requisitos exigidos por el artículo 532 del Código Civil para apreciar la existencia de una servidumbre aparente.

Entiende el Sr. S que una servidumbre de paso sólo puede ser considerada aparente si se trata de una franja de tierra que haya sido «preparada y apisonada como camino» para el acceso al predio dominante de personas, animales o vehículos, pero tal postura no puede acogerse.

La distinción entre servidumbres aparentes y no aparentes no fue formulada por el Derecho Romano, sino que se perfiló en la elaboración medieval, plasmándose finalmente en el Código de Napoleón y en los posteriores. Ahora bien, mientras unos Códigos tienen una noción amplia de las servidumbres aparentes, limitándose a exigir un signo exterior y visible, otros por el contrario concretan el signo en obras, así el francés o el italiano de 1942.

La palabra signo equivale a señal, indicio. Este último término se emplea por el mismo artículo 532 al definir las servidumbres no aparentes. No se necesita por tanto ninguna obra, sino que basta una señal del paso, un indicio, algo que revele el uso y aprovechamiento de la servidumbre. Ciertamente las obras destinadas al ejercicio de la servidumbre son signos exteriores y visibles de su existencia, pero no el único: cabe la existencia de otros, dado que el concepto del término signo es más amplio que el del término obra.

Por lo tanto, la noción que propugna el recurrente, en cuanto requiere para que una servidumbre de paso sea considerada aparente la realización de obra (que la tierra haya sido «preparada y apisonada como camino»), no es conforme al Código Civil,

que solo exige la existencia de un signo exterior visible que revele el uso y aprovechamiento de la servidumbre.

La fórmula postulada por la parte recurrente es más precisa y elimina dudas, pero ello es a base de separarse de la noción legal, adoptando otra más restrictiva. Nuestro legislador solo exige la existencia de un signo exterior que esté continuamente a la vista y sea revelador del uso de la servidumbre, por lo que en caso de tratarse de un camino o carril, basta con que el mismo sea fruto del mero acto de pasar, que al repetirse acaba dejando signos visibles, sin que sea preciso la realización de trabajos específicamente dirigidos a preparar y apisonar una franja de tierra (obra).

Finalmente, es de señalar que no hay una regla inflexible que exija tal o cual dato exterior para que pueda estimarse que existe un signo aparente de la servidumbre a que se refiere. Basta, según la opinión común, que el signo exterior revele el uso y aprovechamiento de la servidumbre, lo que nos sitúa ante una cuestión de hecho a determinar en cada caso a la vista de la prueba de autos. Ello explica la aparente contradicción al respecto entre sentencias, que, por lo general, no es tal, pues parten de la noción legal recogida en el artículo 532 del Código Civil y llegan a conclusiones distintas en función de los datos fácticos concurrentes en cada supuesto. En suma, el presente recurso debe ser desestimado, manteniéndose la resolución impugnada.

**Cuarto:** Las costas del presente recurso serán abonadas por la parte recurrente, de conformidad con lo previsto en el artículo 398.1, en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

#### FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso de casación núm. 8/2009, interpuesto por el Procurador don Mariano Laguarda Recaj, en nombre y re-

presentación de don Cosme S. P., contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Huesca en fecha de 18 de marzo de 2009, con imposición de las costas del mismo a la parte recurrente.

Devuélvanse las actuaciones a la referida Audiencia Provincial, juntamente con testimonio de esta resolución, debiendo acusar recibo.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

*ceso de liquidación y formación de inventario previsto en el art. 809 Lec.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** arts. 205, 447, 455, 466, 477.2, 478.1, 481, 483.4, 771.775, 787, 809 y 810 Lec.; art. 1.6 Cc.; arts. 1, 2 Ley 4/2005, de 14 de junio sobre la casación foral aragonesa; arts. 73.1.a, 260 LOPJ.

**PONENTE:** *Ilmo. señor don Luis Ignacio Pastor Eixarch.*

**VOTO PARTICULAR:** *Excmo. señor Zubiri de Salinas e Ilmo. señor Martínez Lasierra.*

### NÚM. 3

*A. TSJA de 16 de abril de 2010*

**0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO.**

**OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL:**

**Inadmisión:** *Siguiendo la consolidada doctrina del TS, no es admisible el recurso de casación en el procedimiento de los arts. 809 y 810 Lec. para la formación de inventario y liquidación del régimen económico matrimonial, por no darse el presupuesto legal exigido por el art. 477.2 Lec. al tener naturaleza incidental.*

**0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO.**

**OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL:**

**Inadmisión (voto particular):** *Los Magistrados disidentes con una fundada argumentación entienden que superada la cuantía de 3000 euros prevista en la Ley 4/2005 de casación civil aragonesa procede la admisión a trámite del recurso de casación en los supuestos de los arts. 809 y 810 Lec., en razón de:*  
**1. La competencia de los TSJ para interpretar y aplicar la Lec., recordando que la jurisprudencia no es fuente del Derecho y no tiene efecto vinculante, pudiendo el TSJA considerar el alcance jurídico del término «segunda instancia» de modo distinto a como lo hace el TS.**  
**2. Con base en el art. 466 Lec. son recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las AP en cualquier tipo de proceso; y ahí no está excluido el pro-**

*Zaragoza a dieciséis de abril de dos mil diez.*

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero:** El Procurador de los Tribunales don Luis Barona Sanchís actuando en nombre y representación de doña M. A. B., presentó ante la Audiencia Provincial de Teruel escrito de preparación de recurso de casación por infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso frente a la sentencia de fecha de 30 de noviembre de 2009, dictada por dicha Audiencia en el rollo núm. 186/2009, dimanante de autos de liquidación de régimen económico núm. 372/08, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia, núm. Dos de Teruel. Por providencia de fecha 11 de diciembre de 2009 se tuvo por preparado el expresado recurso, presentándose dentro de plazo el oportuno escrito de interposición que se basó en los siguientes motivos: **Primero.** Que no siendo el presente recurso de casación una tercera instancia, habrá que estar a lo declarado probado en la sentencia de instancia; **Segundo.** En cuanto a las cantidades percibidas por el Sr. T. de la entidad «M C S», se considera infringido el artículo 30.1 apartado c) de la Ley 2/2003, por aplicación indebida, y también se infringe el artículo 28, en sus apartados d) y f), de la misma norma, por inaplicación; y **Tercero.** Respecto a las cantidades percibidas por el Sr. T. de la entidad «MDADZ», se considera infringido el

artículo 30.1 apartado c) de la Ley 2/2003, por aplicación indebida, y también se infringe el artículo 28, en su apartado d), de la misma norma, por inaplicación. Tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sala, con emplazamiento de las partes.

**Segundo:** Recibidas las actuaciones, se registró el recurso de Casación con el número 2/10 y comparecidas, por la parte recurrente, la Procuradora de los Tribunales doña María del Pilar Serrano Méndez, y por la parte recurrida la Procuradora de los Tribunales doña Inmaculada Isiegas Gemer, pasaron las actuaciones al Magistrado Ponente para que se instruyese y sometiese a la deliberación de la Sala lo que hubiese que resolver sobre la admisión o inadmisión del recurso formulado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 483 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por providencia de 4 de marzo del presente se dio traslado a la partes por diez días para que formularan las alegaciones que consideraran oportunas con respecto a la concurrencia de las posibles causas de inadmisibilidad: «1. Falta de expresión del inciso del artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por el que se articula el recurso. 2. Estar excluida la resolución dictada de la posibilidad de ser recurrida en casación. Al respecto, debe tenerse en cuenta que es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que deben ser inadmitidos los recursos en materia como la que es objeto del presente recurso, de práctica de inventario y liquidación de los bienes integrados en el régimen económico matrimonial por los cauces previstos en los artículos 809 y 810 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Doctrina sostenida por ejemplo, en autos de 10 de febrero de 2004 (recurso 124/03), 15 de julio de 2008 (recurso 65/2006), o 12 de mayo de 2009 (recurso 573/2005).»

Haciéndolo las partes dentro de plazo.

Es Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. don Luis Ignacio Pastor Eixarch.

#### RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

**Primero:** El recurso de casación presentado por la representación procesal de

doña M. A. B. contra la sentencia dictada el día 30 de noviembre de 2009 por la Audiencia Provincial de Teruel se formula en procedimiento previsto en los artículos 809 y 810 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la formación de inventario y liquidación del régimen económico matrimonial.

Como se señaló en la providencia dictada en el presente recurso el día 4 de marzo pasado, el Tribunal Supremo ha sentado Jurisprudencia de modo reiterado con ocasión de la admisión o inadmisión a trámite de los recursos de casación formulados en procedimientos como el presente, de modo que el alto tribunal tiene una consolidada doctrina jurisprudencial en el sentido de que en tales procedimientos no es admisible el recurso de casación, por no darse el presupuesto legal exigido por el artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Así, por ejemplo, el auto del Tribunal Supremo de fecha de 15 de julio de 2008, ya referenciado en la providencia de 4 de marzo pasado con cita de otras resoluciones del mismo Tribunal Supremo en igual sentido, se indica, (Fundamento de Derecho 2): (...). *Esta Sala tiene declarado que, en la nueva LEC 1/2000, el juicio al que se remite el art. 809.2 tiene una evidente naturaleza incidental, al igual que sucede en el caso previsto en el art. 794.4 LEC 1/2000, lo que determina la irrecurribilidad en casación de las sentencias dictadas en grado de apelación en estos procedimientos, cuyo objeto, según el indicado apartado 2 del art. 809 se contrae a resolver la controversia suscitada en el seno de un proceso para la liquidación del régimen matrimonial –en el presente caso sociedad de gananciales– en la formación de inventario, sobre la inclusión o exclusión de bienes y sobre el valor de las partidas que conforman dicho inventario (AATS de 3 de febrero y 6 y 20 de julio de 2004, en recursos 1457/2003, 396/2004 y 2739/2004, entre los más recientes), y ello porque, según los criterios de la LEC 1/2000, sólo tienen acceso a la casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales (art. 477.2 de la LEC), lo que excluye el recurso cuando la sentencia cuyo acceso a casación se pretende no puso fin a una verdadera segunda instancia,*



*como ocurre en los supuestos de sentencias recaídas en apelación cuando la dictada por el Juez de Primera Instancia no puso fin a la tramitación ordinaria del proceso, sino a un incidente suscitado en el mismo. (...)*

*Conviene insistir en este punto, que a ello no obsta que la Sentencia impugnada se haya dictado en un procedimiento seguido como verbal, ya que nos hallamos ante un incidente de índole declarativa dentro de un procedimiento de liquidación, (...) siendo irrelevante a tal efecto la circunstancia de que el legislador de la nueva LEC 1/2000, que, en el caso de discrepancias sobre la formación de inventario y valoración de los bienes se remite al cauce del juicio verbal (art. 809. 2 LEC 1/2000) (...).*

*(...) Este criterio resulta acorde con la más moderna orientación de la doctrina de esta Sala, aplicada en numerosos autos resolutorios de recursos de queja (cf. AATS de 9 de abril de 2002, en recurso 2212/2001 formulado en autos de mayor cuantía sobre determinación de daños y perjuicios en el incidente de oposición a la declaración de quiebra, de 28 de enero de 2003 y 15 de julio de 2003, en recursos 1099/2002 y 678/2003 planteados en pieza de calificación de la quiebra, de 11 de febrero de 2003, en recurso 14/2003 en incidente de oposición a la declaración de quiebra, de 16 de septiembre de 2003, en recurso 918/2003 en incidente suscitado en la pieza de retroacción de la quiebra, de 8 de junio y 6 de julio de 2004, en recursos 476/2004 y 593/2004 en incidente de oposición a la tasación de costas, de 8 de junio y 5 de octubre de 2004, en recursos 345/2004 y 766/2004 en incidente de modificación de medidas de separación o divorcio, de 27 de julio y 13 de octubre de 2004, en incidente sobre inclusión o exclusión de bienes en el inventario, en división judicial de herencia y de 30 de diciembre de 2003, en recurso 997/2002, en juicio verbal que, en el seno de una adopción, determina la no necesidad del asentimiento de los padres biológicos de un menor al considerarlos incurso en causa legal de privación de la patria potestad, entre otros muchos). (...)*

**Segundo:** La invocación por la parte recurrente de lo ordenado en el artículo 2 de la Ley de Aragón, 4/2005, de 14 de junio, sobre la Casación Foral Aragonesa como razón de admisión del recurso no modifica lo ya expuesto, puesto que esta norma pre-

vé como sentencias recurribles las dictadas en segunda instancia, al igual que lo hace el artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuya interpretación genera la jurisprudencia vinculante del Tribunal Supremo ya reproducida. De modo que no cabe considerar que exista al respecto salvedad legal alguna en la regulación propia de Aragón.

**Tercero:** En atención al carácter complementario del ordenamiento jurídico que el 1.6 del Código Civil atribuye a la doctrina reiteradamente establecida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo procede modificar el criterio mantenido hasta la fecha por esta Sala Civil y Penal, y acordar la inadmisión del recurso de casación interpuesto, por aplicación del artículo 483.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que hace innecesario pronunciamiento sobre otros posibles motivos de inadmisión.

**Cuarto:** No procede hacer especial pronunciamiento sobre costas.

Vistos los artículos citados demás de general aplicación.

**LA SALA ACUERDA** por mayoría:

1. No admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña M. A. B. contra la Sentencia dictada el día 30 de noviembre de 2009 por la Audiencia Provincial de Teruel en el rollo de apelación núm. 186/09 dimanante de los autos de juicio verbal –liquidación de régimen económico matrimonial– núm. 372/08 del Juzgado de Primera Instancia núm. dos de Teruel.

2. Declarar firme dicha resolución.

3. No hacer especial pronunciamiento sobre las costas de este recurso.

4. Y remitir las actuaciones, junto con testimonio de esta resolución, al órgano de procedencia.

Así lo acuerdan, mandan y firman, el Excmo. Sr. Presidente y los Ilmos. Sres. Magistrados que componen la Sala, anunciando Voto Particular el Excmo. Sr. Presi-

dente don Fernando Zubiri de Salinas y el Ilmo. Sr. Magistrado don Ignacio Martínez Lasierra.

#### VOTO PARTICULAR

Que formulan los Magistrados don Fernando Zubiri de Salinas y don Ignacio Martínez Lasierra al Auto de esta Sala dictado el dieciséis de abril del presente año en el rollo de recurso de casación, núm. 2/2010 procedente de la Audiencia Provincial de Teruel.

Con absoluto respeto a la decisión de la mayoría formulamos voto particular, al amparo de lo dispuesto en el artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender que la resolución a adoptar debió ser la siguiente:

#### AUTO

*En Zaragoza, a dieciséis de abril de dos mil diez.*

*Se aceptan el encabezamiento y los antecedentes de hecho, pero no así los fundamentos de Derecho, que deberían ser los siguientes:*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** En el trámite de admisión del recurso de casación la Sala debe examinar, en primer lugar, su competencia pronunciándose seguidamente, si se considerase competente, sobre la admisibilidad del mismo.

Por lo que se refiere al primer extremo, no ofrece duda la competencia de este órgano jurisdiccional para conocer del recurso de casación, según lo dispuesto en el artículo 73.1.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial y lo establecido en el artículo 478, núm. 1, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en el artículo 1 de la Ley 4/2005 de las Cortes de Aragón, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, conforme a los cuales corresponde a esta Sala conocer de los recursos de casación que procedan contra las resoluciones de los tribunales civiles con sede en la Comu-

nidad Autónoma, siempre que el recurso se funde, exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas del Derecho civil aragonés y, examinado el recurso, la parte recurrente lo formula al amparo del apartado 1 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el apartado 1 del artículo 2 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, al cumplirse el requisito de la cuantía, superior a 3.000 euros, y lo basa en la infracción del artículo 30, apartados b) y c) de la Ley aragonesa 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen económico matrimonial, así como del artículo 28, apartados d) y f), de la misma Ley.

**Segundo:** En cuanto a la admisibilidad del recurso, la parte recurrente ha presentado escrito de interposición al amparo del artículo 2.1 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, argumentando que las partidas discutidas tienen un valor superior a los 3.000 euros requeridos en el citado precepto, por lo que debe entenderse que, efectivamente, se cumple el requisito exigido para esa vía de acceso al recurso de casación. En el aspecto formal ha sido redactado el escrito de interposición en los términos previstos en el artículo 481 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, señalando la infracción del artículo 30, apartados b) y c) de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen económico matrimonial, así como del artículo 28, apartados d) y f), de la misma Ley aragonesa.

La causa de inadmisión apreciada en la resolución de la que discrepamos viene dada por la aceptación de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo conforme a la cual, en síntesis, no es admisible el recurso de casación en estos procedimientos por su naturaleza incidental, según resulta de la fundamentación en tal sentido de los citados Autos del Tribunal Supremo.

La aceptación de tal doctrina se constituye en la razón de la modificación del criterio de esta Sala, como advierte el Auto de inadmisión, pues hasta la fecha se venían admitiendo tales recursos pero, precisa-

mente por no encontrar debidamente justificado tal cambio, nos atrevemos a discrepar de la mayoría.

**Tercero:** El Auto de la mayoría se fundamenta, precisamente, en considerar el criterio adoptado por la Sala Primera del Tribunal Supremo como «jurisprudencia vinculante» –así se expresa en el fundamento de Derecho segundo–. No hay duda de que, si ese criterio del Alto Tribunal constituyese jurisprudencia vinculante, debería esta Sala del Tribunal Superior de Justicia de Aragón atenerse a ella, y sería claro el resultado para el recurso, procediendo su inadmisión.

Pero entendemos que no es así.

El art. 1.6 del Código Civil mantiene su redacción desde la modificación introducida por Decreto 1836/1974, de 31 de diciembre. Conforme a dicho precepto «La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho». La posterior promulgación de la Constitución de 1978 y la configuración, a partir de esta, del Estado autonómico, con las competencias legislativas propias de las Comunidades Autónomas –art. 149.1.8– y la competencia casacional atribuida a las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia –art. 73.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial–, son referencias obligadas a la hora de interpretar, en este momento, el precepto del Código Civil citado.

Parece evidente que el Tribunal Supremo es el único órgano jurisdiccional que puede fijar jurisprudencia en cuanto a la doctrina que, de modo reiterado, establezca en la aplicación de las leyes del Estado central, emanadas de las Cortes Generales, cuando resuelve recursos de casación, dada la función nomofiláctica de estos recursos extraordinarios.

Pero no habrá de ser así en los siguientes casos:

a) en la aplicación que pueda hacer sobre leyes emanadas de los Parlamentos autonómicos, en su función de desarrollo de los Derechos civiles propios, pues precisamente el legislador ha querido residenciar la competencia para el recurso de casación, en estos casos, en los Tribunales Superiores de Justicia;

b) en la doctrina sentada sobre interpretación y aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, respecto a la regulación que esta hace del recurso de casación puesto que, siendo las Salas de lo Civil de esos Tribunales Superiores también tribunales de casación, pueden interpretar las normas reguladoras del acceso a dicho recurso con plenitud de jurisdicción y con criterio propio. Esto ha sucedido en este Tribunal de Aragón, que en repetidos Autos se ha apartado del criterio de la Sala Primera del Tribunal Supremo en cuanto a la consideración del carácter distinto y excluyente de los tres ordinales del artículo 477.2 y a la existencia del interés casacional para recurrir, respecto a su operatividad cuando el proceso se determina por razón de la cuantía.

Por lo demás, la jurisprudencia tiene una función de complemento del ordenamiento jurídico, según expresa el art. 1.6 del Código Civil, pero no es fuente del Derecho ni tiene ese efecto vinculante que se predica. Es por esto que la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón puede, y debe, interpretar la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a la determinación de las sentencias que son susceptibles de ser recurridas en casación ante él, y para ello puede considerar el alcance del término jurídico «segunda instancia» de modo distinto de cómo lo configura el Tribunal Supremo.

**Cuarto:** El escrito inicial del procedimiento es de solicitud de inventario –debe entenderse de formación de inventario– pero la parte demandante ni siquiera lo dirige en ese primer trámite a la liquidación del régimen económico del matrimonio, aunque indudablemente la finalidad de todo inventario de masas comunes y privativas

será llegar a la liquidación del patrimonio común (en los regímenes de comunidad) y, en último término, a la determinación de responsabilidad provisional y definitiva de unas y otras masas.

Se quiere destacar este primer aspecto de la cuestión porque, para rechazar el acceso a casación de estas resoluciones, se vincula la naturaleza incidental del proceso de formación de inventario al hecho de ir encaminado a la liquidación del régimen por el procedimiento señalado en los artículos 806 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil que, como dispone el segundo párrafo del número 5 del artículo 787, por remisión del artículo 810.5 de la misma, termina por sentencia sin eficacia de cosa juzgada. Pero, solicitada la formación de inventario y, tras oposición del demandado y tramitación del juicio verbal, formado el inventario en la sentencia que ponga fin al procedimiento (último párrafo del art. 809 LEC), tendrá la virtualidad de, por ejemplo, servir para la liquidación extrajudicial del patrimonio común al margen del trámite del procedimiento judicial. De ello se desprende, entre otras razones que se expondrán, que el proceso de formación de inventario que finaliza con la sentencia prevista en el indicado artículo 809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tiene una sustantividad propia y diferente de la del propio procedimiento de liquidación en el que se encuadra, el de los artículos 806 a 811, dentro de los cuales este último precepto, relativo a la liquidación del régimen de participación, tampoco puede ser considerado de la misma naturaleza que el de liquidación de los regímenes de comunidad.

Precisamente se advierte una clara diferencia entre lo dispuesto por el legislador para la sentencia recaída en el procedimiento que pone fin a la formación de inventario (art. 809) y la que pone fin al de liquidación (art. 787.5), ya que de la primera nada se dice respecto al efecto de cosa juzgada en tanto que sobre la segunda expresamente se dispone que carece de tal efecto. Dice el último párrafo del artículo 809 que *«la sentencia resolverá sobre todas las*

*cuestiones suscitadas, aprobando el inventario de la comunidad matrimonial y dispondrá sobre la administración y disposición de los bienes comunes»*, de lo que debe deducirse, a nuestro juicio, que pone fin al procedimiento y produce efecto de cosa juzgada tras, en su caso, los recursos correspondientes.

Entre otros argumentos que luego se expondrán, si esta sentencia que prevé la posibilidad de atribuir facultades de disposición y administración, no produce efecto de cosa juzgada, en el caso de autorizar a uno de los cónyuges a disponer de determinados bienes –dando por sentada su naturaleza privativa o común– difícilmente cabe imaginar que el autorizado llevará a cabo tales actos si los mismos deben entenderse condicionados a que, después de la sentencia relativa al inventario, transcurra el procedimiento de liquidación, termine el mismo y también el posterior declarativo con todos sus recursos, pues sólo en ese momento podría afirmarse, si se sigue el criterio del Auto, que el discutido bien tiene una u otra naturaleza. Lo mismo habrá que concluir respecto a los actos de administración sobre bienes discutidos. La conclusión es que resultarán vacías de contenido las facultades de disposición y administración de bienes otorgadas en la sentencia que pone fin al procedimiento de formación de inventario.

**Quinto:** Argumentan las resoluciones del Tribunal Supremo que sirven de fundamento al Auto objeto de discrepancia que en los supuestos enjuiciados no se cumple el requisito del artículo 477.2 LEC para el acceso al recurso de casación pues no se puede atribuir a tales sentencias la condición de *«sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales porque la LEC 1/2000 distingue entre “apelación” y “segunda instancia”, configurando esta última como aquella en la que se conoce de los procedimientos que han puesto fin a la primera instancia, lo que no ocurre en el presente caso en el que nos hallamos ante un incidente tramitado por el cauce del juicio verbal en el seno de un proceso sobre liquidación del régimen económico matrimonial»* (Auto de 7 de noviembre de 2006, recurso 1497/2003, con cita de otros).

No resulta convincente para todos los supuestos esa distinción que las resoluciones de referencia aprecian en la LEC 1/2000 entre apelación y segunda instancia para derivar de la misma la existencia de sentencias que en apelación ponen fin a la segunda instancia, de aquellas otras en que no sería así.

El artículo 477.2 LEC considera recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales en los tres supuestos que señala (tutela de derechos fundamentales, cuantía determinada e interés casacional). El artículo 466 LEC, cuyo título es el de recursos contra la sentencia de segunda instancia, dice: «*Contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas optar por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación*». Debe partirse, pues, de la que la ley no distingue entre unos procesos y otros sino que expresamente se refiere a las sentencias dictadas en cualquier tipo de proceso civil, y el recurso de apelación sería el medio por el que se accede a la segunda instancia después de la sentencia recaída en primera instancia en aquellos procedimientos que permitan este recurso. Así configurado, el recurso de apelación es el medio procesal por el que la ley permite el acceso a la segunda instancia, pero no algo diferente a ella sino situado en plano distinto.

Dentro de este mismo Capítulo III del Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dedicado a los recursos, señala el artículo 455 que «*las sentencias dictadas en toda clase de juicio, los autos definitivos y aquellos otros que la ley expresamente señale, serán apelables*». Luego el recurso de apelación permite en los casos indicados el acceso a la segunda instancia como medio de poner fin a ella, salvo las excepciones que expresamente señale la ley. El artículo 809 prevé que «*la sentencia resolverá sobre todas las cuestiones suscitadas*», y no indica que la misma esté excluida del recurso de apelación ni que no produzca el efecto de cosa juzgada, a diferencia de lo dispues-

to en el artículo 787.5 LEC para el procedimiento de liquidación. Y las sentencias recaídas en el juicio verbal, conforme a lo dispuesto en el artículo 447 LEC, producen el efecto de cosa juzgada salvo los casos expresamente previstos, que son los de los apartados 2, 3 y 4 del precepto, entre los que no se encuentra el de la sentencia que pone fin al procedimiento del artículo 809.

De la interpretación literal y sistemática de los citados preceptos se desprende que las sentencias recaídas en juicio verbal son susceptibles de recurso de apelación, como medio de acceso a la segunda instancia, salvo en los casos expresamente excluidos, entre los que no se encuentra la sentencia que pone fin al procedimiento del artículo 809, y que son recurribles en casación las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil, entre los que no se encuentra excluido el del artículo 809, si se da alguno de los presupuestos de recurribilidad del artículo 477.2 LEC.

Se argumenta que la sentencia del recurso de apelación tras la sentencia recaída en el juicio verbal del artículo 809 no pone fin a una verdadera segunda instancia, que quedaría reservada para la sentencia que pusiera fin al procedimiento del que dimana, pero tal interpretación no se deduce de los anteriores preceptos, sino que se acude a la naturaleza incidental del procedimiento de formación de inventario que, a nuestro juicio, tiene un carácter instrumental en la medida en que es medio y sirve para la posterior liquidación del patrimonio común, pero no incidental en términos de subordinación, dada la sustantividad propia de la formación de inventario.

El criterio de la naturaleza incidental de un procedimiento, en cuanto subordinado a otro que sería principal, no resulta tan fiable para deducir de él la recurribilidad o no en casación. Para los procedimientos de modificación de medidas de los procedimientos de separación y divorcio así resultaba en la formulación de la LEC 1/2000 en cuanto venía concebida y regulada como una cuestión incidental, a resol-

ver por Auto, según establece el artículo 771.4, aplicable por remisión expresa del artículo 775.2 en la regulación anterior a la modificación operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio. Así se recoge en el Auto del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2009, recurso 573/2005, en el que se dice, en relación con la regulación de la LEC 1/2000 que *«el legislador con mayor o menor acierto, pero en todo caso expresamente, ha configurado la modificación de medidas definitivas, por variación de las circunstancias y a solicitud de uno de los cónyuges, como “cuestión incidental” a resolver por Auto y, por ende, excluida del acceso a casación»*, recordando que bajo la vigencia de la LEC de 1881 ni siquiera las sentencias que resolvían sobre la nulidad matrimonial, el divorcio o la separación, eran susceptibles de recurso de casación, *«por lo que no puede tampoco sorprender que en el nuevo régimen de la LEC 1/2000 no quepa el acceso a casación de las resoluciones relativas a medidas provisionales o definitivas, siendo irrelevante la forma de la resolución recaída, Auto o Sentencia, pues lo que determina la irrecurribilidad son las razones a las que se ha venido haciendo consideración, plasmadas ya en numerosos Autos dictados por esta Sala»*.

Pero ya en el Auto de 5 de diciembre de 2006, recurso 2578/2003, se había anunciado para los procedimientos de modificación de medidas acordadas en Juicios de separación o divorcio que el criterio *«cambiará para los procedimientos que se tramiten a partir de la entrada en vigor de la reforma operada en la LEC 2000 por la Ley 15/2005, de 8 de julio»*, debido a que con la nueva regulación el artículo 775 remite para estos procedimientos de modificación de medidas definitivas a la tramitación del artículo 770, para los procedimientos de separación y divorcio, a finalizar mediante sentencia recurrible en casación. Y, efectivamente, para un supuesto de modificación de medidas en relación con el régimen de visitas tramitado tras la modificación operada por la Ley 15/2005, el Auto de 13 de enero de 2009, recurso 457/2008, determina la consecuencia de su acceso a la casación *«circunscrito al ordinal tercero del artículo 477.2 de la LEC 1/2000, habida cuenta del carácter dis-*

*tinto y excluyente de los tres ordinales del artículo 477.2, lo que requiere acreditar en fase de preparación la existencia de interés casacional»*, lo que determinó la estimación del recurso de queja contra el Auto de denegación de la preparación del recurso de casación.

Por lo tanto no resultaba tan seguro el criterio de la incidentalidad sino que se admite que, no habiendo modificación de la naturaleza de la cuestión, que sigue siendo la misma, la remisión a un procedimiento que termina por sentencia en vez de por auto, determina su acceso a la casación. La naturaleza y trascendencia de las medidas definitivas no ha cambiado, lo ha hecho simplemente la remisión a un procedimiento que termina por sentencia, pero siguen siendo medidas derivadas de un proceso de separación o divorcio, salvo que el legislador ha considerado que tienen la sustantividad propia e importancia suficiente para merecer que sean fijadas en sentencia, susceptible de recurso de casación.

Referida la discusión a los procedimientos de liquidación del régimen económico del matrimonio también suscita dudas la regulación en el artículo 811 LEC del régimen de participación. Naturalmente no existe en él un patrimonio común y la discusión no se refiere a tal aspecto pero, tras la estimación del patrimonio inicial y final de cada cónyuge, la tramitación es similar a la del artículo 810 con su remisión a los artículos 784 y siguientes, pero la sentencia que recaiga, conforme a la dicción del último párrafo del artículo 810, resolverá sobre todas las cuestiones suscitadas, tras la tramitación del juicio verbal, sin declaración de que no producirá efecto de cosa juzgada, por lo que puede entenderse que finaliza un proceso que tiene una autonomía propia y que no precisa de un declarativo posterior que nada añadiría a lo ya resuelto.

Desde esta perspectiva puede afirmarse la sustantividad propia de un procedimiento como el seguido en el artículo 809 en el que se da la plenitud de cognición por parte del juzgador, sin limitación de medios de

prueba, por lo que la sentencia que pone fin al mismo resolviendo «sobre todas las cuestiones suscitadas» no resultará mejorada en este punto por la que se dicte en el procedimiento declarativo tras el fracaso del procedimiento de liquidación. Los principales problemas y debates jurídicos dentro de un proceso de liquidación se producen habitualmente en la formación de inventario, siendo más mecánicas las operaciones de división y adjudicación, de donde deriva la sustantividad e interés de su formación en un procedimiento independiente, no meramente subordinado aunque, evidentemente, dirigido a la posterior división y adjudicación.

**Sexto:** La ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, pretendió expresamente facilitar el acceso al recurso de casación para lo que redujo la cuantía de acceso a la cantidad de 3.000 euros y permitió también la invocación del interés casacional aunque la determinación del procedimiento se hiciera por razón de la cuantía, con la finalidad declarada de permitir el acceso de más asuntos a la casación y que así pudiera este Tribunal Superior de Justicia de Aragón crear la jurisprudencia que complementa el ordenamiento civil aragonés, como así ha ocurrido en materias de interés en el ámbito de nuestro derecho (relaciones de vecindad, luces y vistas, servidumbres), que de otra forma no hubieran tenido desarrollo y fijación jurisprudencial. Ante tan expresa incentivación por parte del legislador aragonés no se ve razón para limitar el acceso a casación en este caso cuando la interpretación que propugnamos resulta plenamente respetuosa con los términos de la LEC.

Como hemos señalado, donde se producen los más importantes debates en estos procedimientos de liquidación del régimen económico matrimonial, tanto por el contenido económico de lo discutido como por sus aspectos jurídicos, es en la formación de inventario por lo que, a pesar de la sentencia que pueda recaer en dicho proceso, las partes habrán de esperar a que, tras la misma y el posible recurso, finalice el procedimiento de liquidación y divi-

sión y se promueva un nuevo declarativo para volver a discutir, en cuanto al inventario, las mismas cuestiones con los mismos medios de prueba. El resultado es una inútil y costosa peregrinación judicial que abocará a las partes a no terminarla o a prescindir del procedimiento de liquidación y división para acudir directamente al declarativo, despreciando así un procedimiento específicamente establecido con esa finalidad.

Estas últimas razones a favor de la admisión de estos recursos carecerían de cualquier virtualidad si las objeciones procesales estudiadas fueran indiscutibles pero, por el contrario, entendemos que la interpretación de los preceptos pertinentes de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite afirmar la posibilidad de acceso a casación de las sentencias recaídas en los procesos de formación de inventario.

Por todo lo anterior, no concurre ninguna de las causas de inadmisión del artículo 483.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en consecuencia, alegada infracción de normas de Derecho civil aragonés contenidas en la indicada ley aragonesa y cumplidos los demás requisitos procesales, procede su admisión.

Por lo expuesto, siendo competente esta Sala y dado que el escrito de interposición del recurso reúne los requisitos del artículo 481 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la cuantía del recurso permite su acceso a casación, procede acordar la admisión del recurso de casación interpuesto, con los efectos a ello inherentes previstos en el artículo 485 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, *en la interpretación discrepante que hemos argumentado,*

Proponemos la siguiente parte dispositiva:

**LA SALA ACUERDA:**

Se declara la competencia de esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón para el conocimiento

del presente recurso de casación por razón de la cuantía y se admite a trámite.

Dése traslado del escrito de interposición a la parte recurrida para que en el plazo de veinte días puedan formalizar escrito de oposición, si lo estimare pertinente.

Voto particular que firmamos en Zaragoza a veinte de abril de dos mil diez.

*1, 2 Ley 4/2005, de 14 de junio sobre la casación foral aragonesa; arts. 73.1.a, 260 LOPJ.*

**PONENTE:** *Ilmo. señor don Luis Fernández Álvarez.*

**VOTO PARTICULAR:** *Excmo. señor Zubiri de Salinas e Ilmo. señor Martínez Lasierra.*

*Zaragoza a dieciséis de abril de dos mil diez.*

4

#### NÚM. 4

*A. TSJA de 16 de abril de 2010*

**0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL: Inadmisión:** *Siguiendo la consolidada doctrina del TS, no es admisible el recurso de casación en el procedimiento de los arts. 809 y 810 Lec. para la formación de inventario y liquidación del régimen económico matrimonial, por no darse el presupuesto legal exigido por el art. 477.2 Lec. al tener naturaleza incidental. 0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL: Inadmisión: (voto particular): Los Magistrado disidentes con una fundada argumentación entienden que superada la cuantía de 3000 euros prevista el Ley 4/2005 de casación civil aragonesa procede la admisión a trámite del recurso de casación en los supuestos de los arts. 809 y 810 Lec., en razón de: 1. La competencia de los TSJ para interpretar y aplicar la Lec., recordando que la jurisprudencia no es fuente del Derecho y no tiene efecto vinculante, pudiendo el TSJA considerar el alcance jurídico del término «segunda instancia» de modo distinto a como lo hace el TS. 2. Con base en el art. 466 Lec. son recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las AP en cualquier tipo de proceso; y ahí no está excluido el proceso de liquidación y formación de inventario previsto en el art. 809 Lec.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** *arts. 205, 447, 455, 466, 477.2, 478.1, 481, 483.4, 771, 775, 787, 809 y 810 Lec.; art. 1.6 Cc.; arts.*

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero:** El Procurador don David Sana Villarroja, actuando en nombre y representación de don J. G. C., presentó ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza escrito de preparación de recurso de casación frente a la sentencia de fecha 26 de enero de 2010, dictada por dicha Audiencia en el rollo de apelación civil núm. 450/2009, dimanante del procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial núm. 509/2008, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de esta Ciudad, y por providencia de fecha de 5 de febrero pasado se tuvo por preparado el expresado recurso, presentándose dentro de plazo el oportuno escrito de interposición, relativo a si es o no procedente la inclusión en el activo consorcial del valor de las mejoras llevadas a cabo en el negocio-estanco privativo del esposo, tras lo cual se remitieron los autos a esta Sala, con emplazamiento de las partes, donde se formó el rollo de casación núm. 6/2010.

**Segundo:** Recibidas las actuaciones, se pasaron al Magistrado Ponente para que se instruyese y sometiese a la deliberación de la Sala lo que hubiese que resolver sobre la admisión o inadmisión del recurso de casación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 483 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y ante la posibilidad de inadmisión, dado que el Tribunal Supremo considera que las sentencias dictadas en apelación en incidente sobre inclusión o exclusión de bienes en el inventario que se forma en el seno del procedimiento para la liquidación



del régimen económico matrimonial sustanciado por el cauce de los artículos 809 y 810 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no son recurribles en casación (autos de 10 de febrero de 2004, 7 de noviembre de 2006 y 15 de julio de 2008, entre otros), se acordó por providencia de fecha 8 de marzo de 2010 oír a las partes por diez días, habiendo presentado ambas escrito de alegaciones.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don Luis Fernández Álvarez.

#### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**Primero:** El presente recurso de casación tiene por objeto dilucidar si es o no procedente la inclusión en el activo consorcial del valor de las mejoras llevadas a cabo en el estanco del esposo, cuestión que se suscita en el seno de un procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial sustanciado por los cauces de los artículos 809 y 810 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Como se señaló en la providencia de fecha 8 de marzo pasado, el Tribunal Supremo ha establecido de modo reiterado que las sentencias dictadas en apelación en incidente sobre inclusión o exclusión de bienes en el inventario que se forma en el seno de un procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial no son susceptibles de casación, por no darse el presupuesto legal exigido en el artículo 477.2 del mentado Cuerpo procesal Civil.

Así, por ejemplo, en el auto del Tribunal Supremo de fecha 15 de julio de 2008, ya referenciado en la providencia de 8 de marzo pasado con cita de otras resoluciones del mismo Tribunal Supremo en igual sentido, se indica (Fundamento de Derecho 2):

*Esta Sala tiene declarado que, en la nueva LEC 1/2000, el juicio al que se remite el art. 809.2 tiene una evidente naturaleza incidental, al igual que sucede en el caso previsto en el art. 794.4 LEC 2000, lo que determina la irrecurribilidad en casación de las sentencias dictadas en*

*grado de apelación en estos procedimientos, cuyo objeto, según el indicado apartado 2 del art. 809 se contrae a resolver la controversia suscitada en el seno de un proceso para la liquidación del régimen matrimonial –en el presente caso sociedad de gananciales– en la formación de inventario, sobre la inclusión o exclusión de bienes y sobre el valor de las partidas que conforman dicho inventario (AATS de 3 de febrero y 6 y 20 de julio de 2004, en recursos 1457/2003, 396/2004 y 2739/2004, entre los más recientes), y ello porque, según los criterios de la LEC 2000, sólo tienen acceso a la casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales (art. 477.2 de la LEC), lo que excluye el recurso cuando la sentencia cuyo acceso a casación se pretende no puso fin a una verdadera segunda instancia, como ocurre en los supuestos de sentencias recaídas en apelación cuando la dictada por el Juez de Primera Instancia no puso fin a la tramitación ordinaria del proceso, sino a un incidente suscitado en el mismo.*

*Conviene insistir en este punto, que a ello no obsta que la Sentencia impugnada se haya dictado en un procedimiento seguido como verbal, ya que nos hallamos ante un incidente de índole declarativa dentro de un procedimiento de liquidación, (...) siendo irrelevante a tal efecto la circunstancia de que el legislador de la nueva LEC 2000, que, en el caso de discrepancias sobre la formación de inventario y valoración de los bienes se remite al cauce del juicio verbal (art. 809.2 LEC 2000) (...).*

*Este criterio resulta acorde con la más moderna orientación de la doctrina de esta Sala, aplicada en numerosos autos resolutorios de recursos de queja (cf. AATS de 9 de abril de 2002, en recurso 2212/2001, formulado en autos de mayor cuantía sobre determinación de daños y perjuicios en el incidente de oposición a la declaración de quiebra, de 28 de enero de 2003 y 15 de julio de 2003, en recursos 1099/2002 y 678/2003 planteados en pieza de calificación de la quiebra, de 11 de febrero de 2003, en recurso 14/2003 en incidente de oposición a la declaración de quiebra, de 16 de septiembre de 2003, en recurso 918/2003 en incidente suscitado en la pieza de retroacción de la quiebra, de 8 de junio y 6 de julio de 2004, en recursos 476/2004 y 593/2004 en incidente de oposición a la tasación de costas, de 8 de junio y 5 de octubre de*

2004, en recursos 345/2004 y 766/2004 en incidente de modificación de medidas de separación o divorcio, de 27 de julio y 13 de octubre de 2004, en incidente sobre inclusión o exclusión de bienes en el inventario en división judicial de herencia y de 30 de diciembre de 2003, en recurso 997/2002, en juicio verbal que, en el seno de una adopción, determina la no necesidad del asentimiento de los padres biológicos de un menor al considerarlos incurso en causa legal de privación de la patria potestad, entre otros muchos).

**Segundo:** La regulación contenida en la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, no modifica lo ya expuesto, dado que dicha Ley prevé como sentencias recurribles en casación las dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, al igual que lo hace el artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuya interpretación genera la jurisprudencia vinculante del Tribunal Supremo ya reproducida, de modo que no cabe considerar que exista al respecto salvedad legal alguna en la regulación propia de Aragón.

**Tercero:** En atención al carácter complementario del ordenamiento jurídico que el 1.6 del Código Civil atribuye a la doctrina reiteradamente establecida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo procede modificar el criterio mantenido hasta la fecha por esta Sala Civil y Penal, y acordar la inadmisión del recurso de casación interpuesto, por aplicación del artículo 483.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**Cuarto:** No procede hacer especial pronunciamiento sobre costas.

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

**LA SALA ACUERDA** por mayoría:

1. No admitir el recurso de casación interpuesto por el Procurador don David Sanau Villarroya, en nombre y representación de don J. G. C., frente a la sentencia de fecha 26 de enero del presente año, dictada en apelación por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zara-

goza recaída en procedimiento de liquidación de régimen económico matrimonial numo 509/2008, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de esta Ciudad.

2. Declarar firme dicha resolución.

3. No hacer especial pronunciamiento sobre las costas de este recurso.

4. Y remitir las actuaciones, con testimonio de este auto, a la indicada Sección de la Audiencia Provincial.

Así lo acuerda, manda y firma el Excmo. Sr. Presidente y los Ilmos. Sres. Magistrados que componen la Sala, anunciando Voto particular el Excmo. Sr. Presidente don Fernando Zubiri de Salinas y el Ilmo. Sr. Magistrado don Ignacio Martínez Lasierra.

#### VOTO PARTICULAR

Que formulan los Magistrados don Fernando Zubiri de Salinas y don Ignacio Martínez Lasierra al Auto de esta Sala dictado el dieciséis de abril del presente año en el rollo de recurso de casación, núm. 6/2010 procedente de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda.

Con absoluto respeto a la decisión de la mayoría formulamos voto particular, al amparo de lo dispuesto en el artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender que la resolución a adoptar debió ser la siguiente:

#### AUTO

*En Zaragoza, a dieciséis de abril de dos mil diez.*

*Se aceptan el encabezamiento y los antecedentes de hecho, pero no así los fundamentos de derecho, que deberían ser los siguientes:*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** En el trámite de admisión del recurso de casación la Sala debe examinar, en primer lugar, su competencia

pronunciándose seguidamente, si se considerase competente, sobre la admisibilidad del mismo.

Por lo que se refiere al primer extremo, no ofrece duda la competencia de este órgano jurisdiccional para conocer del recurso de casación, según lo dispuesto en el artículo 73.1.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial y lo establecido en el artículo 478, núm. 1, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en el artículo 1 de la Ley 4/2005 de las Cortes de Aragón, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, conforme a los cuales corresponde a esta Sala conocer de los recursos de casación que procedan contra las resoluciones de los tribunales civiles con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde, exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas del Derecho civil aragonés y, examinado el recurso, la parte recurrente lo formula al amparo del apartado 1 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con los apartados 2, número 2º del mismo y el artículo 2.1 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, al cumplirse el requisito de la cuantía, superior a 3.000 euros, y lo basa en la infracción del artículo 36 de la Ley aragonesa 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen económico matrimonial y de viudedad.

**Segundo:** En cuanto a la admisibilidad del recurso, la parte recurrente ha presentado escrito de interposición al amparo del artículo 2.1 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, argumentando que la cuestión litigiosa tiene un valor superior a los 3.000 euros requeridos en el citado precepto, por lo que debe entenderse que, efectivamente, se cumple el requisito exigido para esa vía de acceso al recurso de casación. En el aspecto formal ha sido redactado el escrito de interposición en los términos previstos en el artículo 481 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, señalando la infracción del artículo 36 de la Ley aragonesa 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen económico matrimonial y viudedad.

La causa de inadmisión apreciada en la resolución de la que discrepamos viene dada por la aceptación de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo conforme a la cual, en síntesis, no es admisible el recurso de casación en estos procedimientos por su naturaleza incidental, según resulta de la fundamentación en tal sentido de los citados Autos del Tribunal Supremo.

La aceptación de tal doctrina se constituye en la razón de la modificación del criterio de esta Sala, como advierte el Auto de inadmisión, pues hasta la fecha se venían admitiendo tales recursos pero, precisamente por no encontrar debidamente justificado tal cambio, nos atrevemos a discrepar de la mayoría.

**Tercero:** El Auto de la mayoría se fundamenta, precisamente, en considerar el criterio adoptado por la Sala Primera del Tribunal Supremo como «jurisprudencia vinculante» –así se expresa en el fundamento de Derecho segundo–. No hay duda de que, si ese criterio del Alto Tribunal constituyese jurisprudencia vinculante, debería esta Sala del Tribunal Superior de Justicia de Aragón atenerse a ella, y sería claro el resultado para el recurso, procediendo su inadmisión.

Pero entendemos que no es así.

El art. 1.6 del Código Civil mantiene su redacción desde la modificación introducida por Decreto 1836/1974, de 31 de diciembre. Conforme a dicho precepto «La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho». La posterior promulgación de la Constitución de 1978 y la configuración, a partir de esta, del Estado autonómico, con las competencias legislativas propias de las Comunidades Autónomas –art. 149.1.8– y la competencia casacional atribuida a las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia –art. 73.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial–, son referencias obliga-

das a la hora de interpretar, en este momento, el precepto del Código Civil citado.

Parece evidente que el Tribunal Supremo es el único órgano jurisdiccional que puede fijar jurisprudencia en cuanto a la doctrina que, de modo reiterado, establezca en la aplicación de las leyes del Estado central, emanadas de las Cortes Generales, cuando resuelve recursos de casación, dada la función nomofiláctica de estos recursos extraordinarios.

Pero no habrá de ser así en los siguientes casos:

a) en la aplicación que pueda hacer sobre leyes emanadas de los Parlamentos autonómicos, en su función de desarrollo de los Derechos civiles propios, pues precisamente el legislador ha querido residenciar la competencia para el recurso de casación, en estos casos, en los Tribunales Superiores de Justicias;

b) en la doctrina sentada sobre interpretación y aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, respecto a la regulación que esta hace del recurso de casación puesto que, siendo las Salas de lo Civil de esos Tribunales Superiores también tribunales de casación, pueden interpretar las normas reguladoras del acceso a dicho recurso con plenitud de jurisdicción y con criterio propio. Esto ha sucedido en este Tribunal de Aragón, que en repetidos Autos se ha apartado del criterio de la Sala Primera del Tribunal Supremo en cuanto a la consideración del carácter distinto y excluyente de los tres ordinales del artículo 477.2 y a la existencia del interés casacional para recurrir, respecto a su operatividad cuando el proceso se determina por razón de la cuantía.

Por lo demás, la jurisprudencia tiene una función de complemento del ordenamiento jurídico, según expresa el arto 1.6 del Código Civil, pero no es fuente del Derecho ni tiene ese efecto vinculante que se predica. Es por esto que la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón puede, y debe, interpretar la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a la deter-

minación de las sentencias que son susceptibles de ser recurridas en casación ante él, y para ello puede considerar el alcance del término jurídico «segunda instancia» de modo distinto de cómo lo configura el Tribunal Supremo.

**Cuarto:** El escrito inicial del procedimiento es de solicitud de formación de inventario, como primer trámite para la liquidación del régimen económico del matrimonio, dirigido inicialmente al inventario de masas comunes y privativas para, posteriormente, llegar a la liquidación del patrimonio común con la determinación de responsabilidad provisional y definitiva de unas y otras masas.

Se quiere destacar este primer aspecto de la cuestión porque, para rechazar el acceso a casación de estas resoluciones, se vincula la naturaleza incidental del proceso de formación de inventario al hecho de ir encaminado a la liquidación del régimen por el procedimiento señalado en los artículos 806 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil que, como dispone el segundo párrafo del número 5 del artículo 787, por remisión del artículo 810.5 de la misma, termina por sentencia sin eficacia de cosa juzgada. Pero, solicitada la formación de inventario y, tras oposición del demandado y tramitación del juicio verbal, formado el inventario en la sentencia que ponga fin al procedimiento (último párrafo del art. 809 LEC), tendrá la virtualidad de, por ejemplo, servir para la liquidación extrajudicial del patrimonio común al margen del trámite del procedimiento judicial. De ello se desprende, entre otras razones que se expondrán, que el proceso de formación de inventario que finaliza con la sentencia prevista en el indicado artículo 809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tiene una sustantividad propia y diferente de la del propio procedimiento de liquidación en el que se encuadra, el de los artículos 806 a 811, dentro de los cuales este último precepto, relativo a la liquidación del régimen de participación, tampoco puede ser considerado de la misma naturaleza que el de liquidación de los regímenes de comunidad.

Precisamente se advierte una clara diferencia entre lo dispuesto por el legislador para la sentencia recaída en el procedimiento que pone fin a la formación de inventario (artículo 809) y la que pone fin al de liquidación (art. 787.5), ya que de la primera nada se dice respecto al efecto de cosa juzgada en tanto que sobre la segunda expresamente se dispone que carece de tal efecto. Dice el último párrafo del artículo 809 que «*la sentencia resolverá sobre todas las cuestiones suscitadas, aprobando el inventario de la comunidad matrimonial y dispondrá sobre la administración y disposición de los bienes comunes*», de lo que debe deducirse, a nuestro juicio, que pone fin al procedimiento y produce efecto de cosa juzgada tras, en su caso, los recursos correspondientes.

Entre otros argumentos que luego se expondrán, si esta sentencia que prevé la posibilidad de atribuir facultades de disposición y administración, no produce efecto de cosa juzgada, en el caso de autorizar a uno de los cónyuges a disponer de determinados bienes –dando por sentada su naturaleza privativa o común– difícilmente cabe imaginar que el autorizado llevará a cabo tales actos si los mismos deben entenderse condicionados a que, después de la sentencia relativa al inventario, transcurra el procedimiento de liquidación, termine el mismo y también el posterior declarativo con todos sus recursos, pues sólo en ese momento podría afirmarse, si se sigue el criterio del Auto, que el discutido bien tiene una u otra naturaleza. Lo mismo habrá que concluir respecto a los actos de administración sobre bienes discutidos. La conclusión es que resultarán vacías de contenido las facultades de disposición y administración de bienes otorgadas en la sentencia que pone fin al procedimiento de formación de inventario.

**Quinto:** Argumentan las resoluciones del Tribunal Supremo que sirven de fundamento al Auto objeto de discrepancia que en los supuestos enjuiciados no se cumple el requisito del artículo 477.2 LEC para el acceso al recurso de casación pues no se puede atribuir a tales sentencias la condi-

ción de «*sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales porque la LEC 2000 distingue entre “apelación” y “segunda instancia”, configurando esta última como aquella en la que se conoce de los procedimientos que han puesto fin a la primera instancia, lo que no ocurre en el presente caso en el que nos hallamos ante un incidente tramitado por el cauce del juicio verbal en el seno de un proceso sobre liquidación del régimen económico matrimonial*» (Auto de 7 de noviembre de 2006, recurso 1497/2003, con cita de otros).

No resulta convincente para todos los supuestos esa distinción que las resoluciones de referencia aprecian en la LEC 2000 entre apelación y segunda instancia para derivar de la misma la existencia de sentencias que en apelación ponen fin a la segunda instancia, de aquellas otras en que no sería así.

El artículo 477.2 LEC considera recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales en los tres supuestos que señala (tutela de derechos fundamentales, cuantía determinada e interés casacional). El artículo 466 LEC, cuyo título es el de recursos contra la sentencia de segunda instancia, dice: «*Contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas optar por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación*». Debe partirse, pues, de la que la ley no distingue entre unos procesos y otros sino que expresamente se refiere a las sentencias dictadas en cualquier tipo de proceso civil, y el recurso de apelación sería el medio por el que se accede a la segunda instancia después de la sentencia recaída en primera instancia en aquellos procedimientos que permitan este recurso. Así configurado, el recurso de apelación es el medio procesal por el que la ley permite el acceso a la segunda instancia, pero no algo diferente a ella sino situado en plano distinto.

Dentro de este mismo Capítulo III del Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dedicado a los recursos, seña-

la el artículo 455 que «las sentencias dictadas en toda clase de juicio, *los autos definitivos y aquellos otros que la ley expresamente señale, serán apelables*». Luego el recurso de apelación permite en los casos indicados el acceso a la segunda instancia como medio de poner fin a ella, salvo las excepciones que expresamente señale la ley. El artículo 809 prevé que «*la sentencia resolverá sobre todas las cuestiones suscitadas*», y no indica que la misma esté excluida del recurso de apelación ni que no produzca el efecto de cosa juzgada, a diferencia de lo dispuesto en el artículo 787.5 LEC para el procedimiento de liquidación. Y las sentencias recaídas en el juicio verbal, conforme a lo dispuesto en el artículo 447 LEC, producen el efecto de cosa juzgada salvo los casos expresamente previstos, que son los de los apartados 2, 3 y 4 del precepto, entre los que no se encuentra el de la sentencia que pone fin al procedimiento del artículo 809.

De la interpretación literal y sistemática de los citados preceptos se desprende que las sentencias recaídas en juicio verbal son susceptibles de recurso de apelación, como medio de acceso a la segunda instancia, salvo en los casos expresamente excluidos, entre los que no se encuentra la sentencia que pone fin al procedimiento del artículo 809, y que son recurribles en casación las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil, entre los que no se encuentra excluido el del artículo 809, si se da alguno de los presupuestos de recurribilidad del artículo 477.2 LEC.

Se argumenta que la sentencia del recurso de apelación tras la sentencia recaída en el juicio verbal del artículo 809 no pone fin a una verdadera segunda instancia, que quedaría reservada para la sentencia que pusiera fin al procedimiento del que dimana, pero tal interpretación no se deduce de los anteriores preceptos, sino que se acude a la naturaleza incidental del procedimiento de formación de inventario que, a nuestro juicio, tiene un carácter instrumental en la medida en que es medio y sirve para la posterior liquidación del patrimonio común, pero no incidental en términos de

subordinación, dada la sustantividad propia de la formación de inventario.

El criterio de la naturaleza incidental de un procedimiento, en cuanto subordinado a otro que sería principal, no resulta tan fiable para deducir de él la recurribilidad o no en casación. Para los procedimientos de modificación de medidas de los procedimientos de separación y divorcio así resultaba en la formulación de la LEC 2000 en cuanto venía concebida y regulada como una cuestión incidental, a resolver por Auto, según establece el artículo 771.4, aplicable por remisión expresa del artículo 775.2 en la regulación anterior a la modificación operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio. Así se recoge en el Auto del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2.009, recurso 573/2005, en el que se dice, en relación con la regulación de la LEC 2000 que «*el legislador con mayor o menor acierto, pero en todo caso expresamente, ha configurado la modificación de medidas definitivas, por variación de las circunstancias y a solicitud de uno de los cónyuges, como "cuestión incidental" a resolver por Auto y, por ende, excluida del acceso a casación*», recordando que bajo la vigencia de la LEC de 1881 ni siquiera las sentencias que resolvían sobre la nulidad matrimonial, el divorcio o la separación, eran susceptibles de recurso de casación, «*por lo que no puede tampoco sorprender que en el nuevo régimen de la LEC 2000 no quepa el acceso a casación de las resoluciones relativas a medidas provisionales o definitivas, siendo irrelevante la forma de la resolución recaída, Auto o Sentencia, pues lo que determina la irrecurribilidad son las razones a las que se ha venido haciendo consideración, plasmadas ya en numerosos Autos dictados por esta Sala*».

Pero ya en el Auto de 5 de diciembre de 2006, recurso 2.578/2003, se había anunciado para los procedimientos de modificación de medidas acordadas en juicios de separación o divorcio que el criterio « *cambiará para los procedimientos que se tramiten a partir de la entrada en vigor de la reforma operada en la LEC 2000 por la Ley 15/2005, de 8 de julio*», debido a que con la nueva regulación el artículo 775 remite para estos procedimientos de modificación de medidas

definitivas a la tramitación del artículo 770, para los procedimientos de separación y divorcio, a finalizar mediante sentencia recurrible en casación. Y, efectivamente, para un supuesto de modificación de medidas en relación con el régimen de visitas tramitado tras la modificación operada por la Ley 15/2005, el Auto de 13 de enero de 2009, recurso 457/2008, determina la consecuencia de su acceso a la casación «*circunscrito al ordinal tercero del artículo 477.2 de la LEC 2000, habida cuenta del carácter distinto y excluyente de los tres ordinales del artículo 477.2, lo que requiere acreditar en fase de preparación la existencia de interés casacional*», lo que determinó la estimación del recurso de queja contra el Auto de denegación de la preparación del recurso de casación.

Por lo tanto no resultaba tan seguro el criterio de la incidentalidad sino que se admite que, no habiendo modificación de la naturaleza de la cuestión, que sigue siendo la misma, la remisión a un procedimiento que termina por sentencia en vez de por auto, determina su acceso a la casación. La naturaleza y trascendencia de las medidas definitivas no ha cambiado, lo ha hecho simplemente la remisión a un procedimiento que termina por sentencia, pero siguen siendo medidas derivadas de un proceso de separación o divorcio, salvo que el legislador ha considerado que tienen la sustantividad propia e importancia suficiente para merecer que sean fijadas en sentencia, susceptible de recurso de casación.

Referida la discusión a los procedimientos de liquidación del régimen económico del matrimonio también suscita dudas la regulación en el artículo 811 LEC del régimen de participación. Naturalmente no existe en él un patrimonio común y la discusión no se refiere a tal aspecto pero, tras la estimación del patrimonio inicial y final de cada cónyuge, la tramitación es similar a la del artículo 810 con su remisión a los artículos 784 y siguientes, pero la sentencia que recaiga, conforme a la dicción del último párrafo del artículo 810, resolverá sobre todas las cuestiones suscitadas, tras la tramitación del juicio verbal, sin declara-

ción de que no producirá efecto de cosa juzgada, por lo que puede entenderse que finaliza un proceso que tiene una autonomía propia y que no precisa de un declarativo posterior que nada añadiría a lo ya resuelto.

Desde esta perspectiva puede afirmarse la sustantividad propia de un procedimiento como el seguido en el artículo 809 en el que se da la plenitud de cognición por parte del juzgador, sin limitación de medios de prueba, por lo que la sentencia que pone fin al mismo resolviendo «*sobre todas las cuestiones suscitadas*» no resultará mejorada en este punto por la que se dicte en el procedimiento declarativo tras el fracaso del procedimiento de liquidación. Los principales problemas y debates jurídicos dentro de un proceso de liquidación se producen habitualmente en la formación de inventario, siendo más mecánicas las operaciones de división y adjudicación, de donde deriva la sustantividad e interés de su formación en un procedimiento independiente, no meramente subordinado aunque, evidentemente, dirigido a la posterior división y adjudicación.

**Sexto:** La ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, pretendió expresamente facilitar el acceso al recurso de casación para lo que redujo la cuantía de acceso a la cantidad de 3.000 euros y permitió también la invocación del interés casacional aunque la determinación del procedimiento se hiciera por razón de la cuantía, con la finalidad declarada de permitir el acceso de más asuntos a la casación y que así pudiera este Tribunal Superior de Justicia de Aragón crear la jurisprudencia que complementa el ordenamiento civil aragonés, como así ha ocurrido en materias de interés en el ámbito de nuestro derecho (relaciones de vecindad, luces y vistas, servidumbres), que de otra forma no hubieran tenido desarrollo y fijación jurisprudencial. Ante tan expresa incentiación por parte del legislador aragonés no se ve razón para limitar el acceso a casación en este caso cuando la interpretación que propugnamos resulta plenamente respetuosa con los términos de la LEC.

Como hemos señalado, donde se producen los más importantes debates en estos procedimientos de liquidación del régimen económico matrimonial, tanto por el contenido económico de lo discutido como por sus aspectos jurídicos, es en la formación de inventario por lo que, a pesar de la sentencia que pueda recaer en dicho proceso, las partes habrán de esperar a que, tras la misma y el posible recurso, finalice el procedimiento de liquidación y división y se promueva un nuevo declarativo para volver a discutir, en cuanto al inventario, las mismas cuestiones con los mismos medios de prueba. El resultado es una inútil y costosa peregrinación judicial que abocará a las partes a no terminarla o a prescindir del procedimiento de liquidación y división para acudir directamente al declarativo, despreciando así un procedimiento específicamente establecido con esa finalidad.

Estas últimas razones a favor de la admisión de estos recursos carecerían de cualquier virtualidad si las objeciones procesales estudiadas fueran indiscutibles pero, por el contrario, entendemos que la interpretación de los preceptos pertinentes de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite afirmar la posibilidad de acceso a casación de las sentencias recaídas en los procesos de formación de inventario.

Por todo lo anterior, no concurre ninguna de las causas de inadmisión del artículo 483.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en consecuencia, alegada infracción de normas de Derecho civil aragonés contenidas en la indicada ley aragonesa y cumplidos los demás requisitos procesales, procede su admisión.

Por lo expuesto, siendo competente esta Sala y dado que el escrito de interposición del recurso reúne los requisitos del artículo 481 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la cuantía del recurso permite su acceso a casación, procede acordar la admisión del recurso de casación interpuesto, con los efectos a ello inherentes previstos en el artículo 485 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, *en la interpretación discrepante que hemos argumentado,*

Proponemos la siguiente parte dispositiva:

**LA SALA ACUERDA:**

Se declara la competencia de esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón para el conocimiento del presente recurso de casación por razón de la cuantía y se admite a trámite.

Dése traslado del escrito de interposición a la parte recurrida para que en el plazo de veinte días puedan formalizar escrito de oposición, si lo estimare pertinente.

Voto particular que firmamos en Zaragoza a veinte de abril de dos mil diez.

**NÚM. 5**

*S. TSJA de 12 de mayo de 2010*

**64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: DEBER DE CRIANZA Y EDUCACIÓN: Gastos de los hijos mayores o emancipados: Como regla general, el advenimiento de la mayoría de edad de los hijos conlleva en principio y con carácter general, el cese de la obligación derivada de la autoridad familiar de continuar con su crianza y educación. Con todo la LDP establece en su art. 66 una excepción: seguirá la obligación de los padres de costear los gastos de crianza y educación aun cuando el hijo sea mayor de edad siempre y cuando el hijo 1) no haya completado su formación profesional y , además, 2) no tenga recursos propios para sufragar el mismo tales gastos. El mantenimiento de esta obligación de los padres tiene carácter excepcional, como se deduce de la norma, ya que la carga sobre los padres sólo se mantendrá si es razonable exigir su cumplimiento y sólo el tiempo normalmente requerido para que la formación se complete. 0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITO-**



**RIO. OTRAS MATERIAS: DERECHO PROCESAL:** *Estima el magistrado disidente que este asunto no es objeto de recurso de casación sino de infracción procesal puesto que la solución del caso depende de la valoración de la prueba: si el hijo tiene o no recursos suficientes para cubrir sus gastos de sustento, habitación y vestido, habiendo dos valoraciones distintas: la del Juzgado, que consideró que sí, y extinguió la obligación del padre; y la de la AP, que consideró que no es suficiente, y por ello revocó el fallo en la Instancia y mantuvo la obligación de crianza del padre. En el recuso de casación debe estarse a los hechos que se estimaron probados en la sentencia impugnada, esto es, no cabe apreciar infracción de normas sustantivas desde una valoración probatoria diferente a la efectuada por la AP, por ello no se debe variar este hecho y en consecuencia se debe desestimar el recurso de casación.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** arts. 55, (ahora 58 CDF), 66 LDP (ahora 69 CDF); arts. 93, 142, 143, 152.3 Cc.

**PONENTE:** *Ilmo. señor don Luis Ignacio Pastor Eixarch.*

**VOTO PARTICULAR:** *Ilmo. señor don Luis Fernández Álvarez.*

*Zaragoza a doce de mayo de dos mil diez.*

*En nombre de S. M. el Rey.*

*La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 1/2010, interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha de 17 de noviembre de 2009, recaída en el rollo de apelación número 446/2009, dimanante de autos de modificación de medidas número 1312/2008, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número Seis de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, don Manuel M. B., representado por la Procuradora de los Tribunales doña María Pilar Amador Guallar y dirigido por el Letrado don Damián Prieto Crespo, y como recurrida doña Rosalía G. G., representada por la Procuradora de los Tribunales doña María Julia*

*Bordetas Aguado y dirigida por la Letrada doña Mercedes López Gallego.*

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero:** La Procuradora de los Tribunales doña María Pilar Amador Guallar, actuando en nombre y representación de don Manuel M. B., presentó demanda de modificación de medidas en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de Derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando se dicte sentencia por la que se acuerde «la modificación de medidas acordadas en la sentencia de divorcio núm. 851/2003, de fecha 19 de diciembre de 2003, autos de divorcio con consentimiento núm. 925/2003-B, declarando extinguida la pensión de alimentos a favor del hijo común don Francisco Manuel M. G., con efectos desde la presentación de la demanda.»

**Segundo:** Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la demandada, quien compareció en tiempo y forma y contestó a la misma, y tras la celebración de vista pública, el Juzgado de Primera Instancia, núm. 6 de Zaragoza dictó sentencia en fecha 15 de abril de 2009, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Que estimo en la forma indicada la demanda interpuesta por Manuel M. B. contra Rosalía G. G. y decreto la modificación de medidas definitivas solicitada acordando, con efectos de la fecha de esta sentencia, la extinción de la obligación de abono por el demandante de pensión de alimentos para el hijo Francisco Manuel M. G. Todo ello sin hacer una especial condena en las costas procesales.»

**Tercero:** Interpuesto por la parte demandada, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Zaragoza, se dio traslado del mismo a la parte contraria, quien presentó escrito de oposición al recurso, y elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, esta dictó sentencia de fecha de 17 de noviembre de 2009, cuya parte dispositiva dice así: «FALLAMOS. Que estimando en parte el recurso de apelación

interpuesto por doña Rosalía G. G. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, núm. 6 de Zaragoza el 15 de abril de 2009, debemos revocar y revocamos parcialmente la misma en el único sentido de mantener la pensión alimenticia del hijo Francisco Manuel durante dos años desde el dictado de la presente resolución, transcurridos los cuales cesará la obligación de abono del padre, y, todo ello, sin hacer declaración de las costas causadas en esta alzada.»

**Cuarto:** La Procuradora de los Tribunales doña María Pilar Amador Guallar, actuando en nombre y representación de don Manuel M. B., presentó, en tiempo y forma, escrito preparando recurso de casación por interés casacional contra la anterior sentencia, y una vez que la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza lo tuvo por preparado, formuló el oportuno escrito de interposición, que basó en infracción del artículo 66.1 de la Ley Aragonesa 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona y del artículo 152.3 de Código Civil.

**Quinto:** Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se dictó en fecha 1 de marzo de 2010 auto por el que se admitía el recurso a trámite, confiriéndose traslado del escrito de interposición a la parte contraria por plazo de veinte días, quien formuló oposición, y por providencia de fecha 8 de abril de 2010 se señaló para votación y fallo el día 22 del mismo mes y año.

Habiendo sido designado Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don Luis Fernández Álvarez, como consecuencia de discrepancia en la votación asume la ponencia el Ilmo. Sr. Magistrado don Luis Ignacio Pastor Eixarch, quien expresa el parecer mayoritario de la Sala, formulando voto particular el Ilmo. Sr. don Luis Fernández Álvarez.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** Para la adecuada comprensión de la materia litigiosa es útil consignar,

con carácter previo, los siguientes extremos que resultan de las actuaciones:

— Don Manuel M. B. y doña Rosalía G. G. contrajeron el 5 de mayo de 1979 matrimonio canónico, de cuya unión tuvieron dos hijos, María Nieves y Francisco Manuel, nacidos, respectivamente, el 17 de noviembre de 1981 y el 14 de marzo de 1986.

— El Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de Zaragoza dictó en fecha 12 de junio de 2000 sentencia de separación de los cónyuges, aprobando el Convenio suscrito por ellos el 3 de mayo de 2000.

— Por sentencia de 19 de diciembre de 2003, dictada por dicho Juzgado en autos de divorcio solicitado por don Manuel M. B. con el consentimiento de su esposa, se acordó la disolución del matrimonio, aprobando el nuevo Convenio regulador suscrito en fecha 5 de junio de 2003, cuya estipulación segunda dice así:

«El padre abonará a la madre en concepto de pensión de alimentos a favor de sus hijos la cantidad de 223,23 euros mensuales por cada uno de ellos, es decir, en total 446,46 euros mensuales. Esta cantidad será ingresada por don Manuel M. B. en la cuenta que designe doña Rosalía G. G. a tal efecto, dentro de los primeros cinco días de cada mes, por mensualidades anticipadas, y se verá incrementada anualmente, tal y como se viene actualizando, de acuerdo con el índice de Precios al Consumo que publica el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que lo pudiera sustituir.

Los gastos extraordinarios de carácter médico, incluidos los quirúrgicos, de los hijos del matrimonio serán abonados por partes iguales por los progenitores. En cualquier otro gasto de carácter extraordinario que pueda surgir, los comparecientes acordarán de mutuo acuerdo la forma de abono, acudiendo al Juzgado de Familia que corresponda en caso de desacuerdo.

Los gastos que se generen en concepto de matrículas y libros por los estudios universitarios que pudieran cursar los hijos del

matrimonio también serán abonados por mitades por los padres.

Tanto los gastos extraordinarios de carácter médico, incluidos los quirúrgicos, como los gastos en concepto de matrículas y libros a los que se alude en esta estipulación, deberán ser justificados documentalmente para su abono.

(...)

La pensión de alimentos a favor de los hijos y la obligación de abono de los gastos extraordinarios, de matrículas y libros, fijadas en esta estipulación, se extinguirán cuando los hijos se independicen de su madre o realicen cualquier trabajo remunerado que les permita mantenerse por sí mismos».

— La pensión de alimentos a favor de la hija común, doña María Nieves M. G., quedó extinguida mediante sentencia de fecha 15 de marzo de 2005, dictada en el proceso de modificación de medidas núm. 1623/04-B de los seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de esta Ciudad, al haberse acreditado que había dejado los estudios y que trabajaba por cuenta ajena, obteniendo ingresos que le permitían mantenerse por sí misma.

— En fecha de 30 de octubre de 2008, don Manuel M. B. presentó ante dicho Juzgado demanda de modificación de medidas definitivas de divorcio, en la que pide se declare extinguida la pensión de alimentos a favor del hijo común, don Francisco Manuel M. G., a la sazón de 22 años de edad, alegando que había abandonado los estudios y se había insertado en el mercado laboral, obteniendo una remuneración que le permitía atender a sus necesidades.

**Segundo:** La sentencia que resolvió la demanda de modificación de medidas, dictada el día 15 de abril de 2009 por el Juzgado de Primera Instancia, tras exponer las diversas circunstancias que debían ponderarse para concluir si el hijo don Francisco Manuel dependía económicamente de sus padres, y valorar pormenorizadamente la prueba obrante al respecto, concluyó que

era hecho acreditado que había alcanzado una inserción definitiva en el mercado de trabajo, percibiendo remuneraciones superiores a la pensión alimenticia que venía abonando su padre y, además, que podía contribuir en parte al sostenimiento del hogar familiar, en el que convive con su madre y hermana, ambas insertadas en el mercado laboral. En consecuencia, valorando como hecho definitivo la incorporación y capacitación de don Francisco Manuel para el mercado laboral, acordó la extinción de la pensión que le abonaba el padre, don Manuel.

Apelada la anterior resolución por la representación procesal de la madre, doña Rosalía, la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2ª, dictó sentencia el día 17 de noviembre de 2009 que revocaba parcialmente la del Juzgado, con base principal en entender que, si bien concurría la inserción laboral del hijo del matrimonio, con abandono de su formación académica, sin embargo no cabía, dados sus ingresos acreditados, suprimir de plano la pensión alimenticia. Por lo que, en lugar de la extinción de la pensión acordada por la resolución de primera instancia, acordó el mantenimiento de la pensión durante dos años desde el dictado de la sentencia.

Presentado recurso de casación contra la anterior sentencia dictada por la Audiencia Provincial, es primer motivo de impugnación la infracción, por no aplicación, del artículo 66 de la Ley de Aragón 13/2006, de 23 de diciembre, de Derecho de la Persona, ya que entiende el recurrente que, conforme a tal norma, el deber de los padres de sufragar los gastos de crianza y educación de los hijos mayores de edad únicamente se debe mantener cuando el hijo cumpla simultáneamente el no haber completado su formación profesional y el no tener recursos propios para sufragar los gastos de crianza y educación.

El segundo motivo del recurso de casación se basa en la infracción del artículo 152 apartado 3 del Código Civil, ya que, según argumentación del recurrente, se dan los motivos previstos en tal norma

para cesar la obligación de alimentos que fijó la sentencia, puesto que el alimentista puede ejercer oficio, profesión o industria y no le es necesaria la pensión para su subsistencia.

Por tanto, ambos motivos de casación encuentran su fundamento en distinta norma, y también es diferente el título originario de cobro de la pensión en cada caso, pues el artículo 66 de la Ley 13/2006 regula la prolongación de la obligación derivada de la autoridad familiar que relaciona a padres con hijos menores, mientras que el artículo 152.3 del Código Civil, por referencia con los artículos 142 y 143, se refiere a un deber más amplio, generado por el mero vínculo familiar.

Tales diferencias entre uno y otro motivo de casación no obstan, sin embargo, a considerar que es mejor su tratamiento conjunto en esta resolución, dada la indudable vinculación que se da en los autos entre uno y otro fundamento de la impugnación, y por la común naturaleza que comparten, ya que los mismos cuerpos legales citados los relacionan, pues el artículo 93 del Código Civil se refiere a la obligación de alimentos del artículo 142 como vinculada a la situación de crisis matrimonial y su derivada de prestación de alimentos de padres e hijos, mientras que el artículo 55 de la Ley 13/2006 ordena que la asistencia entre padres e hijos, comprensiva de la obligación de prestar alimentos, se mantiene durante toda la vida. Y también la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (así, por ejemplo, sentencias de 3 de octubre de 2008 y 24 del mismo mes y año) se ha pronunciado afirmativamente sobre la indudable vinculación de las obligaciones de alimentos derivadas de la relación paterno filial con la más general propia de la relación familiar más extensa.

**Tercero:** Por lo que respecta a la Ley de Aragón 13/2006, establece en su artículo primero la mayoría de edad en los 18 años, y declara de modo expreso que el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por la ley. Mayoría de

edad que conlleva, en los términos que emplea la misma Ley al tratar de la emancipación en el artículo 30 que, a partir de los 18 años, la persona rige su persona y bienes, aunque existan casos especiales en que se excepciona a tal norma general.

Tales casos especiales pueden venir dados por varias causas, de las que la propia Ley 13/2006 regula dos de modo específico: las derivadas de la declaración de incapacidad de la persona prevista en los artículos 31 y 42, y que darán lugar a la exclusión o limitación del reconocimiento de plena capacidad que atribuye la mayoría de edad; y las causas que ahora interesan, derivadas de la necesidad de que el descendiente continúe su formación no culminada, aunque haya alcanzado la mayoría de edad y sea ya plenamente responsable de sus actos y único habilitado para ejercer sus derechos y asumir sus obligaciones.

Más en concreto, y en lo referente a la normativa específica para la consecución de la adecuada formación, mientras se es menor de edad, el artículo 62 ordena, dentro del contenido propio de la autoridad familiar, que quienes la ejercen tienen atribuida la crianza y educación de los hijos y comprende, entre sus derechos y deberes, el previsto en el artículo 62.c) de «Educarlos y procurarles una formación integral...».

Esta obligación, al igual que los demás derechos y deberes que integran la autoridad familiar terminará, con carácter general, cuando la propia autoridad familiar se extinga, esto es, cuando el hijo sea emancipado o alcance la mayoría de edad.

Por tanto, en conclusión conforme a la normativa básica y general recogida en la Ley 13/2006, el advenimiento de la mayoría de edad conlleva, en principio y con carácter general, el cese de la obligación derivada de la autoridad familiar de continuar con su crianza y educación.

**Cuarto:** Ahora bien, como ya se adelantó, al lado de la terminación de la obligación de crianza y educación por alcanzarse la mayoría de edad, la repetida Ley 13/2006

establece sin embargo una importante excepción en su artículo 66, en el caso de que sean los padres los titulares de la autoridad familiar. Literalmente, tal norma prevé «1. Si al llegar a la mayoría de edad o emancipación el hijo no hubiera completado su formación profesional y no tuviera recursos propios para sufragar los gastos de crianza y educación, se mantendrá el deber de los padres de costearlos, pero sólo en la medida en la que sea razonable exigirles aún su cumplimiento y por el tiempo normalmente requerido para que aquella formación se complete. 2. el deber al que se refiere el apartado anterior, se extinguirá al cumplir el hijo los veintiséis años, a no ser que, convencional o judicialmente, se hubiera fijado una edad distinta, sin perjuicio del derecho del hijo a reclamar alimentos.»

En consecuencia, conforme a tal precepto, y como ya se trató en sentencia dictada por esta misma Sala el día 2 de septiembre de 2009, para que se mantenga la obligación de los padres de costear los gastos de crianza y educación, aun habiendo alcanzado el descendiente la mayoría de edad, es preciso que el hijo no haya completado su formación profesional y, además, que no tenga recursos propios para sufragar, él mismo, tales gastos. El carácter excepcional de esta previsión, respecto de la general de cese de la obligación parental cuando se alcanza la mayoría de edad lo reafirma la propia norma, cuando de modo expreso prevé que la carga sobre los padres sólo se mantendrá si es razonable exigir su cumplimiento, y sólo por el tiempo normalmente requerido para que la formación se complete. Además de que, salvo acuerdo expreso u orden judicial, en ningún otro caso se extenderá más allá de los 26 años, sin perjuicio del derecho a reclamar alimentos.

La regulación del Código Civil respecto de alimentos entre mayores de edad y no derivada de la prórroga de las obligaciones del mismo Código respecto de la patria potestad que es invocada por el último apartado del artículo 66 de la Ley 13/2006, viene recogida en los artículos 142 a 153. Esta

normativa, lejos de ser más amplia que la del artículo 66 de la Ley 13/2006 es, por contrario, más exigente, pues para la fijación y mantenimiento de la pensión al alimentista requiere que la necesite para lo indispensable, y prevé su cese en cuanto no sea precisa para la subsistencia.

**Quinto:** En el caso de los presentes autos, los hechos declarados probados y ponderados en primera instancia, no contradiados por la sentencia de apelación, y los propios datos fácticos que son recogidos como acreditados en la sentencia de segunda instancia y recurrida ahora, evidencian que el hijo, de 22 años de edad, terminó sus estudios, logrando una inserción definitiva en el mercado laboral, y tienen por probado, asimismo, que la cantidad que percibe por su trabajo le permite tanto su propio sostenimiento como contribuir al del hogar en que convive en compañía de su madre y de su hermana, ambas también empleadas.

Dado que, por tanto, el hijo que alcanzó la mayoría de edad terminó su formación, y accedió con normalidad al mercado laboral, está ausente el requisito de no haber completado la formación profesional previsto en el artículo 66 para continuar la obligación, propia de la autoridad familiar, de pago de crianza y educación que termina normalmente con la mayoría de edad. Además, consideran acreditado que percibe lo suficiente para su sustento, de modo que no se da el motivo razonable exigido por el mismo artículo 66 de la Ley 13/2006 ni los requisitos exigidos por el artículo 142 por relación al artículo 152.3 del Código Civil para que se continúe con el pago de tales gastos por parte de los padres. En consecuencia, debe estarse a la extinción de la obligación de pago de pensión que venía abonando el padre como derivada de la autoridad familiar de que era titular respecto del hijo.

La terminación de la causa que justificaba el mantenimiento de la obligación de pago de pensión durante varios años aun después del cese de la autoridad familiar fue total desde que cesó el motivo de com-

pletar la formación profesional que la legitimaba, y al no resultar del artículo 66 de la Ley 13/2006, ni de la regulación del Código Civil, ni de los hechos considerados probados en la instancia, justificación para mantener la pensión dos años o cualquier otro período, no fue ajustada a las citadas previsiones legales la sentencia recurrida cuando ordenó mantener la pensión por dos anualidades. Por ello, finalmente, estimando el recurso extraordinario interpuesto contra tal resolución, procede su casación, acordando estar, en su lugar, al pronunciamiento que contiene la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia.

**Sexto:** De conformidad con lo previsto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estimando el recurso de casación no procede hacer expresa imposición de las costas causadas, sin que existan motivos que justifique la imposición de las causadas en la segunda instancia.

Por aplicación de lo previsto en la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la redacción dada por Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre, estimando el recurso, procede ordenar en la misma resolución la devolución de la totalidad del depósito constituido por el recurrente, por lo que se acordará en consecuencia.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación.

#### FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Manuel M. B. contra la sentencia dictada el día 17 de noviembre de 2009 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, que casamos y dejamos sin efectos.

En su lugar acordamos que se estará a los pronunciamientos contenidos en la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, núm. Seis, el día 15 de abril de 2009 en procedimiento de Modificación de medidas, núm. 1.312 de 2008.

No se hace expresa imposición de las costas causadas en primera y segunda instancia ni de las producidas por este recurso de casación.

Devuélvase al recurrente el depósito constituido para la presentación del recurso de casación.

Esta sentencia es firme por ministerio de la Ley, y contra ella no cabe recurso jurisdiccional alguno.

Librese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamientos, mandamos y firmamos, anunciando Voto Particular el Magistrado Ilmo. Sr. don Luis Fernández Álvarez.

#### VOTO PARTICULAR

Que formula el Ilmo. Sr. don Luis Fernández Álvarez a la sentencia de esta Sala dictada el doce de mayo del presente año en el rollo de casación, núm. 1/2010, procedente de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de esta Ciudad.

Con absoluto respeto a la decisión de la mayoría y lamentando tener que discrepar de ella, formulo al amparo de lo prevenido en el artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil voto particular, entendiendo que la resolución a adoptar debió de ser la siguiente:

#### SENTENCIA

*En Zaragoza a trece de mayo de dos mil diez.*

*Se aceptan el encabezamiento y los antecedentes de hecho de la sentencia de la mayoría.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** Se admite el de la resolución de la mayoría, añadiendo los siguientes párrafos:

— La expresada demanda dio lugar a los presentes autos, y una vez sustanciado

el procedimiento por sus trámites, recayó sentencia de fecha de 15 de abril de 2009 en la que se declara extinguida la pensión de alimentos a favor de don Francisco Manuel M. G.

— Interpuesto recurso de alzada, por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial se dictó sentencia de fecha de 17 de noviembre de 2009, la cual revoca parcialmente la del Juzgado, acordando mantener la pensión alimenticia del hijo común durante dos años desde la fecha de la sentencia, transcurridos los cuales cesaría la obligación de pago del padre.

**Segundo:** Aduce el recurrente como motivo único de casación que la sentencia ha infringido, por inaplicación, el art. 66.1 de la Ley aragonesa 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona, y el 152.3º del Código Civil.

El mentado artículo 66.1 dice así:

«Si al llegar a la mayoría de edad o emancipación el hijo no hubiera completado su formación profesional y no tuviera recursos propios para sufragar los gastos de crianza y educación, se mantendrá el deber de los padres de costearlos, pero sólo en la medida en la que sea razonable exigirles aún su cumplimiento y por el tiempo normalmente requerido para que aquella formación se complete.»

Por su parte el art. 152.3º del Código Civil dispone que la obligación de dar alimentos cesará «cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado su fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia.»

Por otro lado, en la estipulación segunda del convenio regulador aprobado judicialmente se establece que la pensión de alimentos y la obligación de abono de los gastos extraordinarios «se extinguirán cuando los hijos se independicen de su madre o realicen cualquier trabajo remunerado que les permita mantenerse por sí mismos.»

Pues bien, la cuestión a debate en el proceso de autos radica en dilucidar si los

ingresos del hijo común son suficientes para cubrir sus gastos de sustento, habitación, vestido y asistencia médica, encontrándonos con dos valoraciones probatorias distintas, una la del Juzgado, que tras una apreciación global y conjunta de la prueba practicada, estima que sí los son, y otra la de la Audiencia Provincial, que llega a una conclusión probatoria distinta en razón fundamentalmente a que don Francisco Javier M. G. fue contratado a tiempo parcial y solo tiene garantizado un mínimo de 50 horas al mes, lo que supone unos ingresos netos mensuales de 356,42 euros (véase el folio 142 de los autos), extremo que esta Sala fija haciendo uso de la denominada «integración del *factum*», facultad autorizada por reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 27 de enero de 1998, 30 de abril de 1999, 19 de febrero, 28 de junio y 27 de noviembre de 2000, etc.).

Sentando lo anterior, como aquí nos hallamos ante un recurso de casación por interés casacional *debe estarse a los hechos que se estimaron probados en la sentencia impugnada*, es decir, no cabe apreciar infracción de normas sustantivas desde una valoración probatoria diferencial de la efectuada por la Audiencia Provincial, eludiendo así la base fáctica contenida en la sentencia recurrida.

A este respecto, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1955 señala lo siguiente:

«CONSIDERANDO: Que si bien el único motivo del recurso se fundamenta en el número 1º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusando que el fallo recurrido ha violado por inaplicación el artículo 152, número 3º, del Código Civil, y la doctrina de esta Sala que se expresa en las dos sentencias que cita, es lo cierto que toda su argumentación se dirige a impugnar la cuantía de los alimentos definitivos fijados en la sentencia recurrida, sin tener en cuenta que ello no puede hacerse más que invocando error de hecho o de Derecho por el cauce del número 7º del citado artículo 1692 de la Ley Procesal, y al no ha-

cerlo así, es evidente que no puede prosperar el recurso, pues es facultad del Tribunal «a quo» apreciar, con examen de la prueba practicada, cuál sea la posición económica y social del obligado a prestar alimentos y las necesidades del alimentista, cuestión de hecho que no puede ser sometida a casación más que a través del citado número 7º y en forma que se evidencie la existencia del error en que se haya podido incurrir.

CONSIDERANDO: Que de todas suertes, aunque pudiera entenderse que lo que se niega es la obligación de prestar alimentos a la hija que permanece soltera y vive en compañía de su madre, esposa del recurrente, por tener un modesto empleo, igualmente la apreciación de si sus ingresos son suficientes para atender a sus necesidades con la holgura relativa a la posición social de la familia y medios económicos del obligado a prestar alimentos, conforme a los artículos 142, número 1º, y 146 del Código Civil, es de apreciación del Tribunal de instancia como cuestión de hecho, que no puede ser combatida con base en el número 1º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino en el séptimo, y en todo caso es doctrina de esta Sala, reiteradamente expuesta y entre otras en sentencia de 27 de marzo de 1900, «que no desaparece en absoluto la obligación del que debe prestar alimentos cuando el obligado es alguna de las personas comprendidas en cualquiera de los cuatro números del artículo 143 del Código por sólo el hecho de que el alimentista ejerza un oficio, profesión o industria, si, no obstante por las condiciones de estrechez en que se ve obligado a vivir este y la posición social de aquélla, estima el Tribunal que las necesidades del alimentista pueden y deben ser más desahogadamente satisfechas» según repite la de 31 de diciembre de 1942.»

Pues bien, nuestro más Alto Tribunal viene insistiendo en que la distinción entre recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal no es coincidente con la anterior diferenciación entre recurso de casación por infracción de ley y quebrantamiento de forma, circunscribiéndose la función nomofiláctica del ac-

tual recurso de casación a las cuestiones sustantivas, lo que determina un desplazamiento de los temas de índole adjetiva a la esfera del recurso extraordinario por infracción procesal, a través del cual incumbe controlar las cuestiones procesales, entendidas en un sentido amplio, abarcando también las normas del enjuiciamiento civil que llevan a conformar la base fáctica de la sentencia, de modo que el juicio sobre los hechos resultante de la aplicación de las reglas y principios que rigen la valoración de los diferentes medios de prueba y de esta en su conjunto, se encuadra dentro de la actividad procesal, cuya corrección debe examinarse en el marco del recurso extraordinario por infracción procesal, dejando la casación limitada a una estricta función revisora del juicio jurídico consistente en la determinación del alcance y significado jurídico de los hechos probados (autos del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2001; 22 de enero, 5 de febrero, 8 de octubre y 19 de noviembre de 2002; 25 de marzo, 1 de julio, 16 de septiembre y 21 de octubre de 2003, etc.), y en concreto tiene declarado que el error de hecho o de Derecho en la valoración de la prueba, antes incardinable en el motivo 7º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, debe ahora ser denunciado, en su caso, a través del recurso extraordinario por infracción procesal (véanse los autos del Tribunal Supremo de 22 de enero y 5 de febrero de 2001, 27 de noviembre de 2002, etc.).

En consecuencia, *como la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza estima acreditado que la inserción laboral a tiempo parcial de don Francisco Manuel M. G. es insuficiente para extinguir la pensión alimenticia que le abona el padre, y tal valoración probatoria no ha sido modificada a través de la vía adecuada, el recurso extraordinario por infracción procesal (que en el caso que nos ocupa no cabía –disposición final decimosexta, regla 5ª–), se llega a la conclusión de que la resolución impugnada, en cuanto sigue manteniendo dicha pensión alimenticia, es ajustada a Derecho, pues el expresado juicio jurídico es correcto a tenor de la apreciación*



probatoria efectuada por el Tribunal de instancia. Lo contrario supondría incurrir en el defecto casacional de «hacer supuesto de la cuestión».

Que nos hallamos ante un problema de valoración probatoria lo reconoce el propio recurrente, el cual, cuando en su día se opuso a la apelación formulada por doña Rosalía G. G., manifestó que «lo que se pretende de contrario es sustituir la apreciación objetiva e imparcial del Juzgador *a quo* por su propia apreciación, que, lógicamente, es parcial, subjetiva y sesgada».

Ciertamente, lo procedente hubiese sido reducir el importe a entregar por el padre, en concordancia con la situación actual del hijo, pero como el Sr. M. B. no solicitó ni en la instancia ni en el presente recurso que se redujese la cuantía de la pensión alimenticia a su cargo fijada en el convenio regulador, nada cabe modificar ahora.

**Tercero:** Las costas del presente recurso serán abonadas por la parte recurrente, de conformidad con lo prevenido en el artículo 398.1, en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Debería, en consecuencia, dictarse el siguiente

#### FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso de casación núm. 1/2010, interpuesto por la Procuradora doña María Pilar Amador Guayar, en nombre y representación de don Manuel M. B., contra la sentencia dictada en apelación por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza en fecha de 17 de noviembre de 2009, con imposición de las costas del mismo a la parte recurrente.

Dése el destino legal al depósito constituido.

Contra esta sentencia no cabe recurso jurisdiccional alguno.

Devuélvanse las actuaciones a la referida Sección de la Audiencia Provincial, jun-

tamente con testimonio de esta resolución, debiendo acusar recibo.

Voto particular que firmo en Zaragoza en la fecha arriba indicada.

#### NÚM. 6

*S. TSJA de 23 de noviembre de 2010*

**83: LUCES Y VISTAS: SIGNOS APARENTES:** *Sólo son signos aparentes de servidumbre de luces y vistas los voladizos, en pared propia o medianera que recaigan sobre fundo ajeno; no lo son ni la falta de voladizos, ni desde luego lo es el hecho de que el vecino del fundo vecino cuando construye deje un pequeño patio de luces y no tape las ventanas, este hecho debe enmarcarse en un acto de mera tolerancia.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** *arts. 1.2, 144.3, 145, 147 Comp. aragonesa; art. 582 Cc.*

**PONENTE:** *Ilmo. señor don Luis Fernández Álvarez.*

*En Zaragoza a veintitrés de septiembre de dos mil diez.*

*En nombre de S. M. el Rey.*

*La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación núm. 12/2010, interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca, en fecha 8 de marzo de 2010, recaída en el rollo de apelación núm. 158/2009, dimanante de autos de juicio ordinario núm. 405/2007, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Jaca, en el que son partes, como recurrente la Comunidad de Propietarios del edificio de la A O, núm. 20, de Jaca, representada por el Procurador de los Tribunales don Isaac Giménez Navarro y dirigida por el Letrado don Julio Rojas Bejarano, y como recurrida la Comunidad de Propietarios del edificio de la A O, núm. 18, de Jaca, representada por el Procurador de los Tribunales don José Andrés Isiegas*

*Gemer y dirigida por el Letrado don Juan José Brun Aragüés.*

*Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don Luis Fernández Álvarez.*

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero:** El Procurador de los Tribunales don C Arcas A, actuando en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios del edificio sito en la A O, núm. 18, de Jaca, presentó demanda de juicio ordinario en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de Derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando se dicte sentencia por la que: «A) Se declare que no existe servidumbre de luces y vistas sobre el patio de luces situado en la parte izquierda del centro del edificio que arranca de la cubierta del altillo de la planta baja, ni sobre ninguna otra parte del edificio de la Comunidad de Propietarios del edificio de la A O, núm. 18, de Jaca, de la que sea predio dominante el edificio de la Comunidad de Propietarios del edificio de la A O, núm. 20, de Jaca, en lo que se refiere a las ventanas de este último edificio que dan a dicho patio, sitas en el lado Este del mismo, y que mi representada puede por tanto edificar en dicho patio sin sujetarse a distancia alguna de dichas ventanas por tal motivo. B) Se condene a la demandada a estar y pasar por la anterior declaración. C) Se condene a la demandada al pago de las costas causadas en este procedimiento».

**Segundo:** Admitida a trámite la demanda, se dio traslado a la parte demandada, quien compareció en tiempo y forma y contestó a la misma, y tras la sustanciación del proceso, el Juzgado de Primera Instancia, núm. 1 de Jaca dictó sentencia en fecha de 10 de marzo de 2009, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la representación procesal de la Comunidad de Propietarios del edificio de la A O, núm. 18 de Jaca contra Comunidad de Propietarios del edificio de la A O, núm. 20 de Jaca, debo declarar y declaro que no existe servidumbre de luces y vistas sobre el patio de luces situado en la

parte izquierda del centro del edificio que arranca de la cubierta del altillo de la planta baja, ni sobre ninguna otra parte del edificio de la Comunidad de Propietarios del edificio de la A O, núm. 18 de Jaca, de la que sea predio dominante el edificio de la A O, núm. 20 de Jaca, en lo que se refiere a las ventanas de este último edificio que dan a dicho patio, sitas en el lado Este del mismo, condenando a la parte demandada a estar a dicha declaración; no procede declarar que la actora puede edificar en dicho patio sin sujetarse a distancia alguna de dichas ventanas por tal motivo. No se hace expresa imposición de costas procesales».

**Tercero:** Interpuesto por la parte demandante, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la citada sentencia, se dio traslado del mismo a la parte contraria, quien se opuso al recurso e impugnó asimismo la sentencia, y elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Huesca, ante la que comparecieron las partes en tiempo y forma, y tras los trámites legales se dictó sentencia en fecha 8 de marzo de 2010, cuya parte dispositiva dice así: «FALLO: Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de Comunidad de Propietarios A O, núm. 18 de Jaca y revocamos parcialmente la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Jaca, y en su lugar estimamos íntegramente la demanda y declaramos: 1. Que no existe servidumbre de luces y vistas sobre el patio de luces situado en la parte izquierda del centro del edificio que arranca de la cubierta del altillo de la planta baja, ni sobre ninguna otra parte del edificio de la Comunidad de Propietarios de la A O, núm. 18 de Jaca de la que sea predio dominante el edificio de la A O, núm. 20 de Jaca, en lo que se refiere a las ventanas de este último edificio que dan a dicho patio sitas en el lado Este del mismo. 2. Declaramos que la actora, Comunidad de Propietarios A O, núm. 18 de Jaca, puede edificar en dicho patio sin sujetarse a distancia alguna de dichas ventanas por tal motivo. 3. Condenamos a la parte demandada, Comunidad de Propietarios de la A

O, núm. 20, a estar y pasar por dicha declaración. 4. Imponemos las costas de la primera instancia a la demandada y omitimos un pronunciamiento sobre las costas causadas en esta alzada por el recurso. Desestimamos el recurso de apelación adhesivo interpuesto por la Comunidad de Propietarios de la A O, núm. 20 de Jaca, a la que condenamos al pago de las costas causadas a su instancia en esta alzada».

**Cuarto:** La Procuradora de los Tribunales Sra. Esther del Amo Lacambra, actuando en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios del inmueble A O, núm. 20, de Jaca, presentó, en tiempo y forma, escrito preparando recurso de casación contra la anterior sentencia, y una vez que la Audiencia Provincial de Huesca lo tuvo por preparado, se formuló el oportuno escrito de interposición, que basó en los siguientes motivos: «Primero. Por no aplicación en sus estrictos términos del artículo 3 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón (principio «Standum est Chartae») con el contenido que le alcanza según doctrina jurisprudencial contenida en Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 28 de marzo de 2003, 25 de junio de 2007 y 26 de febrero de 2008 en relación con la teoría de los «actos propios». Segundo. Por no aplicación en sus estrictos términos del artículo 144 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón (Régimen normal de la servidumbre de luces y vistas) en el sentido dado al mismo por jurisprudencia como la contenida en la Sentencia del TSJA de 4 de febrero de 2004 en la que se señala la necesidad de dejar luz a la casa vecina impidiendo cegar sus ventanas, si esta no puede tener luz por sí misma o por otra parte, lo que debe ser puesto en relación con el contenido del artículo 7 del Código Civil (interdicción del ejercicio antisocial del derecho) y los artículos 33 (función social del derecho de propiedad) y 47 (derecho a una vivienda digna y adecuada) de la Constitución Española. Tercero. Por inaplicación en sus estrictos términos de los artículos 147 y 148 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, en cuanto la Sentencia recurrida

niega la posibilidad de adquisición de la servidumbre por usucapión, pudiéndose citar como sentencia contradictoria con la recurrida la de la Audiencia Provincial de Teruel de 3 de diciembre de 1997, que considera la apertura de ventanas a patios de luces signo aparente de servidumbre que permite su adquisición por usucapión sin necesidad siquiera de justo título o buena fe. Cuarto. Por inaplicación de los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al condenar a esta parte en las costas de la primera instancia y del recurso adhesivo cuando dichos preceptos prevén la no imposición de costas para aquellos casos en que la cuestión presente serias dudas de hecho o de Derecho infringiendo con ello la doctrina jurisprudencial contenida en las Sentencias del TSJA de 10 de marzo de 2009, 18 de septiembre de 2008, 1 de octubre de 2007, 20 de octubre de 2006 y 13 de febrero de 2006.»

**Quinto:** Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se dictó en fecha 31 de mayo de 2010 providencia por la que se dio traslado a las partes para alegaciones respecto a la posibilidad de concurrencia de causa de inadmisibilidad de los motivos aducidos. Formuladas alegaciones, por auto de 30 de junio se admitió a trámite el recurso respecto del motivo tercero, inadmitiéndose los motivos primero, segundo y cuarto, y conferido traslado del escrito de interposición a la parte contraria por plazo de veinte días, formalizó oposición dentro de plazo, tras lo cual se señaló para votación y fallo el día 15 de septiembre de 2010.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** Previamente al examen de las alegaciones de las partes es útil señalar los siguientes extremos que resultan de los hechos que se declaran probados en la instancia y de las actuaciones:

— La casa de la Comunidad de Propietarios demandada, sita en la A O, núm. 20, de Jaca, fue construida por don, datando la escritura de declaración de obra nueva y

constitución en régimen de propiedad horizontal de 26 de mayo de 1969, y desde entonces tiene abiertas en pared propia cuatro ventanas con vistas sobre la finca vecina sin guardar la distancia marcada por el artículo 582 del Código Civil y sin estar provistas de reja de hierro remetida en la pared ni red de alambre, o protección semejante o equivalente.

— El inmueble de la Comunidad de Propietarios actora, sito en la A O, núm. 18, de Jaca, fue edificado varios años después, habiéndose otorgado la escritura de declaración de obra nueva y constitución en régimen de propiedad horizontal el 5 de octubre de 1983. Cuando se realizó la construcción de dicho inmueble, no se cerraron los mentados huecos de la casa núm. 20, los cuales dan a uno de los dos patios de luces que tiene la casa señalada con el núm. 18.

— La Comunidad de Propietarios actora, tras acordar en el año 2005 la realización de obras que afectan a la superficie del expresado patio, procedió a interponer demanda de juicio ordinario frente a la Comunidad de Propietarios del inmueble núm. 20 de la A O, en la que ejercita acción negatoria de servidumbre de luces y vistas, interesando se dicte sentencia por la que «se declare que no existe servidumbre de luces y vistas sobre el patio de luces situado en la parte izquierda del centro del edificio que arranca de la cubierta del altillo de la planta baja, ni sobre ninguna otra parte del edificio de la Comunidad de Propietarios de la A O, núm. 18, de Jaca, de la que sea predio dominante el edificio de la Comunidad de Propietarios de la A O, núm. 20, de Jaca, en lo que se refiere a las ventanas de este último edificio que dan a dicho patio, sitas en el lado Este del mismo, y que mi representada puede por tanto edificar en dicho patio sin sujetarse a distancia alguna de dichas ventanas por tal motivo», y se condene a la demandada a estar y pasar por la anterior declaración, así como al pago de las costas del procedimiento.

— El conocimiento de dicha demanda correspondió, por turno de reparto, al Juz-

gado de Primera Instancia núm. 1 de Jaca, y emplazada la Comunidad de Propietarios demandada, esta se personó en autos, pidiendo, en su contestación a la demanda, que se le absuelva de las pretensiones contra ella deducidas, con expresa condena en costas a la actora.

— Tras la sustanciación del juicio por sus trámites, se dictó por el Juzgado de Primera Instancia, núm. 1 de Jaca, en fecha 10 de marzo de 2009, sentencia parcialmente estimatoria de la demanda: por un lado declara «que no existe servidumbre de luces y vistas sobre el patio de luces situado en la parte izquierda del centro del edificio que arranca de la cubierta del altillo de la planta baja, ni sobre ninguna otra parte del edificio de la Comunidad de Propietarios del edificio de la A O, núm. 18, de Jaca, de la que sea predio dominante el edificio de la A O, núm. 20, de Jaca, en lo que se refiere a las ventanas de este último edificio que dan a dicho patio, sitas en el lado Este del mismo», y por otro, en base al artículo 7 del Código Civil, dispone que «no procede declarar que la actora puede edificar en dicho patio sin sujetarse a distancia alguna de dichas ventanas por tal motivo.»

— Interpuesto recurso de apelación por la Comunidad de Propietarios actora, en solicitud de que se estime íntegramente la demanda, la otra parte se opuso al mismo y formuló, al amparo del artículo 461 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, escrito de impugnación de la resolución recurrida, en cuanto declara la inexistencia de servidumbre de luces y vistas y no hace expresa imposición de costas a la parte actora.

Sustanciado el recurso de apelación, recayó el 8 de marzo de 2010 sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca por la que se estima íntegramente la demanda y se declara: «1. Que no existe servidumbre de luces y vistas sobre el patio de luces situado en la parte izquierda del centro del edificio que arranca de la cubierta del altillo de la planta baja, ni sobre ninguna otra parte del edificio de la Comunidad de Propietarios de la A O, núm. 18 de Jaca de la

que sea predio dominante del edificio de la A O, núm. 20 de Jaca, en lo que se refiere a las ventanas de este último edificio que dan a dicho patio sitas en el lado este del mismo. 2. Declaramos que la actora, Comunidad de Propietarios de la A O, núm. 18 de Jaca, puede edificar en dicho patio sin sujetarse a distancia alguna de dichas ventanas por tal motivo. 3. Condenamos a la parte demandada, Comunidad de Propietarios de la A O, núm. 20, a estar y pasar por dicha declaración. 4. Imponemos las costas de la primera instancia a la demandada y omitimos un pronunciamiento sobre las costas causadas en esta alzada por el recurso.»

— Contra dicha sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca se formuló por la Comunidad de Propietarios de la A O, núm. 20, de Jaca, recurso de casación en el que pide se le absuelva de las pretensiones deducidas por la Comunidad de Propietarios actora, y en todo caso no se le impongan las costas de ninguna de las instancias.

**Segundo:** La demandada-recurrente articuló cuatro motivos de impugnación. De ellos, tres (el primero, segundo y cuarto) fueron inadmitidos por auto de esta Sala de fecha de 30 de junio de 2010, por lo que el debate litigioso versa sobre el único motivo que fue admitido, el tercero.

En providencia de este Tribunal de 31 de mayo de 2010, se decía lo siguiente respecto del motivo tercero:

«... esta Sala tiene declarado de manera reiterada que los huecos en pared propia carentes de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre o protección semejante o equivalente no son signos aparente de servidumbre de luces y vistas y que no cabe considerar como voladizo a los efectos del artículo 145 de la Compilación Aragonesa a cualquier saliente de la pared, “si no tiene como uso previsto el de que una persona pueda salir al exterior de su propia casa para ganar vistas frontal y lateral sobre el predio sirviente”, es decir, es preciso que su finalidad sea «permitir que una

persona, mediante el mismo, pueda situarse fuera del espacio de su propiedad, en el vuelo ajeno, para ganar vistas frontal y lateralmente» (sentencias de 22 de abril y 14 de julio de 2008; véanse asimismo las sentencias de 27 de septiembre de 2007, 23 de enero de 2009 y 4 de febrero de 2009, entre otras).

El propio recurrente dice lo siguiente: «A la luz de la prácticamente unánime jurisprudencia aragonesa, la mera existencia de las ventanas del inmueble de mi representada carentes de protección o voladizos que pudieran ser considerados tales a los efectos de la servidumbre que nos ocupa no pueden ser considerados signos aparente de servidumbre por determinarlo así expresamente el art. 145 de la Compilación».

Sostiene el recurrente que la construcción del inmueble de la actora dejando un patio que respeta las ventanas de la comunidad demandada debe considerarse un acto aparente de reconocimiento de la servidumbre de luces y vistas que se alega, pero la Audiencia Provincial de Huesca, tras una apreciación global y conjunta de la prueba de autos, estima que la construcción en la forma descrita y la subsistencia de dicha situación es una manifestación «de la tolerancia y buena vecindad de la que ha venido disfrutando durante estos años la Comunidad demandada, que no puede volverse en contra de su autor o sus causahabientes, ...».

Dentro del plazo conferido por la expresada providencia la demandada recurrente presentó escrito de alegaciones en el que expresa que la existencia de ventanas en pared propia sin reja ni red no es signo aparente de servidumbre de luces y vistas, pero que sí lo es la construcción del inmueble de la actora dejando un patio que respeta dichas ventanas, lo que permite la adquisición de la servidumbre por usucapión de diez años.

En consecuencia, la cuestión a debate en esta sede radica en dilucidar si el hecho de que no se tapasen las ventanas, sino que se dejase un pequeño patio, nos sitúa ante

una servidumbre aparente susceptible de usucapión de diez años entre presentes sin necesidad de justo título ni buena fe.

**Tercero:** La Compilación del Derecho Civil de Aragón establece en su artículo 147 que «todas las servidumbres aparentes pueden ser adquiridas por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título ni buena fe», y como no contiene reglas específicas para la interpretación de los conceptos utilizados, resulta de aplicación supletoria el Código Civil, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.2 de la mentada Compilación, por lo que son servidumbres aparentes «las que se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores que revelan el uso y aprovechamiento de las mismas» (art. 532 del expresado Código Civil).

Obviamente, ante el relevante efecto que supone que las servidumbres aparentes puedan ser adquiridas por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título ni buena fe, cobra importancia el carácter aparente o no aparente de las servidumbres.

La apariencia o no apariencia por signos exteriores se refiere a aquellos datos que revelan objetivamente el uso de la servidumbre, exigiéndose la concurrencia de datos visibles permanentemente («están continuamente a la vista») y reveladores del uso y aprovechamiento de la servidumbre. El ser aparente la servidumbre no consiste sólo en que haya un dato exterior visible, sino en que ese dato exterior visible revele aquélla, en el sentido de que pueda tomarse razonablemente como signo de la servidumbre.

No hay una regla inflexible que exija tal o cual dato exterior para que pueda estimarse que existe un signo aparente de servidumbre. Es preciso que el signo exterior sea razonablemente revelador de la servidumbre, cuestión de hecho a determinar por el juzgador en cada caso, a la vista de las circunstancias concurrentes.

Pues bien, en el supuesto de autos el promotor del edificio sito en la A O, núm.

18, de Jaca, don José Manuel C. F., se encontró con que el inmueble de la A O, núm. 20, tenía cuatro ventanas con vistas sobre su solar, las cuales no guardaban la distancia marcada por el artículo 582 del Código Civil y no estaban provistas de reja ni red, y como no «quería líos» ni verse ante la eventualidad de un procedimiento judicial en plena construcción del edificio, optó no tapar dichas ventanas, según manifestó en el acto del juicio.

En tales circunstancias el mentado dato exterior (pequeño patio de luces) no puede tomarse como signo revelador de la servidumbre. El Sr. C podía haber construido sin sujeción a distancia alguna, tal como previene el artículo 144.3 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, pues la Comunidad de Propietarios demandada no tenía título de servidumbre, pero optó por construir en la forma que lo hizo por mera tolerancia, sin que quisiera constituir una servidumbre de luces y vistas o un signo aparente de dicha servidumbre, y, en consecuencia, sus causahabientes pueden realizar obras en el patio, poniendo fin a dicha situación.

A este respecto, la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca, que es objeto de impugnación en el presente recurso, dice lo siguiente:

— «... no quiso crear una servidumbre ... ni generar un derecho o situación que habilite a los demandados para adquirirla por usucapión ...».

— «simplemente en esas circunstancias concretas de la construcción el promotor Sr. C no quería tener problemas, para no meterse en líos, según declaró».

— «...la construcción del edificio ... en la forma descrita ... constituye una manifestación de tolerancia.»

En suma, el pequeño patio de luces que nos ocupa (véase el croquis aportado por la parte demandada—folio 268—) no puede tomarse como signo aparente de servidumbre que habilite a la Comunidad de Propietarios de la casa sita en la A O, núm. 20, de

Jaca, para adquirirla por usucapación de diez años conforme al artículo 147 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, y en consecuencia el motivo de impugnación admitido a examen debe ser desestimado, manteniéndose la resolución impugnada.

**Cuarto:** Las costas del presente recurso serán abonadas por la parte recurrente, de conformidad con lo previsto en el artículo 398.1, en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

#### FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso de casación núm. 12/2010, interpuesto por la Procuradora doña Esther del Amo Lacambra, en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios del edificio sito en la A O, núm. 20, de Jaca (Huesca), contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Huesca en fecha de 8 de marzo de 2010, con imposición de las costas del recurso a la parte recurrente.

Devuélvanse las actuaciones a la indicada Audiencia Provincial, juntamente con testimonio de esta sentencia, debiendo acusar recibo.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

*curso de casación cuestiones de carácter procesal; además, para que el recurso de casación sea admitido no basta con la mera alegación de una norma aragonesa, sino que debe venir fundado en norma aplicable para resolver las cuestiones objeto del proceso, tal y como dispone el art. 477.1 Lec. Por último, el interés casacional es un presupuesto de recurribilidad, y no un motivo del recurso sino el presupuesto previo para la recurribilidad de la sentencia, y la demostración del interés casacional mediante el contraste de las sentencias no puede pretender asegurar el buen fin del recurso sino garantizar su admisibilidad en el caso de que se acredite tal interés.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** arts. 477, 483 Lec.

**PONENTE:** *Ilma. señora doña Carmen Samanes Ara.*

*Zaragoza a cuatro de octubre de dos mil diez.*

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero:** La Procuradora de los Tribunales doña Ana Cristina Cortes Carbonell actuando en nombre y representación de don Julio F. C. y de doña Francisca T. V., presentó ante la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, escrito de preparación de recurso de casación frente a la sentencia de fecha de 22 de abril de 2010, dictada por dicha Audiencia en el rollo núm. 116/2010, dimanante de autos de Juicio Verbal, núm. 491/09-A, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia, núm. Seis de Zaragoza. Por providencia de fecha de 6 de mayo de 2010 se tuvo por preparado el expresado recurso, presentándose dentro de plazo el oportuno escrito de interposición, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sala, con emplazamiento de las partes.

**Segundo:** Recibidas las actuaciones, se registró el recurso de Casación con el número 13/2010 y comparecidas las partes en plazo pasaron las actuaciones al Magistrado Ponente para se instruyese y sometie-

#### NÚM. 7

*A. TSJA de 4 de septiembre de 2010*

**0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL: Inadmisión: Es impropcedente plantear por medio del re-**

se a la deliberación de la Sala lo que hubiese que resolver sobre la admisión o inadmisión del recurso formulado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 483 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por providencia de 2 de septiembre del presente se dio traslado a las partes por diez días para que formularan las alegaciones que consideraran oportunas con respecto a la concurrencia de posible inadmisibilidad de los motivos primero, segundo y tercero, presentándose por las partes, dentro de plazo, los oportunos escritos de alegaciones.

Es Ponente la Magistrada Ilma. Sra. doña Carmen Samanes Ara.

#### RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

**Primero:** En el trámite de admisión del recurso de casación la Sala debe examinar en primer lugar su competencia pronunciándose seguidamente, si se considerase competente, sobre la admisibilidad del mismo.

La competencia para el conocimiento del presente recurso viene atribuida a esta Sala en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, en relación con el artículo 73.1.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 478.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por haber sido fundado en infracción de normas del Derecho civil aragonés.

**Segundo:** En cuanto a la admisibilidad del primero de los motivos, alega la parte infracción, por indebida aplicación, de los artículos 21, 26 y 59, relativos a la situación de riesgo y desamparo de la Ley 12/2001 de 2 de julio, de la Infancia y Adolescencia en Aragón, en relación con los artículos 55, 56 y 60 de la Ley 13/2006 sobre derecho de la persona en Aragón.

A pesar del cumplimiento formal inicial de las exigencias previstas para formulación del recurso de casación, la lectura del desarrollo del motivo evidencia que no se pretende tanto la adecuada aplicación de norma sustantiva como, en realidad, la modificación de los hechos de los que ha

partido como probados la sentencia recurrida. La recurrente no razona cómo han sido infringidos los preceptos citados, sino que, tras reproducir literalmente el contenido de los mismos, se extiende en un alegato que se resume en la afirmación de que los progenitores del menor no estaban ni están incurso en causa de privación de la autoridad familiar.

Incorre por tanto el recurso, en la formulación de este motivo, en la causa de inadmisión prevista en el art. 483.2.2º LEC, en relación con los arts. 481.1 y 477.1, es decir, de interposición defectuosa por falta de técnica casacional. Esta, para ser correcta, requiere plantear cuestiones jurídicas de un modo preciso y razonado, sin apartarse de los hechos declarados probados por la sentencia que se impugna.

**Tercero:** Por lo que hace al motivo segundo, en el que se denuncia infracción por indebida aplicación de los artículos 77 y 79 de la Ley aragonesa 13/2006 de Derecho de la Persona en relación con el 177.2.2º del CC, resulta artificiosa la invocación de tales preceptos como infringidos al no ser de aplicación al caso. No lo son porque el primero regula la privación de la autoridad familiar y el segundo, en su apartado primero (al que se refiere concretamente la parte en el desarrollo del motivo) dispone que la privación o suspensión no suprime *las obligaciones* de los padres establecidas en los artículos 55 y 56, y sucede que el objeto del proceso cuya sentencia se ataca no fue otro que la pretensión de los actores de que se declarase la necesidad de su asentimiento a la adopción (basada en la no concurrencia de causas de privación de la autoridad familiar).

Para que el motivo sea admitido no basta la mera alegación de una norma aragonesa, sino que debe venir fundado en norma aplicable para resolver las cuestiones objeto del proceso, tal como dispone el artículo 477.1 de la LEC. Por tanto, también aquí hay causa de inadmisión.

**Cuarto:** El tercer motivo del recurso no es, en realidad, motivo alguno que pueda



fundar un recurso de casación pues, como hemos recordado en ocasiones anteriores el interés casacional es un presupuesto de recurribilidad. Dispone el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil que el recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. El interés casacional no es, por lo tanto, el motivo del recurso sino un presupuesto previo para la recurribilidad de la sentencia, y la demostración del interés casacional mediante el contraste de las sentencias no puede pretender asegurar el buen fin del recurso sino garantizar su admisibilidad en el caso de que se acredite tal interés.

**Quinto:** A la constatada inadmisibilidad del recurso no obstan las razones de tutela judicial efectiva invocadas por el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones a la providencia de 2 de septiembre pasado. El derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes se ha visto satisfecho al haber planteado y obtenido respuesta a su pretensión en dos sucesivas instancias. Y es indudable que el interés superior del menor es lo que debe primar en la resolución de cuestiones como la presente, pero ello no significa que en aras del mismo sea dable al tribunal de casación actuar con olvido de que no es una tercera instancia, pues, como en dicho escrito admite el Ministerio Público la apreciación de la prueba es un ámbito que no es susceptible de recurso de casación.

Lo expuesto debe llevar, de conformidad con lo establecido en el artículo 483.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a la inadmisión a trámite del recurso de casación formulado y consiguiente declaración de firmeza de la sentencia recurrida.

**Sexto:** En cuanto a costas, no se aprecia motivo alguno para su imposición a ninguna de las partes, en los términos previstos en los arts. 398 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y los demás de general y pertinente aplicación.

#### LA SALA ACUERDA:

1. No admitir el recurso de casación formulado por la representación procesal de don Julio F. C. y doña Francisca T. V. contra la Sentencia dictada el día 22 de abril de 2010 por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda en el rollo de apelación, núm. 116/2010 dimanante de autos de Juicio Verbal, núm. 491/09-A seguidos en el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de esta Ciudad.

2. Declarar firme la sentencia antes citada.

3. Remitir las actuaciones junto con testimonio de esta resolución al órgano de procedencia.

4. Todo ello sin imposición de costas a ninguna de las partes.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Así lo acuerdan, mandan y firma el Excmo. Sr. Presidente y los Ilmos. Sres. Magistrados expresados al margen.

#### NÚM. 8

A. TSJA de 12 de noviembre de 2010

**0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL: Inadmisión:**

*El escrito de interposición del recurso cita como infringido el art. 35.2 LDP, por su aplicación indebida, pero no lo fundamenta sino que se limita a expresar su discrepancia con la valoración de la prueba practicada, incurriendo así en una manifiesta causa de inadmisión, pues como hemos dicho repetidamente la valoración de la prueba queda excluida de la posibilidad de ser objeto de recurso de casación. En definitiva el recurso no cumple los requisitos del art. 483.2.2º Lec. en relación con los arts. 481 y 477.1 de la misma.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** arts. 477.1, 481.1, 483.2.2º, 761.1 Lec.; art. 35 LDP.

**PONENTE:** Ilmo señor D. Ignacio Martínez Lasiera.

*Zaragoza a doce de noviembre de dos mil diez.*

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero:** El Procurador de los Tribunales don Fernando Gregorio Corbinos Cuartero, actuando en nombre y representación de doña Eva M<sup>ª</sup> B. B., presentó ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de esta Ciudad escrito de preparación de recurso de casación frente a la sentencia de fecha de 25 de mayo de 2010, dictada por dicha Sección en el rollo de apelación núm. 704/2009, dimanante de los autos de demanda de Juicio de Incapacidad, núm. 1424/2008, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia, núm. 13 de Zaragoza, siendo parte el IASS y el Ministerio Fiscal, y por providencia de fecha de 7 de junio de 2010 se tuvo por preparado el recurso de casación, presentándose dentro de plazo el oportuno escrito de interposición, tras lo cual se remitieron los autos a esta Sala.

**Segundo:** Recibidas las actuaciones, se formó el rollo de casación, núm. 15/2010, en el que se personaron las partes en tiempo y forma, y pasaron al Magistrate Ponente para que se instruyese y sometiese a la deliberación de la Sala lo que hubiese que resolver sobre la admisión o inadmisión del recurso de casación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 473 y 483 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dictándose providencia con fecha de 1 de octubre por la que se concedía a las partes el término de 10 días para alegaciones por posibles causas de inadmisión, haciéndolo el Ministerio Fiscal y la Letrada de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don Ignacio Martínez Lasiera.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** En el trámite de admisión del recurso de casación la Sala debe examinar en primer lugar su competencia pronunciándose seguidamente, si se considerase competente, sobre la admisibilidad del mismo.

La competencia para el conocimiento del presente recurso viene atribuida a esta Sala en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, en relación con el artículo 73.1.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 478.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por haber sido fundado en infracción de normas del Derecho civil aragonés.

**Segundo:** En el trámite legalmente previsto no ha presentado la parte recurrente alegaciones sobre las posibles causas de inadmisión del recurso, que se ponían de manifiesto en la providencia de 1 de octubre del presente año (art. 483.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), en tanto que los representantes de la Comunidad Autónoma y del Ministerio Fiscal han alegado en defensa de la inadmisión del recurso.

El escrito de interposición del recurso cita como infringido el artículo 35.2 de la Ley aragonesa 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona, por su aplicación indebida, pero no lo fundamenta sino que se limita a expresar su discrepancia con la valoración de la prueba practicada, concretamente con la efectuada respecto a las declaraciones testificales y al informe médico forense, incurriendo así en manifiesta causa de inadmisión pues, como hemos dicho repetidamente (sentencia de 5 de octubre de 2009, recurso de casación 4/2009, con cita de reiteradas resoluciones del Tribunal Supremo, como los autos de 15 de julio o de 10 de junio de 2008 y sentencias de 11 de noviembre de 2008 y 26 de marzo de 2009, y de esta misma Sala en autos de 27 de marzo o 24 de octubre de 2007, y sentencia de 20 de octubre de 2006), la valoración de la prueba

queda excluida de la posibilidad de ser objeto del recurso de casación.

**Tercero:** Por otra parte, afirma la recurrente en el escrito de interposición del recurso que no se ha justificado un empeoramiento o modificación de la capacidad de su mandante que permita revisar el grado de incapacidad que había sido apreciado en anterior sentencia, lo que amplía –dice– los límites del artículo 35.2 de la Ley aragonesa de Derecho de la persona. Incide nuevamente la recurrente en el defecto de pretender revisar la valoración de la prueba efectuada y, además, no justifica la forma en que la modificación del grado de incapacidad puede vulnerar el contenido de dicho precepto conforme al cual «*son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma*».

No ofrece la recurrente argumentación al respecto, salvo su propia apreciación de la prueba, pero no puede ignorar que el Ministerio Fiscal promovió la modificación al amparo del artículo 761.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que, precisamente, permite instar nuevo proceso para modificar el alcance de la incapacitación ya establecida, si sobrevienen nuevas circunstancias. No cumple la recurrente, por lo tanto, el requisito de expresar la causa concreta de la supuesta infracción legal, lo que determina también la inadmisión del recurso por tal motivo.

En definitiva, el escrito de interposición no cumple los requisitos legalmente establecidos (art. 483.2.2º LEC en relación con los arts. 481.1 y 477.1) por lo que, conforme a lo dispuesto en el artículo 483.4º, se declara la inadmisión del recurso y la firmeza de la sentencia recurrida.

**Cuarto:** En cuanto a costas, no se aprecia motivo alguno para su imposición, en los términos previstos en los arts. 398 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

#### LA SALA ACUERDA:

1. No admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Eva M<sup>a</sup> B. B. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda de fecha de 25 de mayo de 2010.

2. Declarar la firmeza de la sentencia antes citada.

3. Remitir las actuaciones junto con testimonio de esta resolución al órgano de procedencia.

4. Todo ello sin imposición de costas.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Así lo acuerdan, mandan y firma el Excmo. Sr. Presidente y los Ilmos. Sres. Magistrados expresados al margen.

#### NÚM. 9

A. TSJA de 24 de noviembre de 2010

**0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL: Inadmisión: Es improcedente plantear por medio del recurso de casación cuestiones de carácter procesal, ya que el medio de impugnación legalmente previstos para tales casos es el del recurso de infracción procesal.**

**DISPOSICIONES CITADAS: arts. 217, 469, 473, 477, 478.1.2º, 487 Lec.**

**PONENTE: Ilmo señor don Luis Ignacio Pastor Eixarch.**

Zaragoza a veinticuatro de noviembre de dos mil diez.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero:** El Procurador de los Tribunales don Mariano Laguarta Recaj, actuando

en nombre y representación de la S. de C. E. y S., presentó ante la Audiencia Provincial de Huesca escrito de preparación de recurso de casación frente a la sentencia de fecha de 30 de junio de 2010, dictada por dicha Audiencia en el rollo de apelación núm. 315/2009, dimanante de los autos de demanda de Procedimiento Ordinario 20/2009, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia de Boltaña, contra don Enrique M. A., y por providencia de fecha de 22 de julio de 2010 se tuvo por preparado el recurso de casación, presentándose dentro de plazo el oportuno escrito de interposición, tras lo cual se remitieron los autos a esta Sala.

**Segundo:** Recibidas las actuaciones, se formó el rollo de casación, núm. 17/2010, en el que se personaron las partes en tiempo y forma, y pasaron al Magistrado Ponente para que se instruyese y sometiese a la deliberación de la Sala lo que hubiese que resolver sobre la admisión o inadmisión del recurso de casación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 473 y 483 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dictándose providencia con fecha 21 de octubre por la que se concedía a las partes el término de 10 días para alegaciones por posibles causas de inadmisión, haciéndolo dentro de plazo con el resultado que obra en las actuaciones.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don Luis Ignacio Pastor Eixarch.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** Dictada sentencia por la Audiencia Provincial de Huesca el día 30 de junio de 2010, se articula por la parte demandante recurso de casación fundado en infracción de la Ley de Caza de Aragón, 5/2002, de 4 de abril, lo que implica atribución de competencia a esta Sala para conocer de la impugnación formulada conforme al artículo 478.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**Segundo:** El primero de los motivos en que se basa el recurso presentado se formula por «Absurda e ilógica valoración de

la prueba practicada, vulnerando el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto a la carga de la prueba».

El fundamento exclusivo de este motivo de recurso en la que se considera defectuosa valoración hecha en la sentencia recurrida tanto de los medios de prueba como de la distribución de la carga de su aportación al procedimiento, con cita expresa del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es cuestión que excede del ámbito legalmente previsto para el recurso de casación presentado. Al respecto debe considerarse, como se ha indicado reiteradamente por esta Sala (por ejemplo, autos de 18 de septiembre de 2006 o 30 de junio de 2010) y por el Tribunal Supremo (así, autos de 1 de abril de 2008 ó 29 de abril de 2008), que es improcedente plantear por medio de recurso de casación cuestiones de carácter procesal, ya que el medio de impugnación legalmente previsto para tales casos es el del recurso de infracción procesal, como resulta de lo establecido en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De modo que, siendo la valoración de los medios probatorios y las reglas de distribución de la carga de la prueba de carácter adjetivo, que no sustantivo, debe ser en este caso rechazado el motivo de recurso que pretendía su conocimiento a través de la vía casacional.

**Tercero:** El segundo de los motivos del recurso de casación se formula con fundamento en infracción de norma sustantiva, en los siguientes términos: «Infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones del proceso, concretamente, la disposición adicional novena de la Ley 17/2005, y que modifica el artículo 71 de la Ley de Caza, en cuanto al régimen de responsabilidad y la acreditación de la correcta conservación del terreno acotado.»

Si en apariencia, y a la vista sólo de la redacción expuesta, resulta fundado el motivo en violación de norma sustantiva, lo cierto es que la cita de tal norma, y la que hace también de sentencias de las Audiencias Provinciales de Teruel y de Zaragoza, no son sino para concluir como auténtico

motivo de recurso la determinación de a cuál de las partes correspondía la carga de la prueba, y la discusión sobre si quedó o no acreditada la falta de diligencia del recurrente. De modo que, finalmente, lo discutido en tal causa de impugnación son nuevamente cuestiones atinentes al acervo probatorio y su valoración. Y, por tanto, por iguales razones jurídicas que las expuestas en el anterior Fundamento de Derecho, procede su inadmisión, por exceder del ámbito del recurso de casación.

**Cuarto:** En consecuencia con lo expuesto, y de conformidad con lo establecido en el artículo 483.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede la inadmisión a trámite del recurso de casación formulado y consiguiente declaración de firmeza de la sentencia recurrida.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

#### LA SALA ACUERDA

1. No admitir el recurso de casación formulado por la representación procesal de la S. de C. de E. y S., contra la sentencia dictada el día 30 de junio de 2010 por la Audiencia Provincial de Huesca en el rollo de apelación, núm. 315/2009 dimanante de autos de Procedimiento Ordinario núm. 20/2009 seguidos en el Juzgado de Primera Instancia de Boltaña.

2. Declarar firme la sentencia antes citada.

3. Remitir las actuaciones junto con testimonio de esta resolución al órgano de procedencia.

No se hace expresa imposición de las costas causadas.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Así lo acuerdan, mandan y firma el Excmo. Sr. Presidente y los Ilmos. Sres. Magistrados expresados al margen.

#### NÚM. 10

*S. TSJA de 3 de diciembre de 2010*

**714: ACEPTACIÓN Y REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA: EFECTOS:** *Por la aceptación, el heredero se coloca en la posición del causante con efectos desde el mismo momento de su fallecimiento, no desde un momento anterior, de forma que un bien adquirido por herencia es propio del heredero con efectos desde el fallecimiento del causante, pero nunca desde antes. Por ello, este bien nunca fue privativo del marido en los años en que se construyó la vivienda sobre el terreno que era del tío del marido, pues aún vivía.* **715: RESPONSABILIDAD DEL HEREDERO: SEPARACIÓN DE PATRIMONIOS:** *El fenómeno sucesorio no produce el efecto de la confusión de patrimonios, y de ninguna forma con relación a la fecha anterior del fallecimiento del causante. Justamente, porque no hay confusión de patrimonios el heredero responde de las obligaciones del causante exclusivamente con los bienes que reciba del caudal relicto (art. 40.1 Lsuc.) y, siendo estos insuficientes, con su patrimonio sólo en los supuestos del art. 40.2 Lsuc. La separación de patrimonios se establece, precisamente, en beneficio del heredero (art. 42 Lsuc.) y le permite oponerse al embargo de sus bienes por créditos contra la herencia (art. 43 Lsuc.).* **6631: CONSORCIO CONYUGAL: ACTIVO: BIENES COMUNES:** *Lo edificado con dinero consorcial sobre terreno ajeno al tiempo de la construcción debe calificarse como consorcial, sin perjuicio de que ahora el solar sobre el que se construyó corresponda al marido al adquirirlo por herencia del anterior propietario.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** *arts. 358, 361, 362, 453, 454, 1.359 Cc.; arts. 28.2. c, 29.h, 37.1, 40, 68.c, Lrem.; arts. 6.1, 7.1, 28.1 Lsuc.; arts. 1, 38.7 Comp. aragonesa.*

**PONENTE:** *Ilmo. señor don Ignacio Martínez Lasierra.*

*En Zaragoza a tres de diciembre de dos mil diez.*

*En nombre de S. M. el Rey.*

*La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación núm. 14/2010, interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca, en fecha de 11 de mayo de 2010, recaída en el rollo de apelación núm. 48/2010, dimanante de autos de juicio ordinario núm. 179/2008, seguidos ante el Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 de Jaca, en el que son partes, como recurrente doña R. R. M., representada por la Procuradora de los Tribunales doña M<sup>a</sup> José Cristina Sanjuán Grasa y dirigida por el Letrado don Ernesto Romeo Malo, y como recurrido don F. P. M., representado por la Procuradora de los Tribunales doña Esther Garcés Nogués y dirigida por el Letrado don José Ángel López Artillo.*

*Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don Ignacio Martínez Lasierra.*

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero:** La Procuradora de los Tribunales doña María Dolores del Val Esteban, actuando en nombre y representación de don F. P. M., presentó demanda de juicio ordinario en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de Derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando se dicte sentencia por la que: «Se declare: A) El derecho de don F. P. M. de hacer suya en pleno dominio la casa sita en Ansó, calle La Fuente, 24 previa indemnización a la demandada de 8.261,77 actualizados a la fecha de su efectivo pago. O cantidad que por el Juzgado se determine. B) Subsidiariamente, para el supuesto de que no fuese estimada la anterior solicitud, el derecho de don F. P. M. de hacer suya en pleno dominio la casa sita en Ansó, calle La Fuente, 24 previa indemnización a la sociedad consorcial formada por mi representado y demandada de 16.523,54 actualizados a la fecha de efectivo pago. O cantidad que por el Juzgado se fije. C) La obligación de desalojar la demanda la vivienda sita en calle La Fuente, 24, de Ansó una vez satisfecho el pago acordado por el Juzgado. D) Se condene a la demandada al pago de todas las costas del presente procedimiento.

**Segundo:** Admitida a trámite la demanda, se dio traslado a la parte demandada, quien compareció en tiempo y forma y contestó a la misma solicitando la desestimación de la demanda con expresa imposición de costas a la parte actora, y formuló reconvencción suplicando: «se dicte sentencia por la que se declare que la edificación (casa-vivienda) sita en la calle La Fuente, núm. 24 de Ansó es de pleno dominio del consorcio conyugal formado por doña R. R. M. y don F. P. M. y, consecuentemente con tal declaración, se condene a don F. P. M. a estar y pasar por la anterior declaración. Igualmente se acuerde que procede la rectificación registral de las inscripciones 5ª y 7ª de la finca registral 287 (Término Municipal de Ansó) del Registro de la Propiedad de Jaca, a fin de conseguir la concordancia entre el Registro de la Propiedad y la realidad jurídica extrarregistral, todo ello con expresa imposición de costas al demandado en reconvencción» y, tras la sustanciación del proceso, el Juzgado de Primera Instancia, núm. 1 de Jaca dictó sentencia en fecha de 30 de noviembre de 2009, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por la representación procesal de don F. P. M. contra doña R. R. M., debo absolver y absuelvo a la parte demandada de los pedimentos frente a ella deducidos. Que estimando la reconvencción formulada por la representación procesal de doña R. R. M. contra don F. P. M., debo declarar y declaro que la edificación (casa-vivienda) sita en la calle La Fuente, núm. 24 de Ansó es de pleno dominio del consorcio conyugal formado por doña R. R. M. y don F. P. M. y, consecuentemente, se condena al Sr. P. a estar y pasar por la anterior declaración, acordándose que procede la rectificación registral de las inscripciones 5ª y 7ª de la finca registral 287 (término municipal de Ansó) del Registro de la Propiedad de Jaca. Las costas procesales de demanda y reconvencción se imponen de forma expresa a la parte demandante».

**Tercero:** Interpuesto por la parte demandante, en tiempo y forma, recurso de

apelación contra la citada sentencia, se dio traslado del mismo a la parte contraria, quien se opuso al recurso, y elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Huesca, ante la que comparecieron las partes en tiempo y forma, y tras los trámites legales se dictó sentencia en fecha de 11 de mayo de 2010, cuya parte dispositiva dice así: «FALLO. Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación de J. P. M. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia Uno de Jaca en los autos anteriormente circunstanciados, revocamos dicha resolución y, en su lugar, desestimando la reconvencción interpuesta por R. R. M. y estimando parcialmente la demanda interpuesta contra la anterior por el citado apelante, absolvemos al repetido apelante de cuantas pretensiones se ejercitaron en su contra en la reconvencción y, estimando parcialmente la indicada demanda, declaramos que F. M. tiene derecho a hacer suya en pleno dominio la casa sita en Ansó, calle La Fuente, 24, previa indemnización a la demandada de 8.261,77 euros desembolsados entre 1982-1983, actualizados a la fecha de su efectivo pago, más 23.897,45 euros de abril de 1996 actualizados a la fecha de su efectivo pago; declaramos también la obligación de la demandada R. R. M. de desalojar la referida vivienda una vez le sean satisfechas las cantidades anteriormente indicadas. Todo ello omitiendo un particular pronunciamiento sobre el pago de las costas causadas en primera instancia por la demanda y la reconvencción y omitiendo también todo pronunciamiento sobre el pago de las costas causadas en esta alzada.

**Cuarto:** El Procurador de los Tribunales Sr. Javier Laguarda Valero, actuando en nombre y representación de doña R. R. M., presentó en tiempo y forma, escrito preparando recurso de casación contra la anterior sentencia, y una vez que la Audiencia Provincial de Huesca lo tuvo por preparado, se formuló el oportuno escrito de interposición, que basó en los siguientes motivos: «Primero. Por infracción de los artículos 68.c) de la Ley aragonesa 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico

matrimonial y viudedad, de los artículos 37.1º y 40 de la Compilación del Derecho civil de Aragón en relación con los artículos 35 y 28.2.c) de la citada Ley 2/2003, así como el artículo 29 h) de la misma Ley 2/2003, en relación con el artículo 38.7 de la repetida Compilación de Derecho civil. Segundo. Por indebida aplicación de los artículos 361, 362, 453 y 1.359 del Código civil. Tercero. Por infracción de los artículos 361, 453 y 454 del Código civil. Cuarto. Por infracción de los artículos 40 y 34 de la Ley Hipotecaria.

**Quinto:** Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se dictó en fecha de 16 de septiembre de 2010, auto por el que se admitió a trámite el recurso, y conferido traslado del escrito de interposición a la parte contraria por plazo de veinte días, formalizó oposición dentro de plazo, tras lo cual se señaló para votación y fallo el día 17 de noviembre de 2010.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** Los hechos, tal como resultan de la sentencia de primera instancia, no modificados en la de apelación, y de los documentos públicos obrantes en los autos, son, en orden cronológico, los siguientes:

1. El actor don F. P. M. y la demandada doña R. R. M. contrajeron matrimonio el 29 de agosto de 1982 (certificación de matrimonio, documento núm. 2 aportado con el escrito de contestación a la demanda), bajo el régimen económico matrimonial legal aragonés.

2. Sobre un terreno sito en Ansó (Huesca), calle La Fuente, núm. 24, propiedad de don M. P. A., tío del actor, y con consentimiento del mismo, los cónyuges construyeron en los años 1982-1983 una vivienda con dinero común, que pasó a constituir el domicilio familiar.

3. En procedimiento de Medidas Provisionales 55/1987 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia, núm. 1 de Jaca recayó Auto de 18 de enero de 1988 adjudican-

do a la esposa con la hija del matrimonio (nacida en 1985) el uso de la vivienda familiar en calle La Fuente, núm. 24 de Ansó (documento, núm. 20 aportado con el escrito de contestación a la demanda).

4. En autos de procedimiento de separación 44/1988 del Juzgado de Primera Instancia de Jaca, núm. 1 recayó sentencia de 12 de enero de 1.989 que desestimó la demanda de separación interpuesta por la esposa y dejó sin efecto las medidas acordadas. Dicha sentencia fue revocada por la de la Audiencia Provincial de Zaragoza (sic) de 16 de enero de 1990 (documento núm. 21 del escrito de contestación a la demanda), que decretó la separación dejando para ejecución de sentencia la fijación de medidas.

5. Mediante escritura otorgada el 5 de noviembre de 1991 ante el Notario de Berdún don Rafael Márquez Montoro, núm. 123 de protocolo (documento, núm. 3 de la demanda), don M. P. A., manifestando ser titular de la finca «Rústica en Ansó (Huesca), terreno en partida de La Fuente, de catorce áreas y treinta centiáreas de superficie», declaró la obra nueva de la edificación construida, en los siguientes términos: «Segundo. Que sobre el extremo Este de la descrita finca (que recientemente ha pasado a tener calificación de urbana) existe construida con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 8/1990, de 25 de julio, (lo que se asevera de modo expreso y resulta de certificado expedido por el Sr. Alcalde de Ansó), la siguiente edificación: Casa vivienda en calle de La Fuente, 24, de superficie ochenta metros cuadrados, consta de semisótano, planta baja y una altura». Esta escritura produjo la inscripción 5ª en el Registro de la Propiedad de Jaca. El terreno había sido inscrito a nombre de don M. P. A. mediante escritura ante el Notario de Ayerbe, Sr. Cortés Valdés, el día 22 de octubre de 1971, número 221 de protocolo, de institución de heredero a su favor que otorgó su padre don J. P. N.

6. En ejecución de la sentencia de separación recayó Auto del Juzgado de Primera Instancia, núm. 1 de Jaca de 24 de marzo

de 1992 (documento nº 22 del escrito de contestación) confirmando la atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa e hija del matrimonio.

7. En juicio de desahucio 13/1992 del Juzgado de Primera Instancia 1 de Jaca, instado por don M. P. A. contra la esposa de su sobrino recayó sentencia de 28 de junio de 1994, estimatoria de la demanda, que fue revocada por la de la Audiencia Provincial de Huesca de 12 de septiembre de 1994 (documento núm. 23 de la contestación a la demanda).

8. Don M. P. A. falleció en estado de soltero el 29 de julio de 2.004, sin haber otorgado testamento por lo que el Juzgado de Primera Instancia 1 de Jaca dictó Auto declarando herederos a sus hermanos, entre ellos don F. P. A., padre del actor don F. P. M. Falleció don J. P. A. el 6 de septiembre de 2004, habiendo otorgado testamento el 6 de noviembre de 1995 en el que instituía heredero a su hijo don F. P. M., por lo que este otorgó con el resto de herederos escritura de aceptación de herencia de don M. P. A. de 7 de abril de 2006 ante el Notario de Zaragoza don José Luis de Miguel Fernández, núm. 1.337 de protocolo (documento núm. 1 de la demanda), en la que, como heredero de su padre y por derecho de transmisión del mismo, le fue adjudicada, entre otros bienes, la finca en Ansó, calle La Fuente, 24. Esta escritura de aceptación de herencia produjo la inscripción 6ª en el Registro de la Propiedad de Jaca (certificación registral aportada como documento 1 de la contestación a la demanda). Por error en el escrito de demanda, que se traslada a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, se dice que provocó la inscripción 7ª, pero se desprende de la certificación registral que es la 6ª.

9. En autos de Divorcio 305/2006 del Juzgado de Primera Instancia, núm. 1 de Jaca promovidos por don F. P. M., recayó sentencia de 12 de diciembre de 2006 decretando el divorcio y manteniendo las medidas acordadas en Auto de 24 de marzo de 1992, siendo revocada por la de la



Audiencia Provincial de Huesca de 29 de febrero de 2008, que estimó en parte el recurso y suprimió las medidas relativas a la pensión de la hija común y al uso de la vivienda (documento núm. 6 de la demanda y núm. 22 de la contestación).

**Segundo:** El actor instó demanda contra su ex-esposa y contra el consorcio conyugal formado por ambos en la que, esencialmente, pretendía que, por derecho de accesión, le correspondía el pleno dominio de la casa sita en Ansó, calle La Fuente, núm. 24, previa indemnización a la esposa de la mitad de los pagos efectuados después del matrimonio para sufragar la construcción de la misma, pagos que cifraba en 16.523,54 euros. La acción de accesión la ejercitaba como actual propietario del terreno sobre el que fue edificada la construcción, por haberlo heredado en virtud de escritura 7 de abril de 2006 de manifestación y aceptación de herencia de su tío don M. P. A., fallecido el 29 de julio de 2004, a quien el actor heredó por derecho de transmisión de su padre, don J. P. A. quien, a su vez, había fallecido el 6 de septiembre de 2004. La petición anterior, de la que derivaría el pago a la esposa de la mitad del dinero común invertido sin necesidad de previa liquidación de la sociedad conyugal, por tratarse del único bien del matrimonio, se complementaba con la solicitud subsidiaria, para el caso de entenderse precisa la liquidación de la sociedad conyugal, del mismo derecho del actor a hacerse con la propiedad de la casa previa indemnización a la sociedad consorcial de la suma total invertida. Todo ello con la obligación aparejada para la demandada de desalojar la vivienda.

La demandada se opuso a tales pretensiones por considerar que el actor no tenía derecho de accesión, pues no era un tercero respecto de quienes llevaron a cabo la edificación, que era la sociedad conyugal formada por ambos, y formuló reconvencción solicitando que se declarara que la edificación era de pleno dominio del consorcio conyugal, con la consiguiente rectificación de los asientos registrales contradictorios.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia, sobre el presupuesto de que la edificación constituyó el domicilio familiar realizada sobre el suelo del tío del demandante, construida con numerario ganancial totalmente satisfecho y, además, con consentimiento y conocimiento del propietario del solar, considera que la misma (la edificación) tendría el carácter de ganancial en relación con lo dispuesto en los artículos 1.347, 1.355, 1.361 del Código civil y el artículo 35 de la Ley 2/2003, de régimen económico matrimonial y viudedad aragonesa.

Por lo que se refiere al invocado derecho de accesión del actor, la sentencia expone que la edificación se considera bien ganancial y que don M. P. A., tras la sentencia del juicio de desahucio que había promovido contra la Sra. R., no ejercitó el derecho de accesión, falleciendo en el año 2.004 sin haber otorgado disposición testamentaria, y que la condición de tercero que el Sr. M. P. tenía respecto de los propietarios de la edificación (el matrimonio formado por el Sr. P. y la Sra. R.) no la posee el actor.

En cuanto a la reconvencción, que estima por considerar la edificación bien ganancial, entiende además que existe una discordancia entre lo expresado en las inscripciones 5ª y 7ª de la finca registral núm. 287 con la realidad extrarregistral, por lo que considera procedente acordar la rectificación interesada por la parte demandada. Debemos recordar que, como se ha indicado en el apartado 9 del primer fundamento, la última inscripción registral debe ser la 6ª y no la 7ª.

En consecuencia, desestima la demanda, estima la reconvencción y declara que la edificación (casa-vivienda) sita en la calle La Fuente nº 24 de Ansó es de pleno dominio del consorcio conyugal formado por doña R. R. M. y don F. P. M. y condena al Sr. P. a estar y pasar por la anterior declaración, acordando que procede la rectificación registral de las inscripciones 5ª y 7ª de la finca registral 287 (término municipal de Ansó) del Registro de la

Propiedad de Jaca. Con imposición de costas a la parte demandante.

Habiéndose suscitado controversia entre las partes sobre la cuantía del asunto, que el actor señalaba en 65.000 euros, la sentencia del Juzgado hace referencia a un informe pericial que valoraba el bien inmueble en 449.724,50 euros, y la fija en 200.670,81 euros como «valoración oficial de referencia que le atribuye a la construcción el Departamento de Economía, Hacienda y Empleo del Gobierno de Aragón (en relación con el valor catastral de la construcción según el último recibo de IBI –valor del suelo por coeficiente multiplicador correspondiente al municipio de Ansó y a la última anualidad–».

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Huesca estimó parcialmente el recurso de apelación, revocó la anterior sentencia y, desestimando la reconvencción interpuesta por doña R. R. M. y estimando parcialmente la demanda, absolvió al apelante de las pretensiones de la reconvencción y, estimando parcialmente la demanda, declaró que don F. P. M. tiene derecho a hacer suya en pleno dominio la casa sita en Ansó, calle La Fuente, 24, previa indemnización a la demandada de 8.261,77 euros desembolsados entre 1982-1983, actualizados a la fecha de su efectivo pago, más 23.897,45 euros de su efectivo pago, y declaró la obligación de la demandada doña R. R. M. de desalojar la referida vivienda una vez le sean satisfechas las cantidades anteriormente indicadas. Sin costas en ambas instancias.

Contra la anterior sentencia interpuso recurso de casación la representación de doña R. R. M. por los cuatro motivos literalmente recogidos en los antecedentes de hecho, el primero por infracción de preceptos de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad (en adelante Lrem.), y de la Compilación de Derecho civil de Aragón, todos ellos relativos al régimen económico del matrimonio, por estimar que la edificación era un bien común del matrimonio y

que, disuelta la sociedad conyugal y hasta tanto no se proceda a su división, son incremento del bien común tanto las obras efectuadas por uno de los cónyuges como la adquisición del suelo sobre el que se asiente la edificación por otro de los cónyuges, a expensas de la liquidación y división del patrimonio consorcial y sin perjuicio de los reintegros que procedan.

El motivo segundo del recurso se funda en infracción de los artículos 358, 361, 362, 453 y 1.359 del Código civil, y el tercero en infracción de los artículos 453 y 454, en relación con el artículo 361 del mismo, sobre la accesión que la sentencia recurrida declara a favor del actor, que se examinarán conjuntamente, si bien debe advertirse desde este momento la evidente relación entre todos los motivos.

El cuarto motivo se funda en infracción de los artículos 40 y 34 de la Ley Hipotecaria, en relación con las rectificaciones registrales solicitadas por la demandada en su reconvencción.

**Tercero:** El primero de los motivos cita como infringidos los artículos 68.c) de la Lrem. (incrementos y accesiones de los bienes comunes), 37.1ª (bienes comunes) y 40 (presunción de comunidad) de la Compilación de Derecho civil de Aragón, en relación con los artículos 35 (presunción de comunidad) y 28.2 c) (bienes comunes) de la Lrem., así como el artículo 29.h) de la misma (bienes privativos las accesiones o incrementos de los bienes propios) en relación con el artículo 38.7 de la Compilación (bienes privativos las accesiones o incrementos de los bienes propios).

Deberá aclararse cuál de los cuerpos legales citados, Lrem. y Compilación, es aplicable en cada momento pues es evidente que el ámbito temporal de aplicación de cada una es diferente, por lo que la cita conjunta de preceptos de ambas es incorrecta dado que, aunque la regulación posterior no se aparte, en lo esencial, de la de la Compilación, esta fue derogada por la Lrem. en todo lo relativo al régimen económico matrimonial (disposición dero-

gatoria única), a salvo de los efectos dispuestos en las disposiciones transitorias para los matrimonios contraídos bajo la vigencia de la Compilación.

La disposición transitoria primera de la Lrem. parte de la aplicación inmediata de la misma cualquiera que fuere la fecha de celebración del matrimonio, pero en la transitoria segunda aclara que «los hechos, actos o negocios relativos a ...la adquisición de bienes, contracción de obligaciones ...y disolución, liquidación o división del consorcio conyugal ...sólo se regirán por esta ley cuando tengan lugar o hayan sido realizados con posterioridad a su entrada en vigor» (23 de abril de 2003). Por lo tanto, habrá que considerar los distintos actos o negocios realizados en cada momento por los cónyuges para determinar la regulación legal aplicable.

El primer motivo objeto de examen se centra en determinar si la casa construida con dinero consorcial sobre el terreno propiedad de don Manuel Pérez Aznarez, tío del esposo, es común, como dispone la sentencia de primera instancia, o privativa del esposo como declara la sentencia de apelación. Ambas resoluciones indican que resulta acreditado que la construcción inicial fue realizada en los años 1982-1983 por ambos cónyuges con dinero consorcial, de donde la sentencia del Juzgado concluye el carácter común (ganancial dice la sentencia). Sin embargo, la Audiencia Provincial, partiendo de la misma premisa de la construcción con dinero consorcial, afirma: «Al heredar el actor a su tío se ha producido una suerte de confusión entre los patrimonios de uno y otro de modo que el actor ya no puede decir que su sociedad conyugal edificó sobre terreno ajeno, pues el terreno ha terminado siendo heredado por el actor, pero sí que puede afirmar que su sociedad conyugal edificó sobre un terreno privativo suyo, por más que al tiempo de la edificación el terreno no fuera del actor sino de su tío, al que ha heredado, produciéndose así una confusión de patrimonios, la cual no determina la extinción de todas las cuestiones relativas a la accesión, como pretende la

demandada, sino que lo que fue edificado por la sociedad conyugal sobre terreno ajeno ha terminado teniendo la consideración de edificio levantado sobre terreno privativo del actor, pues este ha terminado heredando a quien era el dueño del terreno al tiempo de levantarse el edificio con dinero consorcial».

Los efectos que la sentencia señala a la aceptación por el actor de la herencia de su tío, propietario del terreno, no son los que se desprenden de los hechos ni pueden ser consecuencia que se deba atribuir a tal negocio jurídico. Como se ha dicho, la edificación inicial se construyó por los cónyuges en los años 1982-1983, constante matrimonio, con dinero consorcial por lo que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 37.1º de la Compilación, aplicable al caso por tratarse de acto (edificación de la vivienda) realizado en un momento en que se encontraba vigente, era un bien que formaba parte del patrimonio común que, según el precepto lo componían: «1.º Los bienes inmuebles o sitios adquiridos a título oneroso constante matrimonio, por cualquiera de los cónyuges a costa del caudal común.» A la vista del tenor de este artículo no es preciso acudir para llegar a la misma conclusión, como apostilla la recurrente, a la presunción de comunidad establecida en el artículo 40, conforme al cual se presumen comunes los bienes cuyo carácter privativo no pueda justificarse. Tampoco resultan de aplicación los artículos 1347, 1355 y 1361 del Código civil citados en la sentencia de primera instancia, pues este cuerpo legal sólo resultaba de aplicación (art. 1º.2 de la Compilación) en defecto de las disposiciones de la misma que constituían el Derecho civil de Aragón, (art. 1º.1), que no era el caso dada la existencia de norma aragonesa aplicable.

Pero la sentencia recurrida, que afirma que la construcción de la casa se hizo con dinero consorcial, transforma la propiedad del suelo del tío del actor en suelo privativo de este por efecto de la aceptación de su herencia en la que le fue adjudicado dicho terreno. Como decíamos, tal afirmación contradice los hechos y los

efectos que se deben atribuir a la aceptación de la herencia pues, indiscutiblemente, la casa fue construida por el matrimonio con dinero común sobre suelo ajeno y, para señalar los efectos de este acto (la edificación), hay que atenerse al momento en que se realiza (1982-1983), por lo que la casa es consorcial, edificada sobre suelo ajeno, y la herencia (su aceptación) no puede hacer que el suelo se convierta en privativo del actor desde aquellas fechas, con efecto retroactivo.

Conforme al artículo 6.1 de la Ley aragonesa 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte, vigente desde el 23 de abril de 1999, la sucesión se defiere en el momento del fallecimiento del causante (29 de julio de 2004) y, por lo dispuesto en el artículo 7.1, «el llamado a título de heredero que acepta la herencia adquiere los bienes y derechos de la misma, se subroga en las obligaciones del causante y queda obligado a cumplir las cargas hereditarias, todo ello desde el momento de la delación», de tal forma que los efectos de la aceptación se retrotraen al momento del fallecimiento del causante (art. 28.1), pero en ningún caso a un momento anterior. Por lo tanto, el heredero se coloca en la posición del causante con efectos desde el mismo momento de su fallecimiento, no desde un momento anterior, de forma que un bien adquirido por herencia es propio del heredero con efectos desde el fallecimiento del causante, pero nunca desde antes. Por ello, este bien nunca fue un bien privativo del Sr. P. M. en los años 1982-1983.

El fenómeno sucesorio no produce el efecto de la confusión de patrimonios, como afirma la sentencia recurrida, y de ninguna forma con relación a una fecha anterior a la del fallecimiento del causante. Cosa distinta es que los bienes de la herencia se transmitan al heredero con sus derechos y obligaciones, lo que nos obligará a examinar las acciones que se transmiten junto con los bienes, concretamente la acción (derecho potestativo del artículo 361 Cc.) de accesión, pero justamente porque no hay confusión de patrimonios el

heredero responde de las obligaciones del causante exclusivamente con los bienes que reciba del caudal relicto (art. 40.1) y, siendo estos insuficientes, con su patrimonio sólo en los supuestos del artículo 40.2. La separación de patrimonios se establece, precisamente, en beneficio del heredero (art. 42) y le permite oponerse al embargo de sus bienes por créditos contra la herencia (art. 43).

Por lo tanto, en ningún caso la sociedad conyugal edificó sobre terreno privativo del esposo sino sobre terreno ajeno, propiedad del tío del esposo, y lo edificado es bien consorcial, sin perjuicio de a quien corresponda ahora la titularidad del terreno. En tal sentido es cierta la afirmación de la sentencia recurrida de que el vuelo (el edificio) no ha podido hacer suyo el terreno, y ya la sentencia de primera instancia había rechazado la posibilidad de una accesión invertida, pero tampoco esta había sido así planteada por la demandada en la reconvencción, aunque se hiciera una confusa referencia a ello en el escrito de contestación a la demanda (hoja 19 a la que hace referencia la sentencia de apelación), al mencionar el carácter indivisible del todo integrante de la vivienda y el terreno en el que se asienta, «lo que supone una atribución de ganancialidad a la totalidad de este bien inmueble». Por esta alusión la sentencia de primera instancia se pudo plantear la posibilidad de una accesión invertida, que no aparece así formulada en ningún lugar de la reconvencción por lo que la sentencia, al estimar la demanda reconvenccional, no hizo otra declaración que la de consorcialidad de la edificación sobre suelo ajeno. La recurrente insiste en el primer motivo del recurso, al hilo de la conceptualización de las obras efectuadas por uno de los cónyuges como incrementos de la edificación, en considerar el suelo como un incremento más, lo que no estaba propuesto en la demanda reconvenccional, como acabamos de señalar. Indica que no se trata de una suerte de accesión invertida por la que el vuelo haga suyo el suelo sino que ingresa en el patrimonio común todo incremento de un bien común, pero no da razón alguna

para considerar que el suelo pueda ser considerado como incremento de la edificación, lo que carece de toda justificación salvo que prosperara la acción de accesión invertida, que no ha sido formalmente propuesta.

Sin embargo, la sentencia de apelación, como corolario de negar la accesión del suelo al vuelo, afirma que no puede prosperar la demanda reconvenicional porque, «partiendo de los efectos de la confusión patrimonial antes indicada, debería entrar en acción el artículo 29.h) de la Ley aragonesa 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad que, aparte de sus transitorias primera y segunda, coincide con lo que disponía el artículo 38.7 de la Compilación derogada». Debe rechazarse tal conclusión, partiendo de la premisa de que no existe confusión de patrimonios, porque el artículo 38.7 de la Compilación, que sería el aplicable teniendo en cuenta la fecha de la edificación, al considerar privativos las accesiones o incrementos de los bienes propios, exige, por definición, que previamente los bienes sean propios, y en este caso el terreno no era propio del esposo en los años 1982-1982, que es cuando se produjo la edificación objeto, supuestamente, de accesión. Esta declaración de que el suelo era de titularidad ajena a los esposos, tanto a título común como privativo de cualquiera de ellos, será elemento sobre el que se examinará a continuación la accesión declarada a favor del actor.

En consecuencia, debe ser estimado el primer motivo del recurso, por infracción del artículo 37.1º de la Compilación de Derecho civil de Aragón, confirmando la declaración del Juzgado de Primera Instancia de que la edificación era bien consorcial, construida sobre suelo ajeno.

**Cuarto:** En los motivos segundo y tercero del recurso se ataca la estimación parcial de la demanda, a la que llega la sentencia recurrida mediante la aplicación a favor del actor del instituto de la accesión (artículo 361 del Código civil), y la implícita remisión a los artículos 453 y 454 para justificar y concretar los gastos

por los que debía ser indemnizada la demandada.

La sentencia recurrida dice en el inciso final del fundamento segundo que «el actor, antes de ser reconvenido, ya había efectuado expresamente la opción del artículo 361 del Código civil y ofrecido la indemnización, reconociendo un derecho de retención a la demandada hasta su pago». Como momento en el que el actor había efectuado la opción se refiere a la propia demanda. Ya hemos indicado que en un párrafo anterior se había afirmado que «partiendo de los efectos de la confusión patrimonial antes indicada, debería entrar en acción el artículo 29.h) de la Ley aragonesa 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad que, aparte de sus transitorias primera y segunda, coincide con lo que disponía el artículo 38.7 de la Compilación». De ello derivaría, aunque no se dice expresamente, que la edificación era una accesión de un bien propio (el terreno) del actor.

De esta forma afirma la sentencia que era el actor el que había ejercido la opción prevista en el artículo 361 del Código civil a favor del dueño del suelo para hacer suya la edificación, previa la indemnización establecida en los artículos 453 y 454.

Como se ha dicho, resulta errónea la premisa de la propiedad del suelo a favor del actor, al menos en los años 1982-1983, fecha de la edificación, y debe resolverse si es posible reconocer tal derecho de opción a quien en aquel momento no era el propietario, sino a su heredero varios años después. Debe partirse de que los requisitos para el ejercicio de la opción señalada deben ser contemplados en relación al momento en que se produce la construcción sobre suelo ajeno, que es el presupuesto básico de la accesión, construcción que en este caso tuvo lugar en los años 1982-1983. El propietario del suelo era entonces don M. P. A., tío del actor y, según declaración expresa de las sentencias, consintió la edificación realizada por el actor y su esposa. Siendo así faltan los presupuestos básicos para la aplicación del

artículo 361 Cc. pues este precepto y los siguientes se refieren a la construcción emplazada sobre suelo ajeno, señalando distintos efectos según haya habido buena o mala fe por parte de cada uno de los intervinientes, el dueño del suelo y el constructor. Buena fe significa en estos supuestos para el constructor la ignorancia de que edifica sobre suelo ajeno (en el art. 433 Cc. se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide), de la misma forma que «se entiende haber mala fe por parte del dueño siempre que el hecho se hubiere ejecutado a su vista, ciencia y paciencia sin oponerse» (segundo párrafo del art. 364 del Código civil).

En el presente supuesto no es sólo que el constructor hubiera obrado con buena fe (ignorancia, como tercero respecto a la propiedad, de hacerlo sobre suelo ajeno) sino que contaba con el consentimiento expreso del dueño, lo que hubiera impedido a este intentar el ejercicio del derecho de opción previsto en el artículo 361 para hacerse con la propiedad de lo edificado, mediante su indemnización, pues el consentimiento otorgado no podía permitirle después ejercitar tal opción. Ello no quiere decir que por tal consentimiento perdiera la propiedad del terreno, pero sí el derecho a obtener la edificación mediante el ejercicio de la opción por lo que, en definitiva, había convertido la opción en una sola posibilidad, la de obtener el precio del terreno. En este caso la buena fe exige el respeto de las consecuencias por el consentimiento dado, que origina en quien construye de buena fe fiado en dicho consentimiento (doctrina de los propios actos) la confianza de edificar su casa y de que no se verá privado de ella por el cambio de parecer del dueño del terreno, que en un momento dado pretenda, a su criterio, obtener la edificación.

Lo expuesto no significa, como dice el actor en sus alegaciones al recurso, que con tal conclusión se haría depender la posibilidad de ejercitar la opción de quien sea en cada momento el propietario del suelo, pues lo dicho no excluye la posibili-

dad de que cualquiera pueda recibir en herencia una finca sobre la que con anterioridad haya sido realizada una edificación por un tercero de buena fe, ignorante de la ajenidad del suelo, y pueda el heredero ejercitar la opción contenida en el artículo 361 Cc., si se dan sus requisitos referidos al tiempo de la edificación. En tal caso el heredero recibe el bien con sus derechos y obligaciones, incluyendo la posibilidad de la opción indicada si el anterior propietario no la ejercitó, porque no pudo o no quiso hacerlo, tras encontrarse con una edificación así realizada. Pero no podría el heredero ejercitar la opción si el anterior propietario había consentido la edificación, por las razones expuestas. En estos casos señala la doctrina que cuando el tercero opera sobre el terreno en virtud de una relación jurídica con su dueño (en este caso autorización expresa del tío) que le faculta para ello, que posteriormente se extingue, anula o resuelve, no son aplicables las normas de la accesión inmobiliaria (sentencias de 4 y 14 de junio de 1956 y 1 de febrero de 1979). La situación debe regirse por las reglas de aquella relación y en este supuesto ya hemos reflejado el consentimiento dado por el dueño del suelo que, en aplicación del principio de buena fe y del respeto a los propios actos, le impediría ejercitar la opción del artículo 361 Cc. y, por ello, también a su heredero que, además, era el edificante con plena conciencia de hacerlo sobre suelo ajeno y con consentimiento del dueño. En consecuencia procede también estimar los motivos segundo y tercero del recurso.

Ello lleva a la situación de una titularidad actual del suelo, la del actor, y una titularidad sobre la edificación de la sociedad consorcial sin liquidar, que no permite al primero la opción de hacer suya la edificación pero sí de obtener la debida compensación por el terreno. En tal caso no procede hacer declaración alguna sobre los gastos a que hacen referencia las sentencias por las obras realizadas con posterioridad en la edificación, tanto por las de consolidación del tejado como las de adaptación a vivienda de turismo rural, o cua-

lesquiera otras obras o gastos, pues habrán de ser, en su caso, objeto de la correspondiente liquidación y división del patrimonio consorcial.

**Quinto:** En cuanto al motivo cuarto del recurso, para acomodar el Registro a la realidad, dada la estimación de los motivos anteriores, procede igualmente su estimación, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 38 y 40 de la Ley Hipotecaria, respecto a aquellas inscripciones que resulten contrarias a lo que resulta de este recurso, confirmando lo resuelto en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, en particular las inscripciones 5ª, relativa a la declaración de obra nueva a nombre de don M. P. A., y 6ª (no la 7ª, según se ha aclarado), relativa a la aceptación de la herencia de la edificación a favor de don F. P. M., que deben referirse únicamente al terreno.

**Sexto:** Por la estimación del recurso no procede hacer imposición de las costas devengadas en el mismo de conformidad con lo previsto en el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, habiendo recaído en las instancias sentencias de contenido contradictorio sobre un tema jurídico controvertido, tampoco se hace declaración de condena en costas respecto de las de primera instancia y apelación conforme al artículo 394.1, dadas las dudas que presentaba el asunto planteado.

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

#### FALLAMOS

**Primero.** Debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación formulado por la Procuradora de los Tribunales Sra. Sanjuán Grasa, actuando en nombre y representación de doña R. R. M., contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca en fecha 11 de mayo del presente año, que casamos y anulamos.

**Segundo:** En su lugar, confirmando la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, desestimamos íntegramente la demanda

interpuesta por la Procuradora doña María Dolores del Val en representación de don F. P. M., y absolvemos a doña R. R. M. de las pretensiones deducidas en la demanda, y estimamos la reconvencción formulada por la demandada, en los términos que resultan de dicha sentencia salvo la referencia a la inscripción registral 7ª, que deberá ser sustituida por la 6ª.

**Tercero:** No se hace condena en costas de ninguna de las instancias ni en las de este recurso, en que cada parte satisfará las suyas.

**Cuarto:** Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Esta sentencia es firme por ministerio de la Ley, y contra ella no cabe recurso jurisdiccional alguno.

Devuélvanse las actuaciones a la referida Audiencia Provincial, juntamente con testimonio de esta resolución, debiendo acusar recibo.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

#### NÚM. 11

*S. TSJA de 5 de abril de 2011*

**64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: AUTORIDAD FAMILIAR: Privación: en los procedimientos dirigidos a la privación de la autoridad familiar ha de tenerse en cuenta que se permite a los tribunales, «en interés del hijo, acordar la recuperación de la autoridad familiar cuando hubiera cesado la causa que motivó su privación» (art. 77-2 LDp.), pues incluso estas situaciones declaradas judicialmente no son irreversibles permitiéndose su revisión en virtud del cambio de circunstancias que deben ser valoradas por los tribunales. En este caso, la denega-**

*ción de prueba solicitada por la actora no resulta justificada habiéndose producido la infracción del art. 283 Lec.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** arts. 208-1, 217, 283, 469-1-3º4º, 751, 752, 780, 781 DF 16º-1 Lec.; art. 24 CE; art. 177-2 Cc.; art. 59 Ley 12/2011, de 2 de julio de infancia y la adolescencia en Aragón; arts. 77, 104, 105 LDp.

**PONENTE:** Ilmo. señor don Ignacio Martínez Lasierra.

*En Zaragoza, a cinco de abril de dos mil once.*

*En nombre de S.M. el Rey.*

*La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación e infracción procesal número 19/2010 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha de 23 de septiembre de 2010, recaída en el rollo de apelación número 187/2010, dimanante de autos número 969/2009, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, doña Felisa C., representada por la Procuradora de los Tribunales doña Concepción Pérez Ferrer y dirigida por la Letrada doña Carmen Biel Ibáñez, y como parte recurrida el Ministerio Fiscal y el Instituto Aragonés de Servicios Sociales (IASS).*

*Es Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. don Ignacio Martínez Lasierra.*

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero:** La Procuradora de los Tribunales doña Concepción Pérez Ferrer, actuando en nombre y representación de doña Felisa C., presentó demanda en solicitud de necesidad de asentimiento en la adopción del menor A. C. del que es progenitora, en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando se dicte sentencia: *«por la que se estime íntegramente la demanda y se declare que es necesario el*

*asentimiento de mi mandante, con los efectos derivados de dicha declaración en el procedimiento de adopción, todo ello con expresa condena en costas a la demandada».*

**Segundo:** Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la parte demandada (IASS y Ministerio Fiscal) que comparecieron en tiempo y forma y contestaron a la misma, solicitando el IASS *«dicte en su día sentencia por la que se desestime totalmente la demanda formulada de contrario».*

El Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza dictó sentencia en fecha de 25 de enero de 2010, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: *«FALLO: Que desestimando la demanda formulada por la representación de doña Felisa C. contra el Instituto Aragonés de Servicios Sociales de la Diputación General de Aragón sobre necesidad de asentimiento para la adopción de su hijo menor don Aarón nacido el 9 de septiembre del año 2007, debo declarar y declaro no haber lugar a ella, de manera que la adopción podrá constituirse sin necesidad de dicho asentimiento, si conviene al hijo: No se hace expresa condena en costas.»*

**Tercero:** Interpuesto por la parte demandante, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de esta ciudad, se dio traslado del mismo a las partes personadas, quienes presentaron los oportunos escritos de oposición al recurso, y elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Zaragoza, esta dictó sentencia de fecha 23 de septiembre de 2010, cuya parte dispositiva dice así: *«FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por doña Felisa C. contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 16 de Zaragoza el 25 de enero de 2010, debemos confirmar y confirmamos la misma, sin hacer declaración sobre las costas causadas en esta alzada: Se decreta la pérdida del depósito constituido.»*

**Cuarto:** La Procuradora de los Tribunales doña Concepción Pérez Ferrer, actuando en nombre y representación de doña Felisa C., presentó en tiempo y forma



escrito preparando recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra dicha sentencia y, una vez que la Audiencia Provincial de Zaragoza los tuvo por preparados, formuló el oportuno escrito de interposición que basó, en cuanto a la infracción procesal: «1º) *Al amparo de lo previsto en el artículo 469.1.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión*: 2º) *al amparo de lo previsto en el artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución.*» Y en cuanto a la Casación: «*Primero: Vulneración de los arts. 21 a 24 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y adolescencia en Aragón y 56 y 59 de la misma Ley, en relación con la Ley Orgánica 1/1996 de 16 de enero de Protección Jurídica del Menor; Segundo: Vulneración en relación con los arts. 55, 56 y 60 de la Ley 13/2006, sobre derecho de la persona en Aragón, en relación con la LO 1/1996 de 16 de enero de Protección Jurídica del Menor.*»

**Quinto:** Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se dictó en fecha 30 de diciembre de 2010 auto por la que se acordó declarar la competencia de esta Sala para el conocimiento del recurso de casación y extraordinario por infracción procesal, admitiéndolos, y confirmando traslado a la parte contraria para, si lo estimare pertinente, formalizara oposición por término de 20 días, haciéndolo dentro de plazo. Por providencia de 9 de febrero se señaló para votación y fallo el día 9 de marzo del presente año, que posteriormente, por necesidades del servicio, se suspendió señalándose nuevamente para el día 10 del mismo mes.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** Fueron admitidos por esta Sala el recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal interpuestos

contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 23 de septiembre de 2010 por lo que, conforme a lo dispuesto en la Disposición final decimosexta, apartado 1, regla 6ª, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debe ser resuelto en primer lugar el recurso extraordinario por infracción procesal.

Este recurso extraordinario lo funda la parte recurrente en dos motivos, el primero al amparo del artículo 469.1.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión, y el segundo al amparo de lo previsto en el artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución.

En el primero se citan como infringidos el artículo 208.1 LEC relativo a la forma de las resoluciones, en concreto las providencias, el artículo 217 LEC sobre la carga de la prueba, y el artículo 283 LEC referente a la impertinencia o inutilidad de la actividad probatoria y, por la denegación de la prueba propuesta, en la infracción de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la indefensión material producida por tal denegación.

En el segundo se denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución española por la indefensión producida por la denegación inmotivada e injustificada de la prueba propuesta.

Ambos motivos giran, pues, en torno a la denegación de la prueba propuesta en primera instancia y reproducida en apelación, con resultado de indefensión e infracción del derecho de tutela judicial efectiva que deben conducir –según la recurrente– a la nulidad de lo actuado y a la reposición de las actuaciones al momento de la infracción y vulneración.

Por ello resulta procedente el examen conjunto de los dos motivos del recurso extraordinario por infracción procesal.

**Segundo:** En el escrito de demanda solicitó prueba la actora en los siguientes términos:

*«OTROSÍ DIGO: Que como prueba anticipada a juicio, interesa al derecho de mi parte, la siguiente proposición de prueba:*

*A) Informe pericial a realizar por la psicóloga adscrita a este Juzgado, con la finalidad de emitir dictamen acerca de la aptitud y capacidad de la actora para el ejercicio y desarrollo de los deberes inherentes a la patria potestad.*

*Suplico al juzgado: acuerde la práctica de la prueba pericial interesada.»*

El Juzgado resolvió esta petición en el Auto de admisión a trámite de la demanda de 7 de septiembre de 2009 de la siguiente forma: *«3: Al OTROSÍ, no ha lugar a la prueba pericial psicológica solicitada.»*

Una vez presentada la contestación a la demanda y señalada la fecha para la celebración de vista, la actora presentó escrito de 24 de noviembre de 2009 diciendo:

*«PROPOSICION DE PRUEBA: a) Médico Forense adscrito a este Juzgado, con la finalidad de emitir dictamen acerca de la capacidad de la actora, teniendo en cuenta los conceptos de minusvalía que presenta, según el Dictamen Técnico Facultativo del Equipo de Valoración y Orientación del Centro Base de Zaragoza elaborado el 12 de mayo de 2006, que consta en el expediente administrativo obrante en Procedimiento de Oposición medidas en Protección de Menores núm. 310/2008 de este Juzgado, al cual nos remitimos: b) Informe pericial a realizar por la psicóloga adscrita a este Juzgado, con la finalidad de emitir dictamen acerca de la aptitud y capacidad de la actora para el ejercicio y desarrollo de los deberes inherentes a la patria potestad: c) Informe pericial a realizar por el Equipo Psicossocial adscrito a este Juzgado, con la finalidad de que determine las medidas con las que debe contar doña Felisa C. en orden al cuidado y crianza de su hijo menor de edad A. C. D.»*

El Juzgado dictó providencia de 27 de noviembre de 2.009 en la que dijo: *«Se tiene por propuesta prueba anticipada por la parte actora y a la vista de su contenido NO HA LUGAR*

*a la admisión de ninguno de los medios de prueba propuestos.*

*Se acuerda de oficio solicitar del IASS la remisión de testimonio del expediente administrativo relativo al menor A. C. D.»*

En el acta de la vista del juicio consta, en relación a la prueba, lo siguiente:

*«La parte demandante propone los siguientes medios de prueba: Pericial del Gabinete.*

*S. S<sup>a</sup> dispone, en relación con la prueba propuesta, lo siguiente:*

*Admisión/inadmisión de pruebas de la demandante:*

*No se admite la Pericial propuesta al considerarla innecesaria habida cuenta del expediente administrativo.*

*Se formula protesta a efectos de segunda instancia, tanto por la no suspensión del procedimiento por prejudicialidad civil como por la no admisión de la Pericial Psicológica.*

*Admisión/inadmisión de pruebas de la demandada:*

*Se estiman pertinentes todas las solicitudes.»*

Tras la sentencia del Juzgado de 25 de enero de 2010, interpuso la actora recurso de apelación en cuyo otrosí dijo:

*«OTROSÍ DIGO: Que, en el momento procesal oportuno, mi representada interesó la práctica de la siguiente prueba pericial: Informe pericial a realizar por la psicóloga adscrita a este Juzgado, con la finalidad de emitir dictamen acerca de la aptitud y capacidad de la actora para el ejercicio y desarrollo de los deberes inherentes a la patria potestad. La representante de la DGA y el Ministerio Fiscal se opusieron a la práctica de la misma. Su Señoría desestimó la prueba propuesta. Esta representación formuló respetuosa protesta por entender que se estaba privando de medios del derecho de acceso a la prueba, consagrado en el art. 24 Constitución española, relativo a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la prueba y, en consecuencia, de no accederse a ello, se causaría indefensión.*

*Por dicho motivo y por ser trascendente la práctica de los medios de prueba dado el razonamiento expuesto en el motivo segundo de este recurso, intereso el recibimiento del juicio a prueba en la segunda instancia, solicitando la práctica de los siguientes medios de prueba:*

*A) Informe pericial a realizar por la psicóloga adscrita a este Juzgado, con la finalidad de emitir dictamen acerca de la aptitud y capacidad de la actora para el ejercicio y desarrollo de los deberes inherentes a la patria potestad.*

*Suplico a la Sala, acuerde la práctica de la prueba pericial.»*

En el Auto de la Audiencia Provincial de 27 de abril de 2010 se resolvió la petición de prueba de la recurrente en los siguientes términos:

*«Razonamientos jurídicos. Único: No procede admitir la prueba pericial propuesta por la recurrente por no resultar trascendente para resolver la cuestión controvertida (art. 283 LEC).»*

Los razonamientos de las sentencias del Juzgado y de la Audiencia Provincial sobre la relevancia de las pruebas en relación con el estado de la madre y sus condiciones para hacerse cargo del hijo fueron expresados del modo que se recoge a continuación.

La sentencia del Juzgado recoge los antecedentes de la actora que condujeron a la intervención administrativa y a un régimen de acogimiento para el niño, y justifica así que se denegara la práctica de prueba: *«... dado que a su edad necesita un ambiente familiar y no un centro para menores. Por ello no tiene objeto la práctica de ninguna prueba tendente a demostrar si actualmente la situación de la madre ha cambiado pues, en primer lugar no se alega siquiera que haya superado todas sus deficiencias y tenga una vida ordenada, un empleo suficientemente retribuido, y un domicilio en el que convivir con el menor, sino que se pide pericial psicológica para determinar si de manera genérica es capaz de atenderlo, y además también es importante proteger el interés del niño, que es prioritario, y que convive desde hace dos años con una familia de acogida, de manera que el separarlo de esta le produciría*

*un grave perjuicio y sin duda futura inestabilidad. En tales circunstancias se ha de entender que la incapacidad actual de la actora para tener consigo al hijo supone que está incurso en causa de privación de autoridad familiar, y por ello ha de concluirse que no es necesario su asentimiento para que tenga lugar la adopción.»*

La sentencia de la Audiencia Provincial, tras recoger las circunstancias que llevaron a que el niño le fuera retirado a la madre nada más nacer y a la asunción de la tutela por parte de la Administración, dice: *«No existe la más mínima constancia de que la incapacidad personal de Felisa en todos los órdenes de su vida, haya desaparecido, careciendo de apoyo fáctico sus alegatos impugnatorios. El interés del menor fue el único criterio mantenido por la Administración en su intervención. La incapacidad de la recurrente, determinante de la declaración de desamparo del menor, supone la aplicabilidad del art. 177-2 del Código civil, que excluye la necesidad de su asentimiento en la adopción del menor, lo que comporta la desestimación del recurso.»*

Para el adecuado enjuiciamiento del interés y del alcance de la prueba solicitada, en los términos que han quedado transcritos, es preciso tener en cuenta la proposición de la misma en relación con las pretensiones de la demanda. En el primer párrafo del hecho cuarto de la misma dice la actora que *«el objeto del presente procedimiento es determinar si la conducta de mi representada, madre biológica del menor, está o no incurso en causa de privación de la patria potestad y determinar, en consecuencia, si debe contarse con su asentimiento como requisito indispensable para la adopción del menor...»*. A lo largo de la demanda expone, fundamentalmente, su disconformidad con las conclusiones de los expedientes administrativos que desembocaron en las resoluciones del Instituto Aragonés de Servicios Sociales (IAAS) en las que se acordó la situación de desamparo, la suspensión temporal de las visitas y el acogimiento familiar preadoptivo. Resoluciones que fueron mantenidas por la sentencia de 16 de septiembre de 2008 del Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Zaragoza recaída en procedimiento de oposición a

medidas en protección de menores, confirmada por la de la Audiencia Provincial de 23 de junio de 2009, y por la de esta Sala de 4 de enero de 2010. En cuanto a su estabilidad emocional y familiar relata que, tras su divorcio en mayo de 2007, ha convivido de forma estable con su pareja actual en una habitación alquilada, contando con los ingresos de su pareja y los propios de una pensión de 392,33 euros, que percibe por su minusvalía, además de ser contratada esporádicamente para trabajos de limpieza con cuyos ingresos complementa la pensión mencionada. Alega que nunca tuvo la oportunidad de cumplir con los deberes propios de la autoridad familiar puesto que el hijo le fue retirado nada más nacer, y que no se encuentra incurso en causa de privación de patria potestad o autoridad familiar porque es capaz de cuidar a su hijo, tiene recursos para hacer frente a la crianza del mismo, cuenta con estabilidad emocional y con un hogar en el que vivir junto con el menor, y que ni la pobreza ni la minusvalía son atributos que conlleven situaciones de riesgo y desamparo que impidan la crianza del hijo.

**Tercero:** El procedimiento ahora instado por la actora tras su oposición a la adopción de su hijo formulada en el procedimiento 629/2009 del mismo Juzgado, suspendido hasta recaer sentencia firme en este, tiene como finalidad, como expresa en su demanda, que se declare la necesidad de su asentimiento para dicha adopción, conforme a los trámites del artículo 781 LEC. Como se ha señalado, previamente se había tramitado ante el mismo Juzgado el procedimiento de oposición a medidas de protección de menores previsto en el artículo 780 del texto procesal, las cuales habían declarado la situación de desamparo del menor, la suspensión del régimen de visitas, la declaración de tutela *ex lege* y el acuerdo de acogimiento, con el resultado ya indicado de haber sido desestimada la demanda de oposición de la actora. En la sentencia de esta Sala de 4 de enero de 2010, recaída en el recurso de casación 11/2009 que puso fin al indicado procedimiento, se confirmó la situación de

desamparo del menor por haber apreciado las sentencias de instancia y de apelación la existencia de los requisitos de dicha situación en los términos previstos en el artículo 59 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón, y en el artículo 104 de la Ley aragonesa 13/2006 de Derecho de la persona, concretados en el incumplimiento de los deberes de protección, efectiva privación de asistencia al menor y nexo causal entre el incumplimiento y la efectiva privación de asistencia, así estimados incluso con carácter preventivo, antes del nacimiento del niño, por la apreciación del imposible ejercicio de los deberes de protección conforme a la conducta observada en la madre antes del nacimiento.

Estos mismos hechos que sirvieron de base a las declaraciones administrativas anteriores, judicialmente confirmadas, son los que nuevamente sirven de fundamento a las sentencias recaídas en el procedimiento del que trae causa el presente recurso para apreciar que la madre del menor está incurso en causa de privación de la autoridad familiar, y por tal motivo la sentencia de instancia expresamente consideró, como se ha dicho, que *«no tiene objeto la práctica de ninguna prueba tendente a demostrar si actualmente la situación de la madre ha cambiado»*. Y la sentencia de la Audiencia Provincial reproduce las deficiencias de la madre puestas de manifiesto en los anteriores expedientes y procedimientos argumentando, para apreciar los motivos por los que está incurso en causa de privación de la autoridad familiar, que *«no existe la más mínima constancia de que la incapacidad personal de Felisa en todos los órdenes de su vida, haya desaparecido, careciendo de apoyo fáctico sus alegatos impugnatorios»*.

Ciertamente la demanda de la actora, insistiendo en su rechazo a la valoración que se hizo de su estado y situación en el momento de los expedientes anteriores, que condujeron a la situación de desamparo y acogimiento preadoptivo, provoca en cierta medida que las sentencias dictadas se fundaran en los mismos motivos, sin necesidad de nueva prueba para compro-

bar su situación actual, por entender que aquellos motivos la hacían acreedora también de la declaración de hallarse incurso en causa de privación de la autoridad familiar y, por ello, a no ser preciso su asentimiento para la adopción. Pero los diferentes requisitos que deben exigirse para las dos distintas declaraciones (la de desamparo y la de privación de la autoridad familiar) y, sobre todo, las consecuencias derivadas de cada una de ellas, exigen un análisis más detallado de los presupuestos y consecuencias de ambos procedimientos.

El procedimiento para determinar la necesidad, o no, de asentimiento de los padres en la adopción (art. 781 LEC) precisa la remisión al precepto sustantivo, dentro de la regulación de la adopción, que expresamente examina los supuestos en que tal asentimiento es necesario, concretamente el artículo 177.2.2º del Código civil que requiere el asentimiento de los padres del adoptando no emancipado, a menos que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incurso en causa legal para tal privación. Y expresamente exige que esta situación sólo pueda apreciarse en procedimiento judicial contradictorio.

Se equiparan, por lo tanto, las situaciones de haber sido privado de la patria potestad y de hallarse incurso en causa legal para ello, y son los mismos los requisitos de procedimiento (juicio contradictorio) y las consecuencias (pérdida directa de la patria potestad en un caso, y no necesidad de asentimiento en la adopción, cuya constitución lleva a su pérdida, artículo 169.3º Cc., en otro). La gravedad de las consecuencias que se derivan de ambas situaciones exige un cuidadoso examen de los presupuestos de hecho y, por ello, de las pruebas que los acrediten, debiendo afirmarse que no son necesariamente los mismos que pudieron dar lugar a declaraciones de desamparo y acogimiento, que en este caso tuvieron la referencia temporal del año 2007. A estos efectos resulta determinante la prueba de la subsistencia, o no, de aquellos presupuestos de hecho, aunque ha de advertirse que los presump-

tos de hecho para la declaración de desamparo y para la privación de la patria potestad (de la autoridad familiar en Derecho aragonés) no son exactamente los mismos.

El artículo 104 de la Ley aragonesa 13/2006, de Derecho de la persona, define la situación de desamparo como la producida «*de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores o incapacitados, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material*». Y las consecuencias de la declaración de la situación de desamparo son las señaladas en el artículo 105 de la Ley 13/2006, que son la asunción automática por la entidad pública de las funciones tutelares y la suspensión de la autoridad familiar, pero no su privación. Debe recordarse que para el supuesto de la misma recurrente declaró esta Sala en la sentencia de 4 de enero de 2010 que, al amparo de lo dispuesto en los artículos 58 y 59 de la Ley 12/2001 y del artículo 104 de la Ley 13/2006, era posible apreciar la situación de desamparo incluso por conductas anteriores al nacimiento del niño si se apreciaba el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes, incluso para el futuro, derivado de la conducta de la madre antes del nacimiento. Se trataba, por lo tanto, de valorar el imposible o inadecuado ejercicio de tales deberes de protección, que es distinto a valorar los requisitos para adoptar la decisión de privación de la patria potestad (autoridad familiar en Aragón) o la situación de hallarse incurso en causa legal para ello.

La referencia del artículo 177.1.2º Cc a la privación de la patria potestad o a hallarse incurso en causa legal para su privación, que exige comprobar «*el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma*» (art. 170 Cc.), debe sustituirse entre nosotros por el artículo 77 de la Ley aragonesa 13/2006, de Derecho de la persona, conforme al cual para la privación de la autoridad familiar se requiere «*sentencia firme fundada en el incumplimiento grave y reiterado de los deberes inherentes a la misma*», enunciado que lite-

ralmente resulta más exigente que el del artículo 170 del Código civil, sin perjuicio de que en su aplicación pueda equipararse. Debe reiterarse lo declarado para la situación de desamparo, aunque ahora con mayores dificultades dado el tenor literal del artículo 77 (donde no existe la expresión *del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección* del art. 104), que permita la apreciación del incumplimiento grave y reiterado de los deberes en quien no ha tenido la oportunidad de ejercerlos dado que el niño le fue retirado al nacer, deduciendo dicho incumplimiento ya no sólo de la anterior conducta de la madre sino de la posibilidad de extrapolarla a su situación actual, lo que inevitablemente exigirá valorar la prueba que permita comprobar dicha situación y no simplemente derivarla de aquel estado anterior.

**Cuarto:** Con las anteriores premisas debe examinarse ahora si la denegación de la prueba solicitada por la recurrente en la primera instancia y en la apelación supone infracción de los preceptos señalados en su recurso que resulte determinante de nulidad o productora de indefensión, o vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución (art. 469.1.3º y 4º en el que se ampara el recurso). Los preceptos señalados como infringidos son los artículos 208.1, 217 y 283 LEC, además del artículo 24 de la Constitución española.

A estos efectos la mera cita del artículo 208.1 LEC, sin explicación de la forma en que la recurrente entiende cometida la infracción, no la acredita. Ciertamente, la providencia del Juzgado de 27 de noviembre de 2.009 que denegó la solicitud de prueba anticipada diciendo *«Se tiene por propuesta prueba anticipada por la parte actora y a la vista de su contenido NO HA LUGAR a la admisión de ninguno de los medios de prueba propuestos»*, carece de motivación e infringe en realidad el artículo 206.1, regla 2ª, que exige la forma de auto para la inadmisión de prueba, pero no con los efectos invalidantes que se pretenden si, como sucedió, hubo otras resoluciones que inadmitieron la prueba cumpliendo la forma, aunque la

falta de motivación pudiera incidir en los mismos efectos.

El auto del Juzgado de 7 de septiembre de 2009, de admisión a trámite de la demanda, al denegar la prueba diciendo *«3: AL OTROSÍ, no ha lugar a la prueba pericial psicológica solicitada»*, cumple el requisito de forma pero carece absolutamente de motivación, infringiendo por ello el artículo 208.2.

Posteriormente, en el acto de la vista del juicio fue denegada la prueba diciendo: *«No se admite la pericial propuesta al considerarla innecesaria habida cuenta del expediente administrativo.»* Se justifica así, escuetamente, la denegación por entender suficiente el expediente administrativo que sirvió de fundamento en el anterior procedimiento para la declaración de la situación de desamparo, por lo que se cumpliría la obligación de motivar, si bien la recurrente discrepa, con cita del artículo 283, de que la prueba propuesta fuera intrascendente. El Juzgado la consideraba innecesaria y así lo justificaba después en la sentencia: *«...no tiene objeto la práctica de ninguna prueba tendente a demostrar si actualmente la situación de la madre ha cambiado pues, en primer lugar no se alega siquiera que haya superado todas sus deficiencias y tenga una vida ordenada, un empleo suficientemente retribuido, y un domicilio en el que convivir con el menor, sino que se pide pericial psicológica para determinar si de manera genérica es capaz de atenderlo, y además también es importante proteger el interés del niño, que es prioritario, y que convive desde hace dos años con una familia de acogida, de manera que el separarlo de esta le produciría un grave perjuicio y sin duda futura inestabilidad.»* Así pues, se pone el acento en que no alegaba la actora haber superado sus deficiencias y tener una vida ordenada, unos medios de vida suficientes y un domicilio, considerando el Juzgado inhábil una prueba pericial psicológica sobre su capacidad genérica para atender al niño.

El Auto de la Audiencia Provincial de 27 de abril de 2010 resolvió inadmitir la prueba propuesta por la recurrente al

interponer el recurso de apelación diciendo: «No procede admitir la prueba pericial propuesta por la recurrente por no resultar trascendente para resolver la cuestión controvertida (art. 283 LEC)», lo que viene a ser una motivación de inutilidad de la prueba, no precisando si por impertinencia y falta de relación con el objeto del proceso (art. 283.1) o por propia inutilidad al no contribuir a esclarecer los hechos controvertidos (art. 283.2). La sentencia de la Audiencia justifica su decisión en la falta de prueba que justificara que la situación había cambiado respecto a la declaración de desamparo, y que esta misma declaración lleva a declararla incurso en causa de privación de la patria potestad, al decir: «No existe la más mínima constancia de que la incapacidad personal de Felisa en todos los órdenes de su vida, haya desaparecido, careciendo de apoyo fáctico sus alegatos impugnatorios. El interés del menor fue el único criterio mantenido por la Administración en su intervención. La incapacidad de la recurrente, determinante de la declaración de desamparo del menor, supone la aplicabilidad del art. 177-2 del Código civil, que excluye la necesidad de su asentimiento en la adopción del menor, lo que comporta la desestimación del recurso.»

Las anteriores declaraciones del Juzgado y de la Audiencia, tanto en las resoluciones denegando la admisión de la prueba como en las sentencias, ponen de relieve, como motivación de su inutilidad, que la situación de la actora, tanto en lo relativo a su capacidad personal como a sus medios económicos y sociales, no había cambiado y eran suficientes los motivos que llevaron a la declaración de desamparo para considerarla incurso en causa de privación de la autoridad familiar. Como se ha razonado en el fundamento anterior, esta equiparación de situaciones (desamparo y causa de privación de la autoridad familiar), no puede hacerse sin una adecuada justificación del estado actual del progenitor, ni tampoco cabe fundarla en falta de prueba si la actora, cumpliendo con la carga que le impone el artículo 217 LEC, propone reiteradamente la práctica de la que estima oportuna, que con la mis-

ma reiteración le es denegada. Puede afirmarse que resultaría justificada la denegación si absolutamente se apartara del objeto del proceso (art. 283.1 LEC) o resultara inútil a tal fin (art. 283.2), pero no puede ser así apreciado «a priori» si, cuando se propuso como prueba anticipada, se solicitaba dictamen del médico forense sobre su capacidad en función de su minusvalía, dictamen de psicólogo sobre su aptitud y capacidad para el ejercicio y desarrollo de los deberes inherentes a la patria potestad, e informe del equipo psicosocial sobre las medidas precisas para la recurrente para el cuidado y crianza de su hijo, pues tales dictámenes e informes resultan plenamente ajustados al objeto del proceso.

La mera previsibilidad del resultado, que es lo que parece haber llevado a las decisiones impugnadas, no autoriza una denegación de esta prueba en este tipo de procedimientos (Libro IV, Título Primero de la Ley de Enjuiciamiento Civil) en los que se proclama la indisponibilidad de su objeto (art. 751) y la más amplia admisión de los medios de prueba en cualquier fase, y (art. 752) a instancia de parte o de oficio (en este sentido la sentencia del Tribunal Constitucional 58/2008, de 28 de abril). Por ello la sentencia del Tribunal Supremo núm. 565/2009, de 31 de julio, sienta la doctrina de permitir contemplar el cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se produjo la declaración de desamparo, incluso durante el proceso civil, con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad (sic).

En particular, en los procedimientos dirigidos a la privación de la patria potestad o de la autoridad familiar, ha de tenerse en cuenta que se permite a los tribunales, «en interés del hijo, acordar la recuperación de la autoridad familiar cuando hubiere cesado la causa que motivó su privación» (artículo 77.2 de la Ley 13/2006, de Derecho de la persona, y con similar redacción el artículo 170, segundo párrafo del Código civil), pues incluso estas situaciones declaradas judicialmente no son irreversibles permitiendo su revisión en función de los cam-

bios de circunstancias, que han de ser valorados por los tribunales que tienen encomendada esta función, siempre que se adopten en interés del hijo. El interés del menor se erige así en el eje que debe presidir el enjuiciamiento y resolución de este tipo de procesos, y en ocasiones dicho interés se protegerá adecuadamente permitiendo a los padres la recuperación de la patria potestad o de la autoridad familiar perdidas (recordemos que la autoridad familiar no se pierde por la declaración de desamparo), y en otras tal protección se conseguirá rechazando dicha recuperación en función de la situación en la que se encuentre el hijo y de las capacidades de los padres, todo lo cual habrá de ser enjuiciado por los tribunales a los que corresponde dicha valoración, con arreglo a las pruebas puestas a su disposición u obtenidas de oficio.

En este supuesto la denegación de prueba, a la vista de lo expuesto hasta ahora, no resulta justificada, habiéndose producido la infracción del artículo 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues las pruebas propuestas guardaban relación con el objeto del proceso (apartado 1), y sólo podían ser rechazadas (apartado 2) las que «según reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos». Esta regla contenida en las disposiciones generales sobre la prueba impone a los tribunales un criterio claramente restrictivo en el rechazo de pruebas, que debe seguirse con el máximo rigor en este tipo de procedimientos, según las consideraciones expuestas.

Sobre la relevancia de la denegación de prueba a los efectos de determinar si la misma ha generado indefensión y/o vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución (art. 469.1, apartados 3º y 4º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil), debemos partir de las reiteradas declaraciones recogidas en sentencias como la del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2010, núm. 141/2010, recurso 1335/2006, conforme a la cual «el art. 24.2 CE, que se refiere a la utilización de los medios de prueba «pertinentes», implica que su reconocimiento

*no ampara un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada, en virtud de la cual las partes estarían facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye sólo el derecho a la admisión y práctica de las que sean pertinentes, entendiéndose por tales aquellas pruebas que tengan una relación con el thema decidendi (supuesto que debe decidirse) (SSTC 147/2002, de 15 de junio, FJ 4; 70/2002, de 3 de abril, FJ 5; 165/2001, de 16 de julio, FJ 2 a); y 96/2000, de 10 de abril, FJ 2».*

Para concretar si la denegación de prueba es relevante en términos de ser considerada causante de indefensión o de infracción de derechos constitucionales, señala la citada sentencia que «es exigible que se acredite por la parte recurrente, a quien corresponde la carga procesal correspondiente, la existencia de una indefensión constitucionalmente relevante [por todas, STC 157/2000, de 12 de junio, FJ 2 c)]; cosa que se traduce en la necesidad de demostrar que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada era decisiva en términos de defensa (STC 147/2002, de 15 de julio, FJ 4), esto es, que hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito (STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 5), al ser susceptible de alterar el fallo en favor del recurrente (STC 116/1983, de 7 de diciembre, FJ 3).

En el presente supuesto ya hemos valorado la trascendencia de la prueba propuesta por la recurrente dirigida a intentar acreditar su situación, que le permitiría ocuparse de su hijo, sin perjuicio de la valoración que corresponde a los tribunales, por lo que, habiéndose producido la infracción de los preceptos indicados como consecuencia de la injustificada denegación de la prueba propuesta, procede estimar el recurso extraordinario por infracción procesal y ordenar reponer las actuaciones al estado y momento en que se hubiera incurrido en la infracción o vulneración (art. 476.4 LEC), que es la providencia de 27 de noviembre de 2009 denegando la prueba propuesta como anticipada en el escrito de 24 de noviembre de 2009 (folios 70 y 71 de los autos de primera instancia), para su admisión en forma y continuación de los trámites subsiguientes.



**Quinto:** Estimado el recurso extraordinario por infracción procesal, con el efecto de reposición de las actuaciones, no cabe pronunciamiento alguno sobre el recurso de casación.

**Sexto:** En cuanto a costas, conforme a lo dispuesto en el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal, no procede su imposición a ninguna de las partes.

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

#### FALLAMOS

Estimar el recurso extraordinario por infracción procesal con anulación de la sentencia recurrida y ordenar reponer las actuaciones al estado y momento en que se incurrió en la infracción o vulneración, que es la providencia de 27 de noviembre de 2009 denegando la prueba propuesta como anticipada en el escrito de 24 de noviembre de 2009, para que se proceda a su admisión en forma y continuación de los trámites subsiguientes.

Sin imposición de costas.

Contra esta sentencia no cabe recurso alguno (art. 476.4 LEC).

Devuélvanse las actuaciones a la referida Audiencia Provincial, juntamente con testimonio de esta resolución, debiendo acusar recibo.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

*aparentes; esta servidumbre de paso no es aparente al no estar signos externos directamente vinculados al uso o aprovechamiento; e incluso, en ese caso, aun cuando lo estuvieran, no se habría producido la usucapión toda vez que nos hallamos ante un paso permitido en precario, que se poseía en tal concepto.*

**Disposiciones citadas:** arts. 1-2, 147 Comp. aragonesa; art. 217 Lec.; art. 436, 532 Cc.

**PONENTE:** Ilmo. señor don Luis Fernández Álvarez.

*En Zaragoza a veinte de mayo de dos mil once.*

*En nombre de S.M. el Rey.*

*La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación, núm. 4/2011, interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel en fecha de 9 de julio de 2010, recaída en el rollo de apelación núm. 124/2010, dimanante de autos de juicio ordinario, núm. 314/2009, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Alcañiz, en el que son partes, como recurrente, don M. E. S., representado por la Procuradora de los Tribunales doña M<sup>a</sup> Jesús Palos Oroz y dirigido por el Letrado don Joaquín Solá Martínez, y como recurridos don J. B. L. y doña M<sup>a</sup> P. A. C., representados por el Procurador de los Tribunales don Luis Javier Celma Benages y dirigidos por el Letrado don Eduardo Valles Iriso.*

*Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don Luis Fernández Álvarez.*

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero:** La Procuradora de los Tribunales doña Soledad Espallargas Balduz, actuando en nombre y representación de don M. E. S., presentó demanda de juicio ordinario en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando se dicte sentencia por la que: «1<sup>º</sup>: Se declare la existencia de una servidumbre de paso a la calle

Tremedal de Albalate del Arzobispo, a favor de la propiedad del Sr. E descrita en el hecho primero de la demanda, predio dominante, mediante el camino que discurre desde su propiedad hasta dicha calle por la finca de los demandados, predio sirviente, según descripción que aparece en el acta de presencia notarial y demás documentos adjuntos, con una anchura de 1,20 m., servidumbre que comprende asimismo el uso de la puerta de comunicación entre dicho camino y la calle Tremedal. 2º: Se declare la existencia de una servidumbre de acueducto, desde el brazal general en que se sitúa la arqueta de riego y tajadera situada en el predio sirviente (de los demandados) hasta los bancales propiedad del actor (predio dominante), que permite el riego de estos por gravedad, y que en su parte inicial discurre a través de una tubería semienterrada y después continúa hacia la propiedad del actor, derivando en dos brazales de unos 60 cm. de anchura, en la forma en que aparece en la fotografía del terreno incorporada al acta notarial, donde se marca el trazado o posición de la tubería y brazales de riego. 3º: Condene a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones de derechos. 4º: Condene a los demandados a reponer el citado camino al estado anterior a la colocación de la cadena en la puerta de acceso del camino a la calle Tremedal de Albalate del Arzobispo, la cual deberán retirar dejando libre y expedito el paso por el camino objeto de esta litis y a través de la puerta existente. 5º: Condene a los demandados al pago de las costas procesales del juicio.

**Segundo:** Admitida a trámite la demanda, se dio traslado a los demandados, quienes comparecieron en tiempo y forma y contestaron oponiéndose a la misma, y tras la sustanciación del proceso, el Juzgado de Primera Instancia, núm. 1 de Alcañiz dictó sentencia en fecha de 23 de enero de 2010, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Estimar parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora doña Soledad Espallargas Balduz, en nombre y representación de don M. E. S., con-

tra don J. B. L. y doña Mª P. A. C.: Declarando la existencia de una servidumbre de acueducto desde el brazal general en que se sitúa la arqueta de riego y tajadera situada en el predio sirviente (de los demandados), hasta los bancales propiedad del actor (predio dominante), que permite el riego de estos por gravedad, y que en su parte inicial discurre a través de una tubería semienterrada, y después continúa hasta la propiedad del actor, derivando en dos brazales de unos 60 cm. de anchura, en la forma en que aparece en la fotografía del terreno incorporada al acta notarial, donde se marca el trazado o posición de la tubería y brazales de riego, condenando a los demandados a estar y pasar por la anterior declaración de derechos, y absolviéndoles del resto de los pedimentos formulados en su contra. No se realiza especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en la instancia.»

**Tercero:** La representación procesal de la parte demandante interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la citada sentencia, del que se dio traslado a la parte contraria, quien presentó escrito de oposición al recurso, y elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Teruel, ante la que comparecieron las partes en tiempo y forma, se dictó sentencia en fecha 9 de julio de 2010, cuya parte dispositiva dice así: «FALLO: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora doña Soledad Espallargas Balduz, en la representación que ostenta del demandante don M. E. S., contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 de Alcañiz, en el juicio ordinario núm. 314/09, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, con expresa imposición a la parte apelante de las costas causadas en esta alzada por su recurso, y con pérdida del depósito constituido».

**Cuarto:** El Procurador de los Tribunales Sr. Luis Barona Sanchís, actuando en nombre y representación de don M. E. S. presentó, en tiempo y forma, escrito preparando recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra la anterior sentencia, y una vez se

tuvieron por preparados ambos, por el Procurador Sr. Barona Sanchís se formuló el oportuno escrito de interposición, que basó en los siguientes motivos: I: Recurso extraordinario por infracción procesal: 1. Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, al amparo del ordinal 2º del apartado 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de lo dispuesto en los artículos 217, 218, y 465 de la mentada Ley Procesal, al valorar la carga de la prueba respecto a la posesión por parte del recurrente de la llave para acceder a la calle Tremedal (Alquezar, según error material de la sentencia). 2. Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, al amparo del ordinal 2º del apartado 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de lo dispuesto en los artículos 217, 218, y 465 de la mentada Ley Procesal, al ignorar hechos pacíficos admitidos por las partes y que pertenecen a su exclusiva disposición, en concreto el uso del camino litigioso por el recurrente, sus padres y los sucesivos aparceros para usos distintos del riego. II Recurso de Casación: A). Infracción, por errónea interpretación de los artículos 147 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, 532 del Código Civil y doctrina jurisprudencial que los interpreta, por no considerar aparente la servidumbre. B) Infracción, por errónea interpretación de los artículos 147 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, 598 del Código Civil y doctrina jurisprudencial que los interpreta, por considerar que el uso del camino objeto de litigio era de mera tolerancia.

**Quinto:** Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se dictó en fecha 14 de marzo del presente año auto por el que se admitió a trámite el recurso, y conferido traslado del escrito de interposición a la parte contraria por plazo de veinte días, formalizó oposición dentro de plazo, tras lo cual se señaló para votación y fallo el día 4 de mayo de 2011.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** Previamente al examen de las alegaciones de las partes es útil señalar los siguientes extremos que resultan de los hechos que se declaran probados en la instancia y de las actuaciones:

— El actor, don M. E. S., presentó ante los Juzgados de Primera Instancia de Alcañiz (Teruel), en fecha de 30 de abril de 2009, demanda frente a don J. B. L. y doña M<sup>a</sup> Pilar A. C., en la que ejercita acción confesoria de dos servidumbres, una de paso y otra de acueducto, pidiendo en el suplico, entre otras cosas, se dicte sentencia por la que:

«1º: Se declare la existencia de una servidumbre de paso a la calle Tremedal de Albalate del Arzobispo, a favor de la propiedad del Sr. E., descrita en el hecho primero de esta demanda, predio dominante, mediante el camino que discurre desde su propiedad hasta dicha calle por la finca de los demandados citada, predio sirviente, según descripción que aparece en el Acta de Presencia Notarial y demás documentos adjuntos, con una anchura de 1,20 m, servidumbre que comprende asimismo el uso de la puerta de comunicación entre dicho camino y la calle Tremedal.

2º: Se declare la existencia de una servidumbre de acueducto, desde el brazal general en que se sitúa la arqueta de riego y tajadera situada en el predio sirviente (de los demandados) hasta los banales propiedad del actor (predio dominante), que permite el riego de estos por gravedad, y que en su parte inicial discurre a través de una tubería semienterrada y después continúa hacia la propiedad del actor, derivando en dos brazales de unos 60 cm. de anchura, en la forma en que aparece en la fotografía del terreno incorporada al acta notarial, donde se marca el trazado o posición de la tubería y brazales de riego».

— El conocimiento de dicha demanda correspondió, por turno de reparto, al Juzgado de Primera Instancia, núm. 1 de Alcañiz, y emplazados don J. B. L. y doña

M<sup>a</sup> P. A. C., se personaron en los autos, y en su escrito de contestación solicitaron, en primer término, la desestimación íntegra de la demanda, y subsidiariamente, para el caso de que se declare la existencia de servidumbre de acueducto, pidieron que tal declaración se limite a reconocerla desde el brazal que discurre por el predio sirviente hasta los banales del demandante, de modo que permita el riego por gravedad del predio dominante, «pudiendo los propietarios del predio sirviente variar la ubicación y modificar el brazal que lleva el agua al predio dominante siempre que se respete ese derecho de riego.»

— Tras la sustanciación del juicio por sus trámites, se dictó por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Alcañiz, en fecha de 23 de enero de 2010, sentencia por la que, estimando parcialmente la demanda, se declara «la existencia de una servidumbre de acueducto desde el brazal general en que se sitúa la arqueta de riego y tajadera situada en el predio sirviente (de los demandados), hasta los banales propiedad del actor (predio dominante), que permite el riego de estos por gravedad, y que en su parte inicial discurre a través de una tubería semienterrada, y después continúa hasta la propiedad del actor, derivando en dos brazales de unos 60 cm. de anchura, en la forma en que aparece en la fotografía del terreno incorporada al acta notarial, donde se marca el trazado o posición de la tubería y brazales de riego, condenando a los demandados a estar y pasar por la anterior declaración de derechos y absolviéndoles del resto de los pedimentos formulados en su contra.»

— Interpuesto recurso de apelación por el actor, en súplica de que se declare también la servidumbre de paso pedida en la demanda, que estima adquirida por usucapación con arreglo al artículo 147 de la Compilación, la otra parte se opuso al mismo, y sustanciado por sus trámites, recayó en fecha de 9 de julio de 2010 sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel por la que se confirma íntegramente la resolución impugnada, si bien modifica en parte la motivación esgrimida en la prime-

ra instancia para desestimar la acción confesoria de servidumbre de paso.

— Contra dicha resolución de la Audiencia Provincial de Teruel se formuló por el Sr. E. S. recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, quien pidió se case la sentencia dictada por dicha Audiencia y se declare la existencia de la servidumbre de paso solicitada.

**Segundo:** El primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se interpone al amparo del artículo 469.1, motivo 2<sup>o</sup>, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, interesando se suprima la afirmación fáctica de que a los causantes del actor «se les facilitara una llave para acceder desde la calle Alquézar (error material, habiendo de entenderse Tremedal) a la propiedad de los demandados.»

La sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel declara probado que a los causantes del actor se les facilitó una llave para acceder desde la calle Tremedal a su propiedad, lo cual, según se expresa en el penúltimo párrafo del fundamento jurídico tercero de la resolución impugnada, «indica que el uso que se haya podido hacer tiene su encaje dentro de las denominadas buenas relaciones de vecindad y obedece claramente a la mera tolerancia del propietario del predio que, para facilitar al demandado, o a las personas que trabajaban su huerto, las labores de riego, les permitió el paso a través de la puerta para acceder atajando a la acequia general que se encuentra al otro lado de la calle.»

Alega el recurrente que la sentencia recaída en segunda instancia introduce un hecho nuevo en el proceso: que se facilitó una llave a los causantes del actor. A este respecto, en la demanda se expresa que los padres del actor tenían llave de la puerta y que «existía acuerdo de voluntades de los titulares de los fundos dominante y sirviente» en cuanto al paso que se hacía. Por su parte, los demandados adquirieron la finca en noviembre de 2007, expresándose en la escritura de enajenación que estaba libre

de cargas, y dado que desconocían como consiguieron la llave los causantes del actor y este dice en su demanda que el aparcerero disponía de una «que guardaba colgada mediante una escarpia detrás de la puerta», aluden en la contestación a la demanda a que cualquier vecino pudo «obtener indebidamente e ilícitamente una llave», postura que es calificada por el Sr. Escartín Sánchez de «insinuación maliciosa». Por lo tanto, entre los datos de hecho aportados al proceso está el de la posesión de la llave por el actor y sus causantes y el relativo a cómo se obtuvo dicha llave por ellos, extremo este sobre el que las partes discrepan.

Sentado lo anterior, es claro que no procede acoger el motivo que nos ocupa, pues la sentencia impugnada, al estimar que la llave fue facilitada por el propietario del predio, no introduce un hecho nuevo, sino que está realizando una valoración probatoria (de la que nos ocuparemos seguidamente) sobre un dato de hecho incorporado al proceso, que puede ser utilizado no solo por quién lo aportó, sino también por el contrario: es lo que se conoce con el nombre de principio de adquisición procesal, según el cual la eficacia de la alegación no permanece limitada al sujeto que la formula, sino que es adquirida por todos los que en el proceso intervienen. En suma, este primer motivo de impugnación debe ser desestimado.

**Tercero:** También aduce el recurrente que la aseveración fáctica realizada por la Audiencia Provincial de Teruel de que a los causantes del actor se les facilitó una llave para acceder desde la calle Tremedal a su propiedad «quebranta las reglas que sobre valoración de las pruebas establece la Ley Procesal en su artículo 217, en cuyo apartado 3 señala que incumbe al demandado la carga de probar los hechos que impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos probados por el actor.»

Sin embargo, tal declaración fáctica no resulta de la aplicación por el Tribunal de las normas sobre carga de la prueba, sino que es una deducción que se realiza (pue-

ba de presunciones) a la vista de las alegaciones de las partes y de la prueba practicada en el proceso.

Los causantes del actor estaban en posesión de la llave y en la demanda se expresa que «existía acuerdo de voluntades de los titulares de los fundos dominante y sirviente» en cuanto al paso que se hacía. Por otro lado, los demandados adquirieron la finca en noviembre de 2007, y como desconocían como habían conseguido la llave los causantes del actor y este dice en su demanda que el aparcerero «disponía de una llave que guardaba colgada mediante una escarpia detrás de la puerta», aluden a que pudieron obtenerla de forma indebida, siendo calificada tal postura por el Sr. E. S., en su escrito de apelación, de «insinuación maliciosa», donde expresa asimismo que dicha insinuación quedó desvirtuada por la prueba testifical practicada en el juicio oral.

Pues bien, si tenemos en cuenta que la finca pertenecía a la parroquia, que los causantes del actor tenían a su favor una servidumbre de acueducto (la arqueta de desvío del agua de riego con su tajadera está ubicada en la finca de los demandados), que la toma de la acequia general se encuentra al otro lado de la calle Tremedal, el rodeo que había que dar si se iba a la toma general desde la calle Alfonso Zapater, la comodidad que supone el acceso a la calle Tremedal pasando por el predio de la parroquia (ahora de los demandados) y a la inversa, la postura del actor dentro del proceso (la llave no se obtuvo de forma indebida –«ofende al sentido común pensar que a alguien le sustraigan una llave de la puerta y vea después utilizarla abiertamente por quien no tenía derecho y permanezca impasible»– y no se alega adquisición de la servidumbre de paso en virtud de título), y que el paso permitido (en precario, sin generar derecho de servidumbre) no causaba perjuicio alguno, unido a la total prueba de autos, lleva a la convicción de que la deducción a que, en este punto, llega a la Audiencia Provincial de Teruel no es ilógica, arbitraria o irrazonable, por lo que debe respetarse por esta Sala, pues no es necesario que

la deducción sea unívoca, ya que lo que se ofrece al control casacional es la sumisión a la lógica de la operación deductiva, reservándose a la instancia la opción discrecional entre las varias posibles (véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1987, 18 de marzo de 1993, 15 de diciembre de 1994 y 22 de diciembre de 1997, entre otras). En suma, este segundo motivo de impugnación también debe decaer.

**Cuarto:** Como tercer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se alega que la sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel no respeta un hecho que no ha sido objeto de debate en segunda instancia: que el recurrente, sus padres y los sucesivos aparceros del predio del actor utilizaban el paso en cuestión también para usos distintos del de riego.

Ciertamente, el paso no se utilizaba sólo para riego (uso fundamental), pues en ocasiones se realizaban otros usos (introducir estiércol, sacar productos, acceder atajando a la calle Tremedal y a la inversa). Ahora bien, la Audiencia Provincial, en puridad, no niega esos otros usos, y en todo caso ello es irrelevante a los efectos de que se case la sentencia impugnada, pues nos seguimos encontrando con el hecho de que se les facilitó una llave para acceder a la calle del Tremedal desde la propiedad de los demandados y a la inversa, y en definitiva ante un uso permitido en precario que tiene su encaje dentro de las denominadas relaciones de buena vecindad.

**Quinto:** Entre los motivos los motivos del recurso de casación se esgrime el de infracción del artículo 147 de la Compilación de Derecho civil de Aragón por considerar que el uso del paso litigioso era de mera tolerancia.

En este motivo lo que realmente discute el recurrente es la valoración probatoria realizada en la instancia al respecto, de ahí que en su desarrollo de «por reproducido el contenido íntegro del motivo primero del recurso extraordinario por infracción procesal», por medio del cual interesaba se

suprimiese la afirmación fáctica, efectuada por la Audiencia, de que a los causantes del actor «se les facilitara una llave para acceder desde la calle Alquézar (error material, habiendo de entenderse Tremedal) a la propiedad de los demandados.»

Como dicho motivo primero del recurso extraordinario por infracción procesal fue desestimado, este también debe decaer. Llegados a este punto, conviene recordar que el Tribunal Supremo ha reiterado que una correcta técnica casacional implica plantear cuestiones jurídicas sin apartarse de los hechos, toda vez que el recurso de casación no constituye una tercera instancia, sino que es un recurso extraordinario que tiene una finalidad de control de la aplicación de la norma sustantiva y de creación de doctrina jurisprudencial, lo que impide invocar la infracción de normas sustantivas desde una contemplación de los hechos diferente de la constatada en la instancia (véanse las sentencias de 29 de diciembre de 1998, 22 de febrero y 6 de abril de 2000, 31 de mayo de 2001, 22 de marzo y 12 de junio de 2002, 13 de febrero de 2003, 16 de marzo, 8 de abril y 12 de mayo de 2005, 8 de marzo, 19 de abril, 11 de junio y 20 de diciembre de 2007, 5, 13 y 26 de junio de 2009, entre otras muchas).

En razón a dicha doctrina del Tribunal Supremo, el recurrente instó la modificación de la valoración probatoria efectuada por la Audiencia Provincial de Teruel a través del cauce adecuado, el recurso extraordinario por infracción procesal, pero no tuvo éxito, según vimos, dado que la deducción probatoria realizada por dicho Tribunal sobre el extremo que nos ocupa no es ilógica, arbitraria o irrazonable, por lo que debe respetarse por esta Sala, y en consecuencia el presente motivo de impugnación casacional debe decaer.

**Sexto:** El recurrente alega asimismo que la Audiencia Provincial de Teruel infringe el mentado artículo 147 de la Compilación del Derecho civil de Aragón, en relación con el artículo 532 del Código Civil, por no considerar aparente la servidumbre de paso que se pretende.

El citado artículo 147 de la Compilación establece que «todas las servidumbres aparentes pueden ser adquiridas por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título ni buena fe», y como no contiene reglas específicas para la interpretación de los conceptos utilizados, resulta de aplicación supletoria el Código Civil, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.2 de la mentada Compilación, por lo que son servidumbres aparentes «las que se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores que revelan el uso y aprovechamiento de las mismas» (art. 532 del expresado Código Civil).

Obviamente, ante el relevante efecto que supone que las servidumbres aparentes puedan ser adquiridas por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título ni buena fe, cobra importancia el carácter aparente o no aparente de las servidumbres.

La apariencia o no apariencia por signos exteriores se refiere a aquellos datos que revelan objetivamente el uso de la servidumbre, exigiéndose la concurrencia de datos visibles permanentemente («están continuamente a la vista») y reveladores del uso y aprovechamiento de la servidumbre. El ser aparente la servidumbre no consiste sólo en que haya un dato exterior visible, sino en que ese dato exterior visible revele aquélla, en el sentido de que pueda tomarse razonablemente como signo de la servidumbre.

No hay una regla inflexible que exija tal o cual dato exterior para que pueda estimarse que existe un signo aparente de servidumbre. Es preciso que el signo exterior sea razonablemente revelador de la servidumbre, cuestión de hecho a determinar por el juzgador en cada caso, a la vista de las circunstancias concurrentes.

Ello explica la aparente contradicción al respecto entre sentencias, que, por lo general, no es tal, pues parten de la noción legal recogida en el artículo 532 del Código

Civil y llegan a conclusiones distintas en función de los datos fácticos concurrentes en cada supuesto.

Pues bien, en el caso de autos la Audiencia Provincial de Teruel, tras una valoración global y conjunta de la prueba practicada, documental, testifical e interrogatorio de las partes, llegó a las siguientes apreciaciones que constan literalmente en la sentencia dictada:

«... la servidumbre que se pretende no puede ser calificada de aparente (...). Ello es así por cuanto para poder calificarla de aparente es necesario que los signos estén inequívocamente en relación con el uso o aprovechamiento de la servidumbre. La equívocidad, es decir, la posible consideración de los signos a otros fines, excluye la apariencia, tal y como sanciona la Sentencia del TS de 25 de noviembre de 1905 al estimar que si bien un sendero resulta signo aparente del paso, sólo lo será a nuestros efectos cuando revele de forma inequívoca que sirve para el paso de personas distintas al propietario».

«En el presente caso, la primera parte del tramo del sendero, el que va desde la propiedad del actor hasta el punto de desvío del brazal general, no es signo inequívoco de la servidumbre que se pretende por cuanto el mismo sirve de soporte al paso que lleva implícito la servidumbre de acueducto reconocida en la sentencia, y al no revelar de manera inequívoca que su configuración como sendero o paso lo sea en virtud del acceso que haya podido hacer el demandado a la calle Tremedal, no podemos considerarlo como signo aparente de la servidumbre de paso; la propia parte apelante reconoce implícitamente que no es signo inequívoco al indicar expresamente en su recurso que «Nada hay en los autos –la misma prueba testifical y documental en la misma vista oral– que permita pensar que el uso de las servidumbres de paso y acueducto fue distinto...».

«... el segundo tramo, el comprendido entre el punto de desvío del brazal general hasta la puerta de salida a la calle, tampoco

es revelador de esa apariencia, por cuanto basta ver su trazado en las distintas fotografías aportadas para ver que ese trozo corto de senda o camino es de servicio del propio fundo que se pretende sirviente, pues es la senda que nada más traspasar la puerta conduce a ese brazal y a las distintas parcelas que configuran la propiedad y que necesariamente viene siendo utilizado por los propios propietarios».

Como puede verse, la Audiencia Provincial admite la existencia de un signo exterior visible que revela el paso, pero considera que dicho dato, en el supuesto de autos y a tenor de los factores concurrentes, no puede tomarse razonablemente como signo aparente propio de la servidumbre de paso que se reclama en este recurso, y como tal valoración probatoria no es ilógica, ni arbitraria o irrazonable, debe respetarse por esta Sala, y en el supuesto de que pudiera considerarse el dato exterior existente como signo aparente de la servidumbre de paso que se pretende, tampoco se habría producido la usucapión alegada, toda vez que nos hallamos ante un paso permitido en precario, que se poseía en tal concepto (posesión en nombre ajeno que no es hábil para usucapir), estableciendo el artículo 436 del Código Civil que «se presume que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió, mientras no se pruebe lo contrario», y si bien la posesión iniciada en precario puede convertirse en un momento posterior en una posesión en concepto de titular de un derecho real de servidumbre (es la denominada inversión posesoria), no debe olvidarse que la sola voluntad del poseedor no es nunca causa bastante para determinar tal mutación, siendo necesario que dicha voluntad interna se exteriorice de manera indubitada, de modo que se manifieste inequívocamente la voluntad de poseer en concepto de titular de un derecho real y no como mero precarista, no existiendo en el proceso prueba al respecto. En suma, los dos recursos formulados deben ser desestimados, manteniéndose la resolución impugnada.

**Séptimo:** Dado que el caso de autos presenta serias dudas de hecho, no procede hacer especial pronunciamiento sobre las costas de los recursos extraordinario y de casación aquí examinados, a tenor de lo prevenido en el artículo 398.1, en relación con el 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

#### FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por el Procurador don Luis Barona Sanchís, en nombre y representación de don M. E. S., contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Teruel de fecha de 9 de julio de 2010, sin que se haga especial pronunciamiento sobre las costas de los mismos.

Devuélvanse las actuaciones a la referida Audiencia Provincial juntamente con testimonio de esta resolución, debiendo acusar recibo.

Contra esta sentencia no cabe recurso alguno.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

#### NÚM. 13

*S. TSJA de 25 de mayo de 2011*

**0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: DERECHO PROCESAL: Nulidad de los actos procesales: No tiene lugar la nulidad solicitada alegando la no intervención del fiscal, puesto que ello, además no es cierto, ya que el art. 749-2 Lec. no exige la asistencia inexcusable del Fiscal al acto de la vista, sino su intervención en el proceso; y esta se ha producido ya que consta en la actuaciones que el fiscal fue llamado la pro-**



*ceso, que contestó la demanda y excusó su asistencia la juicio. La nulidad de las actuaciones procesales tiene lugar cuando se prescinda de las normas esenciales del proceso y siempre que, por esa causa, se produzca indefensión y además, habrá nulidad en aquellos casos en los que las leyes así lo establezcan (art. 283 LOPJ); no existiendo una norma procesal que establezca la nulidad cuando la intervención del fiscal en el proceso es perceptiva.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** arts. 469-1-3º, 477-2-5º, 749, 753 Lec.; arts. 238 LOPJ

**PONENTE:** *Ilma señora doña Carmen Samanes Ara.*

*En Zaragoza, a veinticinco de mayo de dos mil once.*

*En nombre de S.M. el Rey.*

*La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación e infracción procesal, núm. 1/2011 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha de 23 de noviembre de 2010, recaída en el rollo de apelación número 428/2010, dimanante de autos, número 14/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de Zaragoza, siendo parte, como recurrente, don Julio F. C. y doña Francisca T. V., representados por la Procuradora de los Tribunales doña Ana Cristina Cortés Carbonell y dirigidos por la Letrada doña Eva Escanero Cervera, y como parte recurrida el Ministerio Fiscal y el Instituto Aragonés de Servicios Sociales (IASS).*

*Es Ponente la Magistrada Ilma. Sra. doña Carmen Samanes Ara.*

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero:** La Procuradora de los Tribunales doña Ana Cristina Cortés Carbonell, actuando en nombre y representación de don Julio Frisas Clavero y doña Francisca T. V., presentó demanda en solicitud de cese de la suspensión de la patria potestad y la revocación de la declaración del desamparo del menor Francisco F. T., del que

son progenitores, en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando se dictase sentencia: *por la que se estime íntegramente la demanda y se declare el cese de la suspensión de la patria potestad y, en consecuencia, se revoque la declaración de desamparo del menor Francisco Frisas Tremps con reintegración inmediata del mismo en su familia biológica, todo ello con expresa condena en costas a la demandada.*

**Segundo:** Admitida a trámite la demanda, se emplazó a las partes demandadas (IASS y Ministerio Fiscal) que comparecieron en tiempo y forma y contestaron a la misma. El IASS solicitó en dicho trámite que se «dicte en su día sentencia por la que se desestime la demanda formulada de contrario por ajustarse a Derecho las resoluciones administrativas dictadas». El Ministerio Fiscal interesó del Juzgado: *se tenga por presentado este escrito dentro de plazo, se le tenga por comparecido en los citados autos, y por contestada la demanda, debiendo entenderse con este Ministerio las diligencias que se practiquen a los efectos que en justicia proceda.*

El Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de Zaragoza dictó sentencia en fecha de 25 de mayo de 2010, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: *FALLO: Que debo desestimar en la forma indicada la demanda formulada por la representación de Julio Manuel F. C. y Francisca T. V. contra la Diputación General de Aragón y en la que el Ministerio Fiscal ha tenido la intervención legal. Todo ello sin imposición de costas.*

**Tercero:** Interpuesto por la parte demandante, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de esta ciudad, se dio traslado del mismo a las partes personadas, quienes presentaron los oportunos escritos de oposición al recurso, y elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Zaragoza, esta dictó sentencia de fecha de 23 de noviembre de 2010, cuya parte dispositiva dice así: *FALLAMOS Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por don Julio Manuel F. C. y doña Francisca T. V., frente a la Sentencia de fecha de*

25 de mayo de 2010, dictada por el Juzgado de Primera Instancia, número Seis de Zaragoza, en autos de Oposición a la Resolución Administrativa en Materia de Protección de Menores, número 14/10, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, sin hacer especial declaración sobre las costas causadas.

**Cuarto:** La Procuradora de los Tribunales doña Ana Cristina Cortés Carbonell, actuando en nombre y representación de don Julio F. C. y de doña Francisca T. V., presentó en tiempo y forma escrito preparando recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra dicha sentencia y, una vez que la Audiencia Provincial de Zaragoza los tuvo por preparados, formuló el oportuno escrito de interposición que basó, en cuanto a la infracción procesal: 1º) *al amparo del ordinal 3º y 4º del apartado 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alegándose infracción de los artículos 749.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de los arts. 9.3 y 24 de la Constitución española en relación con los arts. 238 y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por inasistencia al acto de la vista del Ministerio Público;* 2º) *al amparo del ordinal 4º del apartado 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alegándose vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución Española. En cuanto al recurso de casación, por infracción norma autonómica, se interpone el mismo por vulneración de los artículos 21, 56 y 59 de la Ley 12/2001 de la Infancia y Adolescencia del Menor en Aragón, así como, concordantes con la Ley 13/2006 de la Persona en Aragón, en sus artículos 55, 56 y 60 y ss.*

**Quinto:** Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se dictó en fecha de 2 de febrero providencia en la que se acordó: *Vistos los motivos en los que se funda el recurso extraordinario por infracción procesal, considera la Sala que puede estar presente en ambos la causa de inadmisibilidad prevista en el art. 473.2.2º, en relación con el 469.1, 4º, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por manifiesta falta de fundamento de los motivos esgrimidos: En cuanto al motivo que sirve de base al recurso de*

*casación, aprecia la Sala que, no obstante la alegación como infringidos de los artículos 21, 56 y 59 de la Ley 12/2001 de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón en relación con los 55, 56 y 60 de la Ley 13/2006 de Derecho de la Persona, no se expresa en el motivo la razón jurídica de infracción de las normas sustantivas que se citan, sino que lo que se cuestiona, al afirmar que han cambiado las circunstancias que dieron lugar al desamparo, son los hechos probados, por lo que pudiera incurrir en causa de inadmisibilidad en virtud de lo dispuesto en el artículo 477.1 Ley de Enjuiciamiento Civil: En consecuencia, y de conformidad con lo prevenido en el art. 473.2 párrafo segundo y el art. 483.3 Ley de Enjuiciamiento Civil, oírgase a las partes personadas sobre el particular, a fin de que en el plazo de diez días formulen las alegaciones que estimen pertinentes.*

Dentro de plazo, las partes presentaron sus alegaciones, solicitando la parte actora la admisión de todos los motivos del recurso extraordinario de infracción procesal, solicitándose por el Ministerio Fiscal la admisión del recurso de casación planteado y la inadmisión o desestimación del de infracción procesal, y por parte de la Letrada de la Comunidad Autónoma de Aragón, la inadmisión de ambos recursos.

En fecha de 14 de marzo de 2010 se dictó auto por el que se acordó: *Primero: Se declara la competencia de esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón para el conocimiento de los presentes recursos de casación y extraordinario por infracción procesal; Segundo: Admitir a trámite el recurso extraordinario por infracción procesal presentado en cuanto al primero de los motivos, inadmitiéndolo en cuanto al segundo; Tercero: Inadmitir el recurso de casación; Cuarto: Dese el traslado establecido en el art. 485 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a la parte recurrida, para que formalice su oposición por escrito en el plazo de veinte días y para los demás efectos legalmente prevenidos. Alegaciones que presentaron dentro de plazo.*

Por providencia de 14 de abril se señaló para votación y fallo el día 11 de mayo del presente año.

En fecha de 3 de mayo, por la representación legal de los recurrentes, se presentó escrito aportando certificación de defunción de don Julio F. C., acordándose poner el hecho en conocimiento de las partes.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** Antes de entrar a examinar la viabilidad del único motivo de infracción procesal que resultó admitido en el correspondiente trámite, debe darse respuesta a la alegación del representante del Ministerio Fiscal contenida en su escrito de oposición al recurso, en el que expresa que el de infracción procesal debió inadmitirse como consecuencia de la inadmisión del recurso de casación.

La regla 5ª del apartado primero de la Disposición Final Decimosexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil que en dicho escrito de oposición se reproduce, establece, en efecto, que *si se tramitaren conjuntamente recurso por infracción procesal y recurso de casación, la Sala examinará, en primer lugar, si la resolución recurrida es susceptible de recurso de casación, y si no fuere así, acordará la inadmisión del recurso por infracción procesal*. Es decir, la admisión del recurso de infracción procesal se condiciona no a la admisibilidad del recurso de casación (lo que sí ocurre si el recurso se formuló fundando exclusivamente su procedencia en el número 3 del apartado segundo del artículo 477, conforme a lo dispuesto en el párrafo 2º de la regla 5ª) sino a la recurribilidad de la sentencia que se impugna. Como se expuso en el auto de admisión, dicha sentencia es recurrible de acuerdo con lo dispuesto en el art. 2.1 de la Ley 4/2005 de 14 de junio sobre la casación foral aragonesa, al haber sido dictada en segunda instancia por la Audiencia Provincial de Zaragoza y al ser el procedimiento de cuantía indeterminada. Siendo la sentencia recurrible, los motivos de casación no fueron sin embargo admitidos por no combatir, en puridad, la aplicación de normas jurídicas sino los hechos que la sentencia declaró probados.

**Segundo:** Sentado lo anterior, se analizará a continuación el motivo de infrac-

ción procesal interpuesto al amparo del art. 469 1.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que resultó admitido.

Argumenta la parte recurrente que el representante del Ministerio Fiscal debió asistir al acto de la vista, que no debió celebrarse sin su presencia y que, al no hacerlo, se produce una infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso, pues *ninguna proposición de medio de prueba ni la valoración de las practicadas pudo llevar a cabo en el acto de la vista ni en los sucesivos momentos procesales vulnerando con ello el contenido del art. 749.2 de la LEC*.

Este último precepto establece que *En los demás procesos a que se refiere este título será preceptiva la intervención de Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal*.

No puede dejar de señalarse la trascendencia que, en la regulación procesal introducida por la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de enero, reviste la actividad a desarrollar en el acto de la vista del juicio verbal, a cuyo trámite remite el art. 753. En dicho acto se lleva a cabo de forma oral y concentrada, tanto el control de la falta de presupuestos procesales como la proposición y la práctica de la prueba. Únicamente las alegaciones (no obstante la remisión que efectúa el aludido artículo 753, se prevé la contestación a la demanda por escrito) quedan fuera de ese trámite. Es evidente, por tanto, la importancia de la presencia del Fiscal en ese momento, y así se destaca también en la Circular 1/2001, de 5 de abril de 2001 (*Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles*).

Pero el art. 749.2 no exige (ni lo hace ningún otro precepto) la asistencia inexcusable del Fiscal al acto de la vista, sino su *intervención* en el proceso. Y dicha intervención ha tenido lugar. Consta en las actuaciones que fue llamado al proceso, que contestó a la demanda y que excusó su asistencia al juicio, en cuyo momento hubiera podido pedir la suspensión del acto, si lo

hubiese considerado oportuno. Tuvo acceso a la abundante prueba documental y a la pericial obrante en autos, al acta del juicio, y al visionado de la grabación. Conocida la sentencia de primera instancia, interesó su confirmación (lo que no hubiera hecho de estimarla contraria al interés del menor). Y ahora se ha opuesto, por razones de forma y de fondo, a la estimación del recurso de infracción procesal, expresando además, en su escrito de oposición al recurso, que *la asistencia del Fiscal a esa vista oral para nada se intuye que hubiera dado lugar a un fallo distinto del pronunciado por el órgano judicial*.

De ello se desprende que tuvo, desde el principio, conocimiento de los términos en los que se planteó el litigio, y actuó en consecuencia. Podría cuestionarse si esa intervención fue o no bastante, o si el Fiscal veló adecuadamente por el interés del menor afectado. Pero un cumplimiento deficiente por parte del Fiscal de las funciones que tiene encomendadas daría lugar, en su caso, a otras consecuencias jurídicas (cuestión en la que en modo alguno podría entrarse aquí) pero no, por lo que más adelante diremos, a nulidad procesal. En cualquier caso, si se da por supuesto —debe darse por supuesto— que el Fiscal orienta su actuación procesal de manera consciente y responsable, la conclusión obligada es que la finalidad de la norma, es decir, la defensa de la legalidad y la del interés del menor, quedó cumplida.

Diferente sería el supuesto de que por ausencia o defectuosa comunicación de la pendencia del proceso al Fiscal, este no hubiera tenido oportunidad de intervenir en el procedimiento. Aun así, tiene declarado el Tribunal Supremo que la inicial falta de intervención del Ministerio Fiscal es un defecto generalmente subsanable, procurando luego esa intervención en fase probatoria o de conclusiones e incluso en la segunda instancia y en ocasiones hasta en casación (STS Sala Primera de 30 de marzo de 2001 y las que ahí se citan). Ciertamente, tales pronunciamientos se corresponden con procedimientos anteriores a la vigencia de la LEC 2000, que como hemos señalado, confiere un relieve esencial al

acto de la vista. No obstante, no puede compartirse el razonamiento de la parte según el cual el Ministerio Fiscal no pudo proponer prueba, pues no debe olvidarse que en esta clase de procesos, en los que está en juego el interés público, las pruebas pueden incorporarse al procedimiento en el momento más adecuado, sin sujetarse a la rigidez preclusiva característica de los procesos dispositivos y pudiendo además, el tribunal, decretar de oficio cuantas estimaciones pertinentes (art. 752.1 LEC).

**Tercero:** En todo caso, y aunque se apreciara infracción del art. 749.2, la prosperabilidad del motivo de infracción procesal exige, según se expresa en el precepto del art. 469 1.3º citado, que la infracción determine la nulidad conforme a la ley o haya podido producir indefensión.

La nulidad de los actos procesales se regula en el artículo 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que menciona en su ordinal tercero *Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión*. Y señala el último párrafo de dicha disposición que, además de los supuestos que enumera también se producirá la nulidad *en los demás casos en los que las leyes así lo establezcan*. Pero, como ha quedado expuesto, no existe norma procesal que establezca, cuando la intervención del Fiscal en el proceso es preceptiva, la nulidad de la vista del juicio verbal en caso de inasistencia de aquél.

Respecto de la indefensión, recordaremos que una constante jurisprudencia constitucional define este concepto como aquella limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de los órganos judiciales (así, STC 6/1992, de 16 de enero). Pues bien, la recurrente no llega siquiera a alegar que se le haya producido indefensión, y es evidente que tal cosa no ha ocurrido, pues en modo alguno la inasistencia del Ministerio Fiscal a la vista ha privado a la parte demandante de defender su postura procesal. Por otro lado, y con independencia de que como tiene declarado el Tribunal Supremo (véase, entre otros, ATS Sala de lo Civil, sección 1ª de 25 de oc-

tubre de 2005) es preciso que la infracción procesal denunciada haya causado una material y efectiva indefensión a la parte que pretendidamente la sufre, tampoco el representante del Ministerio Fiscal se ha visto en dicha situación y, por ende, no se ha menoscabado la posibilidad efectiva de realizar actividad procesal tendente a la defensa del interés del menor, cuya salvaguarda en estos procesos es lo prioritario.

En fin, como consta en la grabación del juicio, la parte ahora recurrente ninguna objeción puso, en aquel momento, a la inasistencia del representante del Ministerio Fiscal, es más, pidió la suspensión del juicio (por segunda vez, pues se reanudó tras la suspensión acordada a su instancia en otra sesión anterior, esta con intervención de la representante del Ministerio Público) por otra razón diferente, sin mención alguna a la referida ausencia.

Por cuanto antecede, el recurso no puede prosperar.

**Cuarto:** En cuanto a las costas, dada la materia de la que se trata y el interés que defiende la recurrente, que justifica su posición aunque no alcance resultado positivo, conforme a lo dispuesto en el artículo 398.1, en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no procede su imposición a ninguna de las partes.

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

#### FALLAMOS

Desestimar el presente recurso de casación, núm. 1 de 2011 interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Ana Cristina Cortés Carbonell en nombre y representación de don Julio F. C. y doña Francisca T. Velázquez contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza en rollo de apelación núm. 428 de 2010, sin hacer imposición de costas en este recurso.

Esta sentencia es firme por ministerio de la Ley, y contra ella no cabe recurso jurisdiccional alguno.

Devuélvanse las actuaciones a la referida Audiencia Provincial, juntamente con testimonio de esta resolución, debiendo acusar recibo.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

#### NÚM. 14

*S. TSJA de 15 de junio de 2011*

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

**DISPOSICIONES CITADAS: arts. 3, 5, 9, 12 Comp. aragonesa; arts. 162, 164, 1281, 1766, 1767 Cc.**

**PONENTE: Ilmo señor don Luis Ignacio Pastor Eixarch.**

*En Zaragoza, a quince de junio de dos mil once.*

*En nombre de S.M. el Rey.*

*La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 5/2011 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Cuarta, de fecha 30 de diciembre de 2010, recaída en el rollo de apelación número 298/2010, dimanante de autos número 940-E/2009, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Diecinueve de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, la Caja de Aho-*

rros y Pensiones de Barcelona, representada por la Procuradora de los Tribunales doña M<sup>a</sup> Isabel Franco Bella y dirigida por el Letrado don Juan José Arbués Salazar, y como parte recurrida don S. A. C., representado por la Procuradora de los Tribunales doña Laura Ascensión Sánchez Tenías y dirigido por el Letrado don Fernando Pozo Remiro.

*Es Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. don Luis Ignacio Pastor Eixarch.*

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero:** La Procuradora de los Tribunales doña Laura Sánchez Tenías, actuando en nombre y representación de don S.A.C., presentó demanda en reclamación de cantidad de 30.592,50 euros más intereses contra la entidad «Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona» («La Caixa»), en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando se dicte sentencia: «por la que se condene a «La Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona», al pago al demandante de la cantidad de treinta mil quinientos noventa y dos euros con cincuenta céntimos de euros (30.592,50 ), más los intereses pactados del 1 por 100 anual desde el día 20 de abril de 2005, hasta la interposición de la demanda y los intereses legales desde la interpelación judicial, todo ello con expresa condena al pago de la totalidad de las costas causadas a la sociedad demandada».

La cuantía del procedimiento es de 30.592,50 euros.

**Segundo:** Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la parte demandada («La Caixa») que compareció en tiempo y forma, contestando a la misma, y solicitando: «dicte Sentencia por la que se absuelva a mi representada cualquier pronunciamiento de condena, con expresa imposición de costas a la parte actora». Por otro interés de la práctica de la prueba pericial caligráfica.

El Juzgado de Primera Instancia núm. Diecinueve dictó sentencia con fecha 26 de marzo de 2010 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Que des-

estimando íntegramente la demanda interpuesta por don S. A. C., frente a «La Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona» («La Caixa») debo absolver y absuelvo a la demandada de la pretensión deducida en su contra; con condena en las costas causadas a la parte actora.»

**Tercero:** Interpuesto por la parte demandante, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Diecinueve de esta ciudad, se dio traslado del mismo a la parte contraria, quién presentó el oportuno escrito de oposición al recurso, y elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Zaragoza, esta dictó sentencia de fecha de 30 de diciembre de 2010, cuya parte dispositiva es del siguiente literal: «FALLO: Se estima el recurso de apelación interpuesto por don S. A. C. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, núm. 19 de Zaragoza y recaída en el juicio declarativo ordinario núm. 940/09, la que se revoca en su integridad, y con estimación de la demanda interpuesto por el recurrente contra la «Caixa d'Estalvis i Pensions» de Barcelona, debemos condenar y condenamos a esta última a que abone a la actora la cantidad de 30.592,50 euros, más el interés del 1 por 100 anual desde el 20 de abril de 2005 hasta la interposición de la demanda, y los legales desde dicha fecha, así como al pago de las costas de primera instancia, y sin una expresa imposición de los causados en esta alzada.»

**Cuarto:** La Procuradora de los Tribunales doña María Isabel Franco Bella, actuando en nombre y representación de la «Caixa d'Estalvis i Pensions» de Barcelona, presentó en tiempo y forma escrito preparando recurso de casación contra dicha sentencia y, una vez que la Audiencia Provincial de Zaragoza lo tuvo por preparado, formuló el oportuno escrito de interposición que basó, en los siguientes motivos: «Primero: artículo 477.1 Ley de Enjuiciamiento Civil. Infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones de este proceso. En concreto, infracción del artículo 5, artículo 9 y artículo 12 de la

Compilación del Derecho Civil de Aragón y 162 y 164 de Código Civil: Segundo: artículo 477.1 Ley de Enjuiciamiento Civil. Infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones de este proceso. Infracción del artículo 6.4 del Código Civil: Tercero: artículo 477.1 Ley de Enjuiciamiento Civil. Infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones de este proceso. En concreto, infracción del artículo 1281, párrafo primero del Código Civil relativo a la interpretación de los contratos y artículo 3 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón.»

**Quinto:** Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se dictó en fecha de 21 de marzo, Auto en el que se acordó declarar la competencia de esta Sala para el conocimiento de recurso planteado, admitiéndolo a trámite y confiando traslado a la parte contraria por término de 20 días para formalizar escrito de oposición, lo que hizo dentro de plazo.

Por providencia de 27 de abril se señaló para Votación y Fallo el día 18 de mayo de 2011.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** El presente procedimiento se inició por demanda formulada por la representación procesal de don S. A. C. en reclamación a la entidad bancaria «Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona» (La Caixa), de la suma de 30.592,50 que la demandada entregó el día 19 de abril de 2005 a don E.A., padre del demandante, contra la cuenta que el actor, de 17 años de edad en aquel momento, tenía abierta en la sucursal de La Almunia de doña Godina de la entidad demandada. Reclamación que se fundaba, en resumen, en la argumentación de que el padre del demandante no estaba autorizado para disponer en el contrato de depósito irregular que dio lugar a la apertura de la cuenta, pues tal contrato había sido abierto por el demandante y por su abuelo don A. A. A.

En la contestación a la demanda, «La Caixa» solicitó su absolución, por considerar que el padre que hizo el reintegro del dinero estaba legitimado para ello, dada su condición de representante legal del menor, y en atención a la cláusula especial recogida en el contrato de que, para disponer de los fondos, el menor titular de la cuenta precisaría de la firma de su representante legal mientras persistiera su incapacidad por minoría de edad.

Desestimada la demanda por sentencia dictada el día 26 de marzo de 2010 por el Juzgado de Primera instancia, número 19 de Zaragoza, el demandante interpuso recurso de apelación contra ella, que fue estimado en sentencia dictada el día 30 de diciembre de 2010 por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en la que, tras exposición de los oportunos razonamientos, concluyó, en síntesis, que el padre carecía de facultades de disposición respecto de los bienes del hijo, y que no estaba acreditado fraude de ley en la actuación desarrollada por padre e hijo ante la entidad bancaria. Lo que dio lugar a la estimación del recurso y la condena de la demandada al pago al demandante de la suma reclamada, junto con los pronunciamientos accesorios.

**Segundo:** Dado que la causa inicial de las pretensiones sostenidas por el actor fue la del contrato de depósito bancario suscrito, por una parte, por el recurrido y su abuelo y, por otra parte, «La Caixa» recurrente, para una exposición más lógica de la cuestión en esta resolución se considera oportuno comenzar el estudio de los motivos de recurso por el tercero, pues es el que se refiere de modo expreso a la vigencia y efectos que el contrato tenía para sus contratantes.

En concreto, este tercer motivo se fundamenta en la infracción del artículo 1281.1 del Código Civil y artículo 3 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, pues argumenta la recurrente que tales normas obligaban a respetar el sistema de disposición pactado cuando se abre la cuenta bancaria y libreta a nombre del

menor y, con ello, a la posibilidad de que el padre, representante legal del menor, pudiera extraer fondos del depósito bancario.

El contrato de referencia recogió de modo expreso, como cláusula especial, que «El titular precisará la firma de su representante legal para disponer del saldo mientras persista su incapacidad por minoría de edad». Es claro, por tanto, que no se autorizaba al representante legal del menor a disponer, como pretende el recurrente, sino que quien podía disponer era el menor, con firma de su representante. Por ello, con la acción descrita de permitir la disposición, por el padre del titular del depósito, la recurrente incumplió los propios términos que se recogían en el contrato de apertura de cuenta joven que se suscribió, pues en él, con claridad, se pactó que para disponer de las sumas depositadas debían concurrir tanto el menor como su representante legal, y con ello infringió los artículos 1766 y 1767 del Código Civil.

En consecuencia, este motivo de recurso debe ser desestimado.

**Tercero:** Existente el incumplimiento contractual, entiende la recurrente, y a ello dedica el primer motivo del recurso de casación, que su actuación de entregar el dinero al padre del menor estaba legitimada por aplicación de la normativa aragonesa relativa a las facultades de administración que corresponde a los padres respecto del patrimonio de los hijos menores. En concreto, entiende la recurrente que la sentencia recurrida ha incurrido en infracción de la previsión contenida en los artículos 5, 9 y 12 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, de aplicación a los hechos enjuiciados y 162 y 164 del Código Civil, ya que, según tesis de la parte, tales normas autorizan en Aragón que el padre del menor de edad, pero mayor de 14 años, pueda llevar a cabo actos de administración de bienes del hijo, por lo que, en contra de lo valorado en la sentencia recurrida, fue ajustado a derecho que la entidad bancaria entregara a don Ernesto la cantidad de 30.592,50 € contra

el depósito que su hijo de 17 años, don S., tenía abierto en cuenta bancaria abierta en la entidad.

La parte recurrente apoya así el primer motivo de su recurso en la consideración, en todo momento, de que el reintegro del depósito realizado por el padre fue un acto de mera administración de los bienes del menor, como si esta fuera cuestión aceptada o declarada en el procedimiento, cuando lo cierto es que tal afirmación contradice la valoración contenida en la sentencia recurrida, que califica en todo momento el acto llevado a cabo por el padre como de disposición. Ninguna argumentación se contiene en el recurso que avale el punto de partida de que el acto debería considerarse como de mera administración de los bienes del menor, ni se intentó acreditación en la instancia de que, efectivamente, la disposición de más de 30.000 euros que fue efectuada, pudiera considerarse por parte de la entidad bancaria como un acto más de la administración de la cuenta que, según afirma la propia Caixa, venía haciendo el padre. Por el contrario, como recoge la resolución impugnada, ninguna prueba consta de que el medio normal de gestión del depósito fuera por intervención del padre, cuando la posibilidad de demostrar tal afirmación era de fácil prueba para la entidad bancaria, mediante aportación de cómo se operaban los reintegros de la libreta, pues todo ello debió hacerse dejando la oportuna constancia documental en la propia entidad.

Por tanto, ante la calificación del acto realizado como acto de disposición, el padre carecía de la facultad de realizarlo, por quedar limitada tal posibilidad por el art. 13.2 de la Comp. tan solo a los casos de bienes de hijos menores de 14 años. De modo que procede la desestimación del motivo fundado en la posible justificación del acto de la recurrida en la normativa propia de Aragón.

**Cuarto:** El segundo motivo de recurso que se plantea sostiene la existencia del fraude de ley prescrito por el artículo 6.4 del Código Civil, y que se evidencia, según



la parte recurrente, en atención a los hechos considerados probados en la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, que transcribe parcialmente. Porque de ellos se colige, siempre según el recurrente, un interés único e idéntico entre padre e hijo, que lo simulan mediante acreditación de nula relación entre ellos, para así crear la norma de cobertura que permite reclamar a la entidad bancaria, y eluden la aplicación de la norma correcta, que es la que autoriza a exigir al hijo frente al padre, y no ante la Caja.

Respecto del presente motivo de recurso, la parte recurrida alegó, en su escrito de oposición, que incurre en causa de inadmisibilidad por fundamentarse de modo exclusivo en un precepto del Código Civil y no en normas de Derecho Civil Aragonés. Pretensión que debe ser rechazada ya que, conforme a la previsión contenida en el artículo 478, apartado 1, párrafo segundo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la competencia de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia para resolver recursos de casación por infracción de normas de derecho civil foral o especial propio de la Comunidad Autónoma en que tengan su sede, se extiende igualmente a conocer de los recursos de casación que se funden, exclusivamente, o, como ocurre en el presente caso, junto con otros motivos, en tal infracción de normas especiales y forales.

**Quinto:** Como indica la sentencia recurrida, el fraude de ley que sostiene la parte que existe en la relación jurídica debatida fue alegado por primera vez por la demandada al interponer el recurso de apelación, puesto que ninguna mención se recoge en su contestación a la demanda que expresamente, o por medio de indirecta deducción, permita concluir que se alegaba tal fraude de ley como motivo que deslegitimara la acción ejercitada por el actor. Por ello, conforme a la previsión contenida en el artículo 412.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al tener lugar la fijación del objeto del proceso en los escritos alegatorios de demanda y contestación, es ajustado a

derecho no admitir la modificación de las causas de pedir o de oposición fijadas en tales escritos en momento posterior, como sucede ahora el hacer la nueva fundamentación en sede de recurso de apelación y de recurso de casación. Por ello, este motivo debe ser desestimado.

A la anterior razón de desestimación se añade una segunda derivada de la pretensión de la parte de que se atienda a los hechos constatados como probados en la sentencia apelada dictada por el Juzgado de Primera Instancia, y no a los considerados como tales en la sentencia que resolvió el recurso de apelación, y ahora recurrida: en contra de lo que sostiene la parte impugnante, la sentencia dictada por la Audiencia Provincial no consideró acreditados los hechos en que el recurrente basa la presencia de fraude de ley, sino que, por el contrario, lo que tal sentencia evidencia es la ausencia de prueba suficiente para poder concluir que existiera actuación fraudulenta. En concreto, literalmente, recoge la afirmación de que: «(...) lo que hubiera sido relevante, en su caso, hubiera sido la mecánica de funcionamiento de ese depósito, ingresos y reintegros, de los que la entidad demandada, a buen seguro, hubiera podido alegar y probar. Cierto que la parte demandante tampoco da mucha noticia de ellos, pero esa nebulosa probatoria, no sirve para fundar una actuación fraudulenta (...)» (Fundamento de Derecho Séptimo, *in fine*)

Se pretende, por tanto, en este motivo de recurso el replanteamiento de la valoración probatoria llevada a cabo por el órgano de instancia, con el fin último de hacer prevalecer lo declarado probado en el Juzgado frente a lo considerado acreditado o falta de prueba por la Audiencia Provincial. Cuestión de acreditación fáctica que excede de la función encomendada al recurso de casación que ahora se resuelve, limitado a valorar la correcta aplicación de las normas jurídicas sustantivas, por lo que no cabe la estimación de este motivo.

**Sexto:** De conformidad con lo previsto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil,

ciamiento Civil, desestimado el recurso de casación procede imponer a la recurrente el pago de las costas causadas en su tramitación.

Por aplicación de lo previsto en la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la redacción dada por Ley orgánica 1/2009 de 3 de noviembre, estimado el recurso, procede ordenar en la misma resolución la pérdida del depósito constituido por el recurrente.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

#### FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la «Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona» contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Cuarta, de fecha 30 de diciembre de 2010.

Se impone a la parte recurrente el pago de las costas causadas por este recurso de casación.

Se dará al depósito constituido por el recurrente el destino legalmente previsto.

Librese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Esta sentencia es firme por ministerio de la Ley, y contra ella no cabe recurso jurisdiccional alguno.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Lo anterior concuerda bien y fielmente con su original a que me remito, y para que conste y su remisión a la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, expido y firmo la presente en Zaragoza a veintidós de junio de dos mil once.

#### NÚM. 15

*S. TSJA de 22 de junio de 2011*

**0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: LEY DE COOPERATIVAS: Pérdida de la condición de socio: Obligaciones subsistentes: Las obligaciones contraídas durante la permanencia como socio de la cooperativa no quedan extinguidas por el hecho de perderse tal condición. Ni siquiera puede obtener el reintegro de lo ya entregado hasta que no entre un nuevo socio ocupando su lugar; tal como se establece en el art. 22-7 de los Estatutos sociales en consonancia con el art. 89-5 de la Ley 27/1999.**

**DISPOSICIONES CITADAS: arts. 17, 89-5 Ley 27/1999, de 16 de julio de Cooperativas; DF 16ª, art. 469 Lec.; art. 20 Ley 9/1998, de 22 de diciembre de Cooperativas de Aragón.**

**PONENTE: Ilma. señora doña Carmen Samanes Ara.**

*Zaragoza, a veintidós de junio de dos mil once.*

*En nombre de S.M. el Rey.*

*La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación e infracción procesal, número 6/2011 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Quinta, de fecha 17 de diciembre de 2010, recaída en el rollo de apelación número 743/2010, dimanante de autos de Procedimiento Ordinario número 29/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Doce de Zaragoza, en el que son partes, como recurrentes, la S. C. V., representada por el Procurador de los Tribunales don Óscar David Bermúdez Melero y dirigido por el Letrado don Luis Javier Solana Caballero, y como parte recurrida don Raúl S. E. representado por el Procurador de los Tribunales don Carlos Adán Soria y dirigida por el Letrado don Carlos Armendáriz Equiza.*

*Es Ponente la Magistrada Ilma. Sra. doña Carmen Samanes Ara.*

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero:** El Procurador de los Tribunales don Oscar Bermúdez Melero, actuando en nombre y representación de la S. C. de V. «V.», presentó demanda de Procedimiento Monitorio en reclamación de 26.894,79 €, contra don Raúl S. E. quien se opuso a la demanda. Por providencia de 30 de noviembre de 2009 se acordó resolver el asunto en Juicio Ordinario y por el Procurador mencionado se presentó demanda de Juicio Ordinario, en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando se dicte sentencia: *«por la que estimando íntegramente la presente demanda se condene a don Raúl S. E. a pagar a mi representada la cantidad de 22.244,84 €, más los intereses legales y las costas de este procedimiento. Otrósí: se ordene el archivo del procedimiento monitorio 2064/2009 previo testimonio de los autos deducidos en aquél en el nuevo procedimiento de juicio ordinario.»*

**Segundo:** Por Auto de 18 de enero de 2010 se acordó el archivo del proceso monitorio y se admitió a trámite la demanda emplazando a la demandada que compareció en tiempo y forma y contestó a la misma interesando se dictase sentencia por la que: *«absuelva a mi representado de lo solicitado de contrario con expresa condena en costas a la demandante»*. El Juzgado de Primera Instancia núm. Doce de Zaragoza, dictó sentencia con fecha de 9 de julio de 2010 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: *«Fallo: Que desestimando íntegramente la demanda presentada por el Procurador Sr. Bermúdez Melero debo absolver y absuelvo a don Raúl S. E. de las pretensiones deducidas en su contra»*.

**Tercero:** Interpuesto por la parte demandada, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Doce de esta ciudad, se dio traslado del mismo a la parte contraria, quien presentó escrito de oposición al recurso, y elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Zaragoza, esta dictó sentencia de fecha 17 de diciembre de 2010, cuya parte dispositiva dice así: *«FALLO: Desestimar el recurso de*

*apelación formulado contra la sentencia de fecha de 9 de julio de 2010 dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia, núm. 12 en los autos núm. 29/2010, debemos confirmar y confirmamos la misma. Imponemos las costas de esta alzada, así como la pérdida del depósito constituido para recurrir; al que se dará el destino legal, a la parte recurrente.»*

**Cuarto:** EL Procurador de los Tribunales don Óscar-David Bermúdez Melero, actuando en nombre y representación de S. C. de V. «V.», presentó en tiempo y forma escrito preparando recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación foral contra dicha sentencia y, una vez que la Audiencia Provincial de Zaragoza los tuvo por preparados, formuló el oportuno escrito de interposición que basó, en cuanto a la infracción procesal: *«Motivo 1º: Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, al amparo del artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el art. 456 de la LEC. Motivo 2º: Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, al amparo del artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil»*. El recurso de casación está basado en los siguientes: *«Motivo 1º: Infracción de las normas de derecho civil de Aragón. Infracción de los arts 84 y 85 de la Ley 9/98 de Cooperativas de Aragón y de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad de los socios adjudicatarios de viviendas en régimen cooperativo. Motivo 2º: Infracción de normas de derecho civil de Aragón. Infracción del art. 53.e) de la Ley 9/98, de 22 de diciembre, de cooperativas de Aragón en relación con el artículo 55.2 de la Ley 9/98. Motivo 3º: Infracción de normas de derecho civil de Aragón. Infracción del art. 22.A) de la Ley 9/98, de 22 de diciembre, de cooperativas de Aragón en relación con el artículo 17.2 de la Ley 27/99, de Cooperativas del Estado, de aplicación supletoria ex disposición adicional primera de la propia Ley 9/98, y el artículo 47 de la ley 9/98, de 22 de diciembre, de cooperativas de Aragón»*.

**Quinto:** Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se dictó en fecha de 5 de abril de

2011 auto por el que se acordó declarar la competencia de esta Sala para el conocimiento del recurso de casación y extraordinario por infracción procesal, admitiéndolos, y confiriendo traslado a la parte contraria para, si lo estimare pertinente, formalizara oposición por término de 20 días, haciéndolo dentro de plazo. Por providencia de 19 de mayo se señaló para votación y fallo el día 15 de junio del presente año.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** Para centrar adecuadamente el presente recurso es útil destacar los extremos que siguen.

En la demanda –ciertamente escueta– origen del presente litigio se alegaba la condición del demandado de socio integrante de la cooperativa actora y adjudicatario de una de las viviendas promovidas y que, como tal, y con base en los criterios de reparto aprobados en la Asamblea General Extraordinaria de 17 de abril de 2009, adeudaba a la sociedad actora la cantidad de 66.734,52 €, si bien se reclamaba únicamente la cantidad de 22.244,84 € por corresponderse con la que fue objeto del procedimiento monitorio del que la demanda derivaba. Se acompañó copia del acta notarial correspondiente a la referida Asamblea e informe pericial contable.

La postura defensiva del demandado se articuló, exclusivamente, sobre la alegación de que no era socio de la cooperativa actora desde el día 9 de julio de 2007 al haber solicitado la baja definitiva en tal fecha y habiendo transcurrido tres meses sin que el Consejo Rector resolviera su petición. Con esa base afirmaba que nada debía dado que perdió su condición de socio el 9 de julio de 2009.

La sentencia de primera instancia inicia su fundamentación indicando que la cuestión controvertida se redujo en la audiencia previa a la determinación de si el demandado reunía o no la condición de socio. Al considerar acreditado que, en efecto, aquel solicitó la baja sin respuesta

temporánea por parte del Consejo Rector, expresa que podía entender la baja como justificada, por aplicación de lo dispuesto en el art. 17 de la Ley 27/1999 de 16 de julio de Cooperativas, de aplicación supletoria en Aragón. Y concluye que *no reuniendo el demandado la condición de socio de la cooperativa, la reclamación planteada no puede prosperar y procede la desestimación de la demanda.*

La sentencia de apelación acoge el planteamiento del apelado que, con invocación del principio *pendente appellatione nihil innovetur*, considera que la alegación, por el apelante, de que con independencia de la condición de socio hay obligación de pago, constituye una alteración en los términos del debate, no compatible con aquel principio.

**Segundo:** De conformidad con lo dispuesto en la regla 6ª del apartado 1 de la Disposición Final 16ª de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, debe examinarse, en primer lugar, el recurso extraordinario por infracción procesal.

Dos son los motivos de infracción procesal que plantea la parte al amparo, respectivamente, de los números 2º y 4º del apartado primero del art. 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Pero resulta procedente el examen conjunto de ambos motivos, pues la razón que se aporta tanto para justificar uno como otro es la misma: incongruencia omisiva que se produjo como consecuencia de haber aplicado erróneamente la sentencia impugnada el principio *pendente appellatione nihil innovetur*.

Previamente, debe hacerse referencia a la alegación de inadmisibilidad opuesta por la recurrida, que indica que la incongruencia que ahora se alega debió denunciarse en la segunda instancia, *si tal vulneración se produjo en la primera*. Y razona que, si tan convencido estaba el demandante de que ya planteó su reclamación en primera instancia en base a la condición de socio y adjudicatario, tenía, tal como establece el art. 469.2 de la LEC, que haber denunciado la infracción procesal en su apelación.

No hay tal causa de inadmisibilidad. En el recurso de apelación se pidió la revocación de la sentencia de instancia señalándose, con toda contundencia, que dicha sentencia confunde las consecuencias de la baja de socio con los compromisos u obligaciones adquiridos por aquél durante su permanencia en la cooperativa. Y se alegó que, habiendo reconocido el demandado que se le adjudicó la casa en 2007, y siendo la deuda reclamada de fecha anterior a la baja, debe responder del coste de su construcción. Por tanto, aunque la expresión *incongruencia omisiva* no figure literalmente en el referido escrito, no hay duda de que no es otra la razón de la disconformidad de la actora con dicha resolución.

**Tercero:** A la alegación, formulada en el recurso de apelación, de que el demandado debía la cantidad reclamada aunque ya no fuera socio, se opuso el apelado con el argumento de que era nueva y por tanto le creaba indefensión. Sin embargo, consta en la grabación de la audiencia previa que el Letrado de la demandante expuso, como alegación complementaria y a la vista de la contestación a la demanda, que se estaba reclamando un precio de la parte de la adquisición por el demandado de una vivienda, y que entendía que independientemente de que fuera o no socio debía hacer frente al precio de la adjudicación de la vivienda. Y el demandado respondió en el juicio, a preguntas de ese mismo Letrado, que unos días antes (de solicitar la baja) abonó la cantidad que le reclamaron en un procedimiento monitorio y que había ido haciendo pagos por la compra de esa vivienda (algo menos de 60.000 euros). Reconoció también, al hilo de esas respuestas, que sabía que si era socio tenía que hacer frente a los pagos, pero que dejó de ser socio.

Aunque prescindieramos de lo recogido en la grabación, no puede compartirse el criterio de la sentencia recurrida cuando aprecia que se ha introducido una cuestión nueva en la apelación, pues ni se han alegado hechos distintos de los que sirvieron de base a la demanda, ni –atendiendo a lo expuesto en el Fundamento primero– se ha

variado la causa de pedir. El objeto del pleito quedó delimitado conforme ha quedado expuesto, y el apelante se limitó a pedir en el recurso que se declarase la consecuencia jurídica de los hechos no discutidos, pues la sentencia de primera instancia no lo había hecho. Resulta incontestable que, si el demandado alegó haber perdido su condición de socio en julio de 2009, estaba admitiendo que ostentaba dicha condición hasta esa fecha. Precisamente por eso, tal hecho no fue controvertido. Es más, se acompañó al escrito de contestación, además de los Estatutos de la sociedad, copia de la carta que don Raúl dirigió a la cooperativa comunicando su decisión de causar baja, y en la que indicaba que ... *la vivienda que me correspondió como socio es la casa 36 de la promoción Moreiras, tal y como se describe en la escritura otorgada ante el notario de Zaragoza, don José Luis de Miguel de 2007 de crédito abierto con garantía hipotecaria.*

La pretensión de condena se basó, como ha quedado dicho, en la afirmación de que don Raúl, como socio, y en cumplimiento de los deberes de socio, adeudaba una cantidad fijada con base en los criterios de reparto aprobados el 17 de abril de 2009 (es decir, antes de la solicitud de baja). Fue precisamente el demandado el que, como si de un hecho extintivo se tratase, introdujo una alegación cuyo acogimiento por el juzgador de instancia hubiera debido resultar intrascendente a los efectos del triunfo de la pretensión. Porque la baja del socio en la cooperativa (que si es justificada permite el reembolso de aportaciones al capital social, ex art. 17 de la Ley 27/1999 de 16 de julio de Cooperativas) no extingue los compromisos u obligaciones asumidos con anterioridad. Pero con el proceder defensivo descrito se vino a desfigurar el pleito, dando lugar a la confusión del juzgador de primer grado.

Y en la oposición al recurso de apelación se siguió por el mismo derrotero:... *Si la Cooperativa argumenta que mi mandante debe dinero porque es socio, mi mandante argumenta que no es socio y que por lo tanto no adeuda cantidad alguna... No se planteó en la*

*demanda que mi mandante, a pesar de ya no ser socio, debía responder de lo acordado en la Junta en la que se acordaron las derramas ... No se planteó tal argumento, sólo se planteó que mi mandante seguía siendo socio. De haberse hecho nuestra contestación hubiera sido otra, puesto que tal hipotética afirmación tampoco podría prosperar. (Pero no dice cuál hubiera sido su contestación en tal caso).*

**Cuarto:** En general, la jurisprudencia nos enseña que las sentencias absolutorias no pueden ser tachadas de incongruentes, pero esta regla tiene excepciones. Así, dice la STS de 29 de febrero de 2008 que «(...) en suma, es verdad que la regla general contraria a que las sentencias absolutorias sean incongruentes, tiene como una de sus quiebras o inaplicaciones precisamente la alegada por el recurrente en casación, de que para dictar el fallo absolutorio, se haya realizado una alteración o cambio del soporte fáctico (*causa petendi*) de la acción ejercitada, transformando el problema litigioso en otro distinto del planteado».

Dice la STS de 16 de junio de 2010: «El deber de congruencia se resume en la necesaria correlación que ha de existir entre las pretensiones de las partes, teniendo en cuenta el *petitum* [petición] y la *causa petendi* o hechos en que se funda la pretensión deducida, y el fallo de la sentencia (SSTS de 24 de junio de 2005, 28 de junio de 2005, 28 de octubre de 2005, 1 de febrero de 2006, 24 de octubre de 2006, 27 de septiembre de 2006, 30 de noviembre de 2006 y 12 de diciembre de 2006). Por tanto, se incurre en incongruencia cuando no se respeta la identidad de la *causa petendi*, es decir, del conjunto de hechos esenciales para el logro de la consecuencia jurídica pretendida por la parte actora, tal como aparecen formulados en la demanda, incurriendo en desviación procesal (SSTS de 7 de noviembre de 2007, 14 de mayo de 2008)». En la STS de 27 de octubre de 2005 se indica que los órganos judiciales están obligados a argumentar sobre los hechos que se consideran probados para, a partir de ellos, establecer la consecuencia jurídica correspondiente. En fin, en la de 14 de abril de 2003 se señala que al decidir en el

fallo de forma diferente a lo admitido por el propio demandado, se da sin lugar a duda la falta de congruencia de la sentencia.

En el caso que nos ocupa, el demandado admitió los hechos de los que deriva la existencia de la deuda, aunque no la consecuencia jurídica de esos hechos, pero esto último es irrelevante pues la declaración de esa consecuencia corresponde al tribunal. Al no haberlo hecho, han quedado marginados los hechos constitutivos de la pretensión, pues la controversia se resolvió de forma no concordante con lo admitido por el propio demandado que, como hemos advertido, no cuestionó su pertenencia, hasta julio de 2009, a la cooperativa, ni tampoco la validez del acuerdo societario; la sentencia no se ajustó por ello a los términos del debate y con ello se produjo la falta de congruencia, pues era obligada su valoración jurídica. No hay adecuación entre la sentencia y la pretensión formulada.

Debemos, por tanto, estimar el recurso de infracción procesal anulando la sentencia recurrida y en consecuencia, y de conformidad con lo prevenido en la regla 7ª de la disposición final 16ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede que la Sala dicte nueva sentencia teniendo en cuenta, en su caso, lo que se hubiera alegado como fundamento del recurso de casación.

**Quinto:** De acuerdo con las disposiciones contenidas en el artículo 20 de la Ley 9/1998 de 22 de diciembre de Cooperativas de Aragón, el socio estaba obligado a cumplir los acuerdos adoptados por los órganos de gobierno, a efectuar el desembolso de las aportaciones comprometidas, y a cumplir los demás deberes impuestos por los estatutos. Y por imperativo de lo dispuesto en los arts. 8.2 y 32.2 de los Estatutos aportados, como se ha expuesto antes, por el propio demandado, este estaba obligado a cumplir los acuerdos de la asamblea, estando acreditado que en que se acordaron las derramas correspondientes a la cantidad aquí reclamada es de fecha anterior a la alegada pérdida de la condición de socio. Estaba asimismo obligado (art.

8.3 de los estatutos) a participar en las actividades cooperativizadas desarrolladas por la cooperativa, en función de los proyectos de construcción promovidos, aportando con esta finalidad las cantidades económicas en la proporción que le correspondía. Y así debió establecerse en la sentencia, con la consiguiente condena al pago de lo reclamado. Y –hemos de insistir en ello– las obligaciones contraídas durante su permanencia como socio en la cooperativa no quedan extinguidas por el hecho de perderse tal condición. Ni siquiera puede obtener el reintegro de lo ya entregado hasta que no entre un nuevo socio ocupando su lugar (como el propio recurrido reconoce en el escrito de oposición al recurso de casación) tal como establece el art. 22.7 de los Estatutos sociales, en consonancia con la previsión del art. 89.5 de la Ley 27/1999 antes citada.

Procede, en consecuencia, y sin necesidad de examinar los motivos de casación, la estimación de la demanda.

**Sexto:** En aplicación de lo dispuesto en los artículos 394.1 y 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil deben imponerse las costas de primera instancia a la parte demandada vencida y sin especial pronunciamiento sobre las causadas en la apelación y por el presente recurso.

Vistos los artículos citados y los demás de general y pertinente aplicación.

#### FALLO

**Primero:** Estimar el recurso de infracción procesal interpuesto por la S. C. de v. «V.» contra la sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, núm. 769/10, que anulamos y, dictando nueva sentencia, estimamos la demanda condenando al demandado a satisfacer a la actora la cantidad de 22.244,84 euros mas intereses legales.

**Segundo:** Imponer las costas de la primera instancia al litigante vencido, y no hacer especial pronunciamiento sobre las causadas en la apelación y en el presente recurso.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Devuélvanse las actuaciones a la referida Audiencia Provincial, juntamente con testimonio de esta resolución, debiendo acusar recibo.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

#### NÚM. 16

*S. TSJA de 13 de julio de 2011*

**0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: DERECHO TRANSITORIO: Custodia compartida:** *Es correcto aplicar al proceso la Ley de «custodia compartida», a pesar de que el litigio en Primera Instancia se tramitara antes de la entrada en vigor de esta Ley, porque su DT1ª preveía la posibilidad de revisión, conforme a la nueva normativa, de los convenios reguladores y de las medidas judiciales adoptadas bajo la legislación anterior: «las normas de esta ley serán de aplicación a la revisión judicial de los convenios reguladores y de las medidas judiciales adoptadas con anterioridad a su entrada en vigor».* **VECINDAD CIVIL: Custodia compartida:** *La norma aragonesa resulta de aplicación al caso por cuanto se trata de una relación paterno filial de personas con vecindad civil aragonesa y de un menor de igual condición. Por lo tanto el litigio debe resolverse conforme al Derecho aragón, al que remite como norma de conflicto el art. 16-1 en relación con el art. 9-1 y 4 Cc. 64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: RUP-TURA DE LA CONVIVENCIA DE LOS PADRES: Custodia compartida: no procede:* *La parte recurrente sostiene que la sentencia recurrida infringe el art. 6 Ley 2/2010, que ordena al Juez adoptar de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual*

*sea más conveniente; y el art. 2-2 de la citada Ley en cuanto dispone que toda decisión o resolución que afecte a los hijos menores de edad se adoptará en atención al beneficio o interés de los mismos. En Primera Instancia y en atención a las pruebas periciales practicadas se acuerda la custodia individual de la madre; decisión que se revoca en apelación acordando la custodia compartida, sin fundarse en argumentos de una mayor conveniencia para el interés del menor; por ello la AP ha infringido los mencionados preceptos legales ya que en el presente caso la custodia individual de la madre, atendiendo a la prueba pericial y a la edad del hijo (2 años) es más conveniente.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** arts. 208, 218 Lec.; arts. 2-2, 6, DT 1ª, Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres; arts. 16-1 y 9-1 y 4 Cc.; arts. 75-2, 76 y 80-2 CDFA; arts. 2, 3 Convención de los Derechos del Niño de ONU de 20 de noviembre de 1989.

**PONENTE:** Excmo. señor don Fernando Zubiri de Salinas.

*En Zaragoza, a trece de julio de dos mil once.*

*En nombre de S.M. el Rey.*

*La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación e infracción procesal número 8/2011 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel, de fecha de 11 de enero de 2011, recaída en el rollo de apelación número 196/2010, dimanante de autos de Medidas Previas, número 154/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Tres de Teruel, siendo parte, como recurrente, doña L. A. D., representada por la Procuradora de los Tribunales doña Begoña Uriarte González y dirigida por la Letrada doña Altamira Gonzalo Valgañón, y como partes recurridas el Ministerio Fiscal y don V. H. C., representado por el Procurador de los Tribunales don Luis Javier Celma Benages y dirigido por el Letrado don José Paulino Esteban Pérez.*

*Es Ponente el Excmo. Sr. Presidente don Fernando Zubiri de Salinas.*

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero:** En fecha de 3 de febrero del 2010 el Procurador Sr. Barona Sanchís, en representación de doña L. A. D., presentó ante el Juzgado decano de los de Teruel demanda en solicitud de guarda y custodia y alimentos frente a don V. H. C. y después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando: «1: Que la guarda y custodia del hijo sea atribuida a la madre, siendo la autoridad familiar compartida por ambos progenitores. 2: Que se acuerde un régimen de visitas y comunicaciones del padre con el hijo consistente en que el niño pueda estar con su padre los fines de semana alternos desde el sábado a las 10 h. de la mañana hasta el domingo a las 20 h. y dos tardes entre semana, los martes y jueves, recogiendo el padre de la guardería y reintegrándolo en el domicilio materno a las 20 h. 3: Como pensión de alimentos para el hijo, don Víctor Hernández abonará a doña Laura Álvarez la cantidad mensual de 350 €, pagaderos en doce mensualidades al año. Dicha pensión se abonará desde la fecha de interposición de esta demanda y en los cinco primeros días de cada mes, mediante ingreso en la cuenta que designe la madre. Esta pensión se revalorizará anualmente. Admitida a trámite la demanda se dio traslado a las partes demandadas, quienes la contestaron en forma.

**Segundo:** La Procuradora de los Tribunales doña Isabel Pérez Fortea, actuando en nombre y representación de don V. H. C., en fecha de 10 de febrero de 2010, presentó demanda en solicitud de Medidas Previas a la demanda que se proponía promover frente a doña L. A. D., sobre atribución de domicilio familiar y atención a gastos familiares, guarda y custodia, alimentos y gastos extraordinarios respecto del hijo menor H. H. A., en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando se dictase auto acordando las siguientes medidas en razón de su urgencia: «1: se atribuya la guarda y custodia del hijo



*menor de edad al padre, siendo la autoridad familiar compartida por ambos progenitores. 2: deberá establecerse el régimen de comunicaciones más adecuado entre la madre y el niño en consideración a la turnicidad del trabajo que desarrolla la madre y la edad del menor. 3: doña L. Á. D. deberá abonar en concepto de pensión alimenticia a favor del hijo menor de edad la cantidad de 350 € mensuales, por meses anticipados, en doce mensualidades al año y dentro de los cinco días primeros de cada mes. Dicha cantidad se actualizará anualmente. 4: Que se atribuya el uso del domicilio familiar y su ajuar al padre y niño, llevándose la demandada del mismo sus enseres y ropas de uso personal, bajo inventario. 5: Que las costas sean sufragadas por la demandada. Otrosí: Que se expida oficio a la empresa «Mercadona S.A.» al objeto de que por la misma se remita certificación donde se haga constar la cantidad total de dinero que abona a la trabajadora doña L. A. D. y el horario laboral de la trabajadora».*

Por Auto de 16 de febrero de 2010 se acordó citar a las partes y al Ministerio Fiscal a una comparecencia y expedir el oficio solicitado a la empresa donde presta sus servicios la Sra. A. D.

Por el Procurador Sr. Barona Sanchís, en representación de la Sra. A. se solicitó la práctica anticipada de prueba pericial psicológica de los progenitores y, en su caso, del menor, a fin de que se informara sobre la idoneidad de que el menor permaneciera junto a la madre. Asimismo se solicitó se oficiara al Instituto Nacional de Empleo a fin de que comunicara si el Sr. Hernández Casas tiene solicitada prestación por desempleo, acordándose por el Juzgado de conformidad con lo solicitado.

**Tercero:** Por providencia de 23 de marzo de 2010 se acordó acumular la demanda núm. 132/2010 instada por la representación procesal de doña L. A. D. contra don V. H. C., en solicitud de guarda y custodia y alimentos, al procedimiento, núm. 154/2010 de Medidas Previas instado por don V. H. C. contra doña L. A. D.

Por auto de 27 de mayo de 2010 se acordó desestimar la solicitud de Medidas

Previas formuladas por V. H. C. estimándose pertinente que la guarda y custodia del menor se atribuya a la madre, compartiendo ambos progenitores las funciones inherentes a la patria potestad sobre el menor. Se acordó el régimen de comunicación y la contribución a los alimentos del menor con respecto del padre.

Resueltas las medidas previas se continuó el trámite del procedimiento de la demanda de alimentos y cumplido el trámite de contestación a la demanda se citó a las partes a la vista principal del Juicio que tuvo lugar con el resultado que obra en actuaciones.

El Juzgado de Primera Instancia, núm. Tres de Teruel dictó sentencia en fecha de 1 de julio de 2010, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: *FALLO: Que dando lugar a la solicitud de medidas definitivas instadas en el presente procedimiento por doña L. A. D. contra don V. H. C., acuerdo las siguientes medidas, que regirán los efectos personales y patrimoniales derivados de la ruptura de la convivencia: 1º: La guarda y custodia sobre el menor se atribuye a la madre, compartiéndose entre ambos progenitores las funciones inherentes a la patria potestad. 2º: El padre podrá tener consigo y comunicarse con H., dos días a la semana, martes y jueves desde la salida de la guardería hasta las siete horas de la tarde –hora prudente para que al menor se le realicen las labores apropiadas en orden a sus exigencias como baños, cenas y descanso–, sin pernocta, debiendo ser reintegrado al domicilio paterno (sic), así como fines de semana alternos incluidos los viernes, desde la salida de la guardería hasta el lunes que deberá ser reintegrado en la guardería, dividiéndose por mitad los periodos vacacionales y estivales y por semanas, eligiendo turno la madre en los años pares y el padre en los impares. 3º: El padre contribuirá a los alimentos de H. en la cantidad de 350 mensuales. 4º: Por mitad deberán satisfacerse los gastos extraordinarios derivados de la educación y sanidad de Hugo, sin expreso pronunciamiento sobre las costas».*

**Cuarto:** Interpuesto por la representación de don V. H. C., en tiempo y forma, recurso de apelación contra la sentencia

dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Tres de Teruel, se dio traslado del mismo a las partes personadas, quienes presentaron los oportunos escritos de oposición al recurso, y elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Teruel, esta dictó sentencia de fecha de 11 de enero de 2011, cuya parte dispositiva dice así: «*FALLAMOS: Estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora doña I. P. F., en nombre y representación de don V. H. C., frente a la Sentencia de fecha uno de Julio de dos mil diez, dictada por el Juzgado de Primera Instancia, número Tres de Teruel, en autos de medidas relativas a la guarda y custodia y alimentos de un menor, seguidos con el núm. 154/2010, debemos revocar y revocamos la mencionada resolución y en su lugar acordamos que la guarda y custodia del hijo menor de los litigantes, H., sea compartida por ambos progenitores en la forma en que actualmente la desarrollan, sin perjuicio de ampliar los períodos de convivencia, de acuerdo con el plan que los cónyuges deben establecer. Todo ello sin hacer imposición expresa de las costas.*».

Por auto aclaratorio de veinte de enero se acordó aclarar el sentido del fallo de la sentencia en los siguientes términos: «*1º: El fallo de la sentencia de esta Sala sustituye el régimen de custodia por la madre, fijado en la sentencia de fecha uno de julio de 2010 por el régimen de custodia compartida por ambos progenitores. 2º: La frase «en la forma que actualmente se desarrolla», se refiere al régimen en el que, en lo sucesivo, se llevará a efecto dicha custodia, y a la que se refiere el fundamento de derecho tercero, que no es otro que el que los cónyuges vienen manteniendo desde que se produjo la separación «de facto»: un día con cada progenitor, sin perjuicio de ampliar los períodos de convivencia, de acuerdo con el plan que los cónyuges deben establecer.*».

**Quinto:** El Procurador de los Tribunales don Luis Barona Sanchís, actuando en nombre y representación de doña L. A. D., presentó en tiempo y forma escrito preparando recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra dicha sentencia y, una vez que la Audiencia Provincial de Zaragoza los tuvo por preparados, formuló el oportuno escrito de inter-

posición que basó, en cuanto a la infracción procesal, en los siguientes motivos: 1º) *Infracción del artículo 209.4º y 281.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al amparo de lo dispuesto en el ordinal segundo del artículo 469.2 de dicha Ley.* 2º) *Infracción del artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

En cuanto al recurso de casación alega la parte los siguientes motivos: 1): *Con apoyo procesal en el art. 477.3º.3 de la LEC, porque la sentencia recurrida infringe, por interpretación errónea, el art. 6 de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, en relación con el art. 39.2 y 4 de la Constitución española.* 2): *Con fundamento en el art. 477.3º.3 de la LEC, porque la Sentencia recurrida infringe por inaplicación el art. 2.2 de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, en relación con el art. 11.2.a) y b) de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.*

**Sexto:** Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se dictó en fecha de 29 de abril de 2011 auto por el que se acordó: *Se declara la competencia de esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón para el conocimiento de los presentes recursos de casación y extraordinario por infracción procesal los cuales se admiten a trámite. Dése traslado del escrito de interposición al Ministerio Fiscal y a la otra parte para que formalice su oposición por escrito en el plazo de veinte días y para los demás efectos legalmente prevenidos. Alegaciones que presentaron dentro de plazo.*

Por providencia de 8 de junio se señaló para votación y fallo el día 22 de junio del presente año.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

*Sobre los hechos relevantes objeto del proceso*

**Primero:** Para la debida resolución de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos, conviene recoger los siguientes hechos relevantes:

Primero: don V. H. C. y doña L. A. D., contando aproximadamente dieciocho

años de edad cada uno de ellos, iniciaron una relación de pareja, conviviendo durante un tiempo aproximado de dos años.

Segundo: Fruto de esta relación nació H. H. A. el día 24 de junio de 2008. Al momento de llevar a efecto la inscripción de su nacimiento en el Registro Civil comparecieron don V. H. C. y doña L. A. D., reconociéndolo como hijo suyo.

Tercero: En el mes de enero de 2010 se produjo la ruptura de la relación de pareja, aunque mantuvieron la convivencia hasta comienzos de marzo de dicho año, cuando cada uno marchó a residir a casa de sus padres.

Cuarto: don V. H. C. reside en el domicilio familiar en Teruel, cursó estudios hasta primero de bachillerato, y ha trabajado temporalmente en diversos empleos, encontrándose en situación de desempleo desde febrero de 2010. proyecta retomar sus estudios tan pronto sea posible.

Según la prueba pericial practicada, en su personalidad se aprecian rasgos narcisistas, con puntuación muy baja en altruismo, baja en empatía, y puntuaciones medias en autoestima, capacidad de resolver problemas, flexibilidad, sociabilidad y capacidad de establecer vínculos afectivos. Tiene un adecuado equilibrio emocional y alta flexibilidad y tolerancia a la frustración. Mantiene una buena relación con sus padres, que le apoyan en cuanto al cuidado del menor.

Quinto: doña L. A. D. reside en la localidad de Villaespesa, situada a nueve kilómetros de Teruel. Vive con su madre y la actual pareja de esta. Ha realizado estudios de E.S.O., deseando continuar su educación en Bachillerato. Ha realizado diferentes trabajos, encontrándose en situación de desempleo. Desde un punto de vista psicológico, y según la prueba practicada, presenta una alta independencia y sociabilidad, con puntuación alta en altruismo, empatía, equilibrio emocional y tolerancia a la frustración, siendo emocionalmente estable. Se siente apoyada por su madre y la

pareja actual de esta en las tareas de cuidado del menor H.

Sexto: El menor H. H. A. asiste a la guardería S. de Teruel desde que contaba con pocos meses de edad, encontrándose bien adaptado a ella, relacionándose con los demás niños y participando en las actividades del centro.

Séptimo: Ambos progenitores se ocupan del menor, con apoyo de sus respectivas familias. Desde marzo de 2010 a mayo del mismo año mantuvieron al hijo un día cada uno, alternándose en la custodia, hasta que a final de mayo y como consecuencia del dictado del auto de 27 de dicho mes, referido en los antecedentes fácticos, la madre se hizo cargo de la custodia en forma exclusiva, siguiendo el régimen de visitas para el padre establecido en dicha decisión judicial.

#### *Sobre el desarrollo de las instancias procesales*

**Segundo:** En el mes de febrero de 2010, las respectivas representaciones procesales de los litigantes interpusieron demandas cruzadas sobre la guarda y custodia del menor H. La madre dedujo demanda en solicitud de guarda y custodia y alimentos frente a don V. H. C., mientras que este presentó demanda en solicitud de medidas previas a la demanda que se proponía promover frente a doña L. A. D., sobre atribución de domicilio familiar y atención a gastos familiares, guarda y custodia, alimentos y gastos extraordinarios. Tras diversas actuaciones procesales, por providencia de 23 de marzo de 2010 ambos procedimientos fueron acumulados.

En el procedimiento de medidas provisionales previas a la demanda se practicó prueba pericial, mediante informe de la psicóloga y la trabajadora social adscritas a la Subdirección de Teruel del Instituto de Medicina Legal de Aragón, que concluyó recomendando la guarda y custodia materna para el menor H., con un régimen de visitas amplio con el padre, dividiendo los periodos de vacaciones entre ambos progenitores.

Recayó auto de 27 de mayo de 2010, por el que la Juez de Primera Instancia ordenó que la guarda y custodia del menor se atribuya a la madre, compartiendo ambos progenitores las funciones inherentes a la patria potestad (*sic*), se acordó el régimen de comunicación con el padre y la contribución a los alimentos del menor por parte de este.

Tras la celebración del juicio, recayó sentencia en primera instancia de 1 de julio de 2010, que decidió sobre la solicitud de medidas definitivas instadas en el presente procedimiento por doña L. A. D. contra don V. H. C., acordando las medidas que regirán los efectos personales y patrimoniales derivados de la ruptura de la convivencia. El fallo, transcrito en los antecedentes de hecho, mantiene en lo sustancial el contenido decisorio del auto referenciado.

Apelada la sentencia por la representación de don V., la Audiencia Provincial de Teruel dictó sentencia en fecha de 11 de enero de 2011, estimatoria del recurso de apelación, en la que se acordó la custodia compartida por parte de ambos progenitores sobre el menor H. El fallo recaído fue aclarado, a instancia de la parte apelada, por Auto de 20 de enero siguiente.

Frente a dicha sentencia la representación de doña L. A. D. ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. Ambos han sido admitidos por la Sala.

#### *Recurso extraordinario por infracción procesal*

**Tercero:** El recurso extraordinario por infracción procesal se funda en dos motivos. El primero denuncia la infracción de los artículos 209.4º y 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aduciendo que la sentencia de la Audiencia Provincial incurre en los vicios de falta de claridad e incongruencia, al no resolver sobre todas las peticiones de las partes. Se trata, realmente, de la formulación de dos denuncias, que serán objeto de examen diferenciado.

El fallo de la sentencia de la que la recurrente disiente no es, ciertamente, un modelo de claridad. Establece que «...*acordamos que la guarda y custodia del hijo menor de los litigantes, Hugo, sea compartida por ambos progenitores en la forma en que actualmente los desarrollan, sin perjuicio de ampliar los períodos de convivencia, de acuerdo con el plan que los cónyuges deben establecer*». La representación de doña L. A. D. instó la aclaración del fallo en lo referente a la forma en que se desarrolla la guarda y custodia, expresando que la distribución del tiempo de estancia del hijo con cada uno de los progenitores establecido en la sentencia del juzgado es el que se viene desarrollando desde el dictado del auto de Medidas Provisionales, de fecha de 27 de mayo de 2010. La sentencia fue aclarada, haciendo uso de lo prevenido en el art. 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, explicando que la frase aludida se refiere al régimen en el que, en lo sucesivo, se llevará a efecto dicha custodia, que es el que «*los cónyuges vienen manteniendo desde que se produjo la separación «de facto»: un día con cada progenitor, sin perjuicio de ampliar los períodos de convivencia, de acuerdo con el plan que los cónyuges deben establecer*».

Así se expresa en el fundamento jurídico segundo del auto de aclaración, dictado a 20 de enero de 2011.

El primer motivo del recurso, en cuanto denuncia la falta de claridad, no puede ser estimado. La sentencia no infringe lo dispuesto en el art. 209, que regula la forma y contenido de estas resoluciones, ni el 218, referido a la exhaustividad y congruencia. El fallo es claro en cuanto a la decisión adoptada, tal como ha sido aclarado en el auto que, en lo necesario, se ha transcrito. Fija un sistema de guarda compartida, respecto del menor Hugo, indicando que estará un día con cada progenitor. Realmente, la denuncia que se expresa al respecto en el primer motivo de este recurso se refiere a que la aclaración contradice el fallo aclarado, y no tanto a que la decisión definitivamente adoptada en la instancia no resulte entendible. Pero ello no determinaría la infracción de los pre-

ceptos aludidos sino, en su caso, la vulneración de los preceptos referidos a la inmutabilidad de las sentencias después de firmadas.

En cuanto a la referencia que en el fallo se realiza al plan «que los cónyuges deben establecer», expresa la parte recurrente que no existe relación de conyugalidad al no estar unidos en matrimonio. Siendo cierto el error advertido, este puede salvarse claramente considerando el contexto en que se expresa la sentencia, que en todo momento recoge el hecho de que los litigantes mantuvieron una relación sentimental sin matrimonio, de forma que la referencia a los cónyuges debe entenderse realizada a los progenitores.

**Cuarto:** Denuncia también la recurrente la incongruencia de la sentencia, al no resolver sobre todas las peticiones de las partes, por cuanto había sido solicitada una pensión de alimentos para el menor, que fue recogida en el fallo de primera instancia y no se mantiene en el del recurso, sin que este invocado defecto haya sido salvado por el auto de aclaración antes citado.

La incongruencia por omisión que se denuncia, y que tiene amparo procesal en la exigencia de exhaustividad y congruencia de las sentencias impuesta por el art. 218 de la LEC, como reflejo procesal del derecho de las partes a la efectiva tutela judicial, no debe ser estimada en este caso. Es cierto que se instó en la demanda inicial la adopción de pronunciamientos sobre alimentos del menor y sobre gastos extraordinarios, y que en primera instancia se recogieron dos decisiones destinadas a responder a las pretensiones deducidas, fijándose en el fallo que: el padre contribuirá a los alimentos de Hugo en la cantidad de 350 euros mensuales, y por mitad deberán satisfacerse los gastos extraordinarios derivados de la educación y sanidad de dicho menor.

Sin embargo, la estimación del recurso de apelación, en su día interpuesto, y la consideración que la Audiencia Provincial

hizo de que procedía establecer la guarda y custodia compartida por ambos progenitores, podía determinar la improcedencia de hacer pronunciamiento sobre alimentos y gastos extraordinarios, dado que ambos progenitores asumen compartidamente la guarda y custodia del menor, con todos los efectos que de ello derivan. Por ello, en el fundamento jurídico tercero, *in fine*, de la sentencia de la Audiencia, se decía, tras explicitar el razonamiento sobre la guarda y custodia que establecía, que esta tendría lugar «*sin necesidad de fijar contribución económica alguna por parte de los cónyuges, procediendo, en consecuencia, la estimación del recurso y la revocación de la resolución recurrida en tal sentido*». El hecho de que en el fallo no se haya recogido expresamente la revocación de los pronunciamientos tercero y cuarto del fallo de primera instancia no hace la sentencia incongruente, por cuanto revoca la totalidad del mismo, y se pronuncia sobre dichos extremos, para desestimar implícitamente las pretensiones deducidas.

Por las razones indicadas el primer motivo de recurso extraordinario por infracción procesal resulta desestimado.

**Quinto:** El segundo motivo de este recurso extraordinario invoca la infracción del art. 218.2 de la LEC, referido a la exigencia de motivación de las sentencias, que habrán de expresar los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. En el desarrollo del motivo expresa la parte recurrente que la sentencia incurre en contradicción interna, por cuanto indica el criterio de la Sala de que, en atención a la estabilidad del menor, la custodia diaria resulta poco conveniente y debería ser sustituida, y sin embargo la acuerda.

Como afirma la STC 64/2010, de 18 de octubre (Sala Segunda), citando otras precedentes, el derecho a la tutela judicial efectiva «*supone, en primer lugar, que la resolución ha de estar suficientemente motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los crite-*

rios jurídicos que fundamentan la decisión; y en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho, lo que conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, ni resulte manifiestamente irrazonable, incurso en un error patente o en una evidente contradicción entre los fundamentos jurídicos, o entre estos y el fallo, ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia». Y es que las partes en el proceso tienen derecho a una tutela judicial que comprende la obtención de una decisión motivada sobre las cuestiones oportunamente deducidas, motivación que ha de ser suficiente y ajustada a criterios lógicos. Una fundamentación contraria a la lógica, incoherente o irrazonable, impediría conocer realmente las razones de la decisión, y propiciaría la arbitrariedad de los poderes públicos, que está vedada por el art. 9.3 de la Constitución Española.

**Sexto:** En el caso de autos la sentencia recoge, al argumentar sobre la cuestión fundamental que fue objeto de recurso de apelación, a saber, la conveniencia de establecer un sistema de guarda y custodia compartida, que esta atribución responde a determinados aspectos del informe emitido por el equipo técnico adscrito a la subdirección de Teruel del Instituto de Medicina Legal de Aragón; que existe la previsión de que tanto el padre como la madre no puedan atender en solitario a todas las necesidades del menor precisando del apoyo de la familia extensa; que no es obstáculo el que los litigantes no hayan presentado un plan de relaciones familiares. No obstante, la Sala estima que en atención a la estabilidad del menor la custodia diaria resulta poco conveniente, y debería ser sustituida, al menos cuando el menor alcance la edad suficiente para la escolarización obligatoria, por una custodia por períodos más amplios, de acuerdo con el plan de convivencia que los cónyuges (sic) establezcan. Pese a todo acuerda la custodia compartida exactamente en la forma que considera poco conveniente.

Esta argumentación no resulta coherente. No deben los tribunales acordar una

medida, que afecta a derechos eminentemente personales de menores, cuando dicha solución es considerada poco conveniente; ni hay razones para instar a las partes a la sustitución de la forma de custodia que impone –pese a desvalorarla– «al menos cuando el menor alcance la edad suficiente para la escolarización obligatoria», pues no hay motivos que conduzcan a la modificación a partir de ese momento, ni las razones que a ello conducen se exponen en la fundamentación jurídica del fallo.

Por todo ello, el motivo se estima.

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

*Sobre el fondo de la cuestión planteada.*

**Octavo:** Las alegaciones expresadas en el recurso de casación se centran en dos motivos. Ambos traen fundamento procesal en el art. 477.3ª.3 de la LEC, y denuncian: el primero, la infracción, por interpretación errónea, del art. 6 de la Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, en relación con el art. 39.2 y 4 de la Constitución española; y el segundo, la infracción por inaplicación del art. 2.2 de la misma Ley, en relación con el art. 11.2, apartados a) y b) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Dado que ambos preceptos se refieren a la decisión a adoptar respecto de los hijos, atendiendo al beneficio o interés del menor, ambos alegatos van a ser objeto de examen conjunto.

**Noveno:** Ante todo debemos señalar la corrección de la Audiencia Provincial al decidir la aplicación al caso de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de las Cortes de

Aragón, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres. Es así, pese a que el litigio se tramitó en primera instancia antes de la entrada en vigor de dicha norma, porque su disposición transitoria primera preveía la posibilidad de revisión, conforme a la nueva normativa, de los convenios reguladores y de las medidas judiciales adoptadas bajo la legislación anterior: *Las normas de esta ley serán de aplicación a la revisión judicial de los convenios reguladores y de las medidas judiciales adoptadas con anterioridad a la entrada en vigor de la misma.*

La norma aragonesa resulta de aplicación al caso por cuanto se trata de una relación paterno-filial de personas con vecindad civil aragonesa y de un menor de igual condición. Aunque esta consideración no se recoge en los hechos invocados por las partes, se desprende del conjunto de los autos que se trata de aragoneses y que el menor, hijo de ambos, también lo es. Por tanto el litigio ha de resolverse conforme al derecho aragonés, al que remite, como norma de conflicto, el art. 16.1, en relación con el 9.1 y 4, del Código Civil.

Dado que las normas aragonesas de Derecho privado han quedado recogidas en el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, en lo sucesivo citaremos los preceptos de aplicación conforme a la nomenclatura de este Código.

**Décimo:** El legislador aragonés, al promulgar la Ley 2/2010, de 26 de mayo, ha modificado sustancialmente el régimen legal antes existente para los casos de ruptura de la convivencia de los padres, para establecer, de modo preferente, el sistema de custodia compartida respecto de los menores. Así resulta del propio Preámbulo de la Ley 2/2010, del conjunto de sus normas y, especialmente, de los preceptos hoy contenidos en los arts. 75.2, 76 y 80.2 del Código del Derecho Foral de Aragón (en lo sucesivo, CFA).

Pretende, en primer lugar, propiciar un acuerdo entre los progenitores, mediante una regulación que fomenta el «El pacto de relaciones familiares», inspirado en el respeto a la libertad de pacto del Derecho foral aragonés, de modo que se atribuye prioridad en la regulación de las relaciones familiares a lo acordado por los padres. Se fomenta este acuerdo, así como la solución del litigio si llegare a producirse, mediante la mediación familiar, que constituye, como expone el mismo Preámbulo, «un instrumento fundamental para favorecer el acuerdo entre los progenitores, evitar la litigiosidad en las rupturas y fomentar el ejercicio consensuado de las responsabilidades parentales tras la ruptura».

En defecto de estas soluciones de consenso, el legislador establece como preferente el sistema de guarda y custodia compartida: art. 80.2 del CFA, según el cual, *el Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a los siguientes factores:*

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

3. *Antes de adoptar su decisión, el Juez podrá, de oficio o a instancia de parte, recabar informes médicos, sociales o psicológicos de especialistas debidamente cualificados e independientes, relativos a la idoneidad del modo de ejercicio de la autoridad familiar y del régimen de custodia de las personas menores.*

Con todo, el sistema establecido por el legislador aragonés no es rígido, salvo en un mandato que dirige al juez: el superior interés del menor. Así resulta de los propios términos de la norma autonómica –art. 76.2, conforme al cual *toda decisión, resolución o medida que afecte a los hijos menores de edad se adoptará en atención al beneficio e interés de los mismos*–. No podía de ser de otro modo, por cuanto el Estado español ha ratificado la declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959 y la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, cuyos arts. 2º y 3º, respectivamente, proclaman el interés superior del niño como preferente. En este sentido, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, también dota de supremacía al interés del menor en toda decisión que al respecto se adopte –arts. 2 y 11.2.a)–.

Por otra parte, para la adopción de la custodia compartida el juez ha de tener en cuenta el plan de relaciones familiares. Conforme al art. 80.2, *el Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores*. Este plan es trámite necesario, como propuesta del modo de establecer las relaciones familiares a partir del momento de la ruptura, aunque su contenido no es vinculante para el juez.

En cuanto a la decisión a adoptar, el Preámbulo de la Ley 2/2010 recuerda que «el Juez deberá motivar su decisión teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares y los factores a los que se refiere la ley, como la edad de los hijos, el arraigo social y familiar de los hijos, la opinión de los hijos, la aptitud y la voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos o las posibilidades de los padres de conciliar su vida familiar y laboral».

**Undécimo:** La aplicación de los criterios legales expresados al caso de autos conduce a la estimación del recurso.

Sostiene la parte recurrente que la sentencia recurrida infringe el art. 6 de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, (equivalente al 80.2 CFA) que ordena al Juez adoptar de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente; y el art. 2.2 de la citada Ley, (cuyo contenido está refundido en el art. 76.2 CFA) en cuanto dispone que toda decisión o resolución que afecte a los hijos menores de edad se adoptará en atención al beneficio o interés de los mismos.

Frente a la decisión tomada en primera instancia, que atribuyó a la madre la guarda y custodia del menor, fundada en el resultado de la prueba practicada en autos y, especialmente, en el informe pericial, que recomienda la atribución a la madre de dicha custodia, la Audiencia Provincial adopta la guarda y custodia compartida. Lo hace fundada en argumentos que, como se ha expresado anteriormente al resolver el recurso extraordinario por infracción procesal, no resultan razonables, y lo hace considerando el sistema que establece como «poco conveniente» en atención a la estabilidad del menor.

En el caso que es objeto de enjuiciamiento, se trata de un menor que, al tiempo de interposición de la demanda, no contaba con dos años de edad. La única prueba de carácter pericial practicada en autos recomendaba razonablemente atribuir a la madre la guarda y custodia, con un régimen amplio de visitas con el padre que garantizase su permanencia como figura de referencia estable y continua. Y no se había aportado a autos plan de convivencia, sino que la Audiencia Provincial remitía a las partes a establecerlo, a los efectos de la posible ampliación de los periodos de convivencia.

Por ello, la Audiencia Provincial ha incurrido en infracción de los preceptos denunciados. Por una parte, porque en el caso presente resulta más conveniente la custodia individual de la madre, atendiendo a la prueba practicada y al factor que el propio legislador considera en primer



lugar, cual es la edad del niño, que se encuentra en la primera infancia. Además, porque no debe establecerse el sistema de guarda y custodia compartida sin contar con el plan de relaciones familiares que la ley exige.

**Decimosegundo:** La estimación del recurso determina que la Sala se constituya en tribunal de instancia, debiendo resolver sobre las pretensiones ejercitadas en autos. Procede así la confirmación del fallo recaído en primera instancia, que resuelve de modo ajustado a derecho sobre todas ellas; pero la Sala debe hacer dos precisiones: a) La referencia que allí se hace a que ambos progenitores compartirán «las funciones inherentes a la patria potestad» debe entenderse realizada a las funciones que corresponden a la autoridad familiar, que es la institución que el ordenamiento jurídico aragonés establece respecto de los hijos menores; b) El régimen de visitas y comunicación del padre con el menor Hugo debe ser mantenido, pero la expresión «debiendo ser reintegrado al domicilio paterno» debe entenderse como reintegración al domicilio materno, por atribuirse la guarda y custodia a favor de la madre.

**Decimotercero:** La estimación del recurso extraordinario por infracción procesal conduce a no hacer imposición sobre las costas devengadas; y tampoco en cuanto a las causadas en las instancias, dada la novedad legislativa que es de aplicación al caso y la complejidad fáctica y jurídica del mismo.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

#### FALLAMOS

**Primero:** Estimar el recurso de infracción procesal interpuesto por la representación legal de doña L. A. D. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel de fecha de 11 de enero de 2011, aclarada por Auto de 20 de enero de 2011, que anulamos; y dictando nueva sentencia, estimamos la demanda deducida por la representación de doña L. A. D. y confirma-

mos el fallo recaído en primera Instancia, con las salvedades expresadas en el Fundamento de derecho decimosegundo de esta sentencia.

**Segundo:** No hacer especial pronunciamiento sobre las costas causadas en las instancias y en el presente recurso.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Devuélvanse las actuaciones a la referida Audiencia Provincial, juntamente con testimonio de esta resolución, debiendo acusar recibo.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

#### NÚM. 17

*S. TSJA de 22 septiembre de 2011*

**75: LEGÍTIMA: DESHEREDACIÓN: Sin causa legal:** *La posición de los desheredados sin causa legal es la misma que la de los excluidos absolutamente por el disponente, es decir, que quedan privados del derecho a suceder abintestato y el de ejercitar la acción de lesión que pudiera corresponderles, en los que serán sustituidos por sus estirpes de descendientes si los tuvieran. En este caso, y siendo que solo uno de los hijos desheredados sin justa causa por parte del causante es el que tiene descendencia, será a ellos en cuanto que legitimarios de grado preferente por sustitución legal a los que les corresponderá la acción de defensa de la legítima, pudiendo reclamar la rescisión de liberalidades inoficiosa para que quede incólume la legítima como señala el art. 171 Lsuc. LESIÓN DE LA LEGÍTIMA: El artículo 179.2 prevé una forma de distribución entre los legitimarios de grado preferente de lo obtenido por reducción de liberalidades, cuando concurren varios de ellos, conforme a su cuota en la sucesión legal, pero en el presente caso los únicos legitimarios reclamantes son los demandan-*

tes y a ellos corresponde el importe íntegro de la legítima, sin que haya contradicción con lo dispuesto en el artículo 171.1, como afirma el recurrente, sino cumplimiento del mismo que exige que la mitad del caudal recaiga en los legitimarios, lo que se hará por las reglas de distribución de los artículos 179 y siguientes cuando reclamen varios. 713: SUSTITUCIÓN LEGAL: EFECTOS: La condición de legitimario de grado preferente que habría correspondido al sustituido corresponde de forma inmediata a sus descendientes (no de forma sucesiva o diferida), y por derecho propio concedido directamente por la ley. El sustituido no llega a ser titular del «ius delationis» ni, en consecuencia, transmite derecho alguno a sus descendientes, que son llamados directamente por la ley. De ahí que el excluido absolutamente no es en ningún momento titular de cuota alguna sino que su condición de legitimario de grado preferente es directamente ocupada por sus descendientes («si los tuviera») por ministerio de la ley. No se da concentración de derechos de un legitimario excluido en el otro por el hecho de que este tenga descendientes sino que los derechos nacen directamente en la persona de los únicos descendientes del legitimario de grado preferente absolutamente excluido.

DISPOSICIONES CITADAS: arts. 24-2, 25, 171, 179, 198, Lsuc.

PONENTE: Ilmo. señor don Ignacio Martínez Lasierra.

En Zaragoza a veintidós de septiembre de dos mil once.

En nombre de S.M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación núm. 12/2011, interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de esta Ciudad en fecha 25 de febrero de 2011, recaída en el rollo de apelación núm. 2/2011, dimanante de autos de juicio ordinario núm. 1850/2009, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Zaragoza, en el que es parte recurrente doña

A. B. M. representada por la Procuradora de los Tribunales doña M<sup>a</sup> Jesús Palos Oroz y dirigida por el Letrado don José Ignacio Fernández Ibáñez y como recurridos doña N. M. L. y don F. A. P., como representantes legales de sus hijos C. y M. A. M., representados por la Procuradora de los Tribunales doña Concepción Martínez Velasco y dirigidos por el Letrado don Julio Beltrán Fernández.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don Ignacio Martínez Lasierra.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero:** La Procuradora de los Tribunales doña Concepción Martínez Velasco, actuando en nombre y representación de doña N. M. L. y don F. A. P., como representantes legales de sus hijos C. y M. A. M., presentó demanda de juicio ordinario en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando se dictase sentencia por la que se declare que: «mis mandantes son los descendientes legitimarios de grado preferente del causante, y, en consecuencia, tienen derecho a recibir la legítima colectiva consistente en la mitad del caudal relicto. Que las adjudicaciones hereditarias realizadas por el causante a doña A. B. M. son nulas en la parte que perjudican los derechos legitimarios de mis mandantes. Que es nula la partición de la herencia efectuada por la demandada respecto de la herencia de don M. G., y procede de nuevo realizarse la misma con la intervención de los herederos legitimarios y respetando el derecho de los mismos a obtener la mitad del caudal hereditario correspondiente a la legítima colectiva. La condena en costas».

**Segundo:** Admitida a trámite la demanda, se dio traslado a la demandada, quien compareció en tiempo y forma y contestó a la misma, y tras la sustanciación del proceso, el Juzgado de Primera Instancia, núm. 8 de Zaragoza dictó sentencia en fecha de 18 de mayo de 2010, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: 1<sup>o</sup>) Estimo en parte la demanda interpuesta por los menores C. A. M. y M. A. M. por medio

de sus padres don F. A. P. y doña N. M. L. 2º) Declaro que C. A. M. y M. A. M. son descendientes legitimarios de grado preferente y en consecuencia tienen derecho a percibir la cuota que les corresponde en la legítima colectiva consistente en una octava parte del caudal relicto cada uno. 3º) Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.»

**Tercero:** Interpuesto por la parte demandante, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la citada sentencia, se dio traslado del mismo a la parte contraria, quien se opuso al recurso, y elevadas las actuaciones a la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de esta Ciudad, ante la que comparecieron las partes en tiempo y forma, se dictó sentencia en fecha de 25 de febrero de 2011, cuya parte dispositiva dice así: «FALLO: Que acogiendo el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de los demandantes don F. A. P. y doña N. M. L., quienes actúan en el ejercicio de la autoridad familiar como representantes legales de sus hijos C. y M. A. M., menores de catorce años, contra la sentencia de fecha de 18 de mayo de 2010 dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez titular del Juzgado de Primera Instancia, número Ocho de los de esta Ciudad en los referidos autos de Juicio Ordinario seguidos con el núm. 1850/09/A, se revoca parcialmente dicha resolución en el sentido de declarar que los citados menores de edad, C. y M. A. M., tienen derecho a percibir como descendientes legitimarios de grado preferente del causante, don don M. G., por sustitución legal, la legítima colectiva por entero, correspondiendo a cada uno de ellos una cuarta parte del caudal relicto. Cada parte abonará las costas de esta alzada causadas a su instancia y las comunes por mitad, procediendo la devolución a la parte apelante del total importe del depósito de 50 euros que constituyó para poder recurrir.»

**Cuarto:** El Procurador de los Tribunales Sr. Gallego Coiduras, actuando en nombre y representación de doña A. B. M., presentó, en tiempo y forma, escrito preparando recurso de casación contra la anterior sen-

tencia y, una vez que la Audiencia Provincial lo tuvo por preparado, formuló el oportuno escrito de interposición, que basó en los siguientes motivos: «Primero: Al amparo del art. 477.1 de la LECiv, con fundamento en el motivo único que autoriza dicho precepto, por infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso al infringir la sentencia recurrida el art. 198.2 de la Ley de sucesiones por causa de muerte. Segundo: Al amparo del art. 477.1 de la LECiv, con fundamento en el motivo único que autoriza dicho precepto, por infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso al infringir la sentencia recurrida el artículo 24.2 de la Ley de sucesiones por causa de muerte. Tercero: Al amparo del art. 447.1 de la LECiv, con fundamento en el motivo único que autoriza dicho precepto, por infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso al infringir la sentencia recurrida lo dispuesto en el artículo 179.2 de la Ley de sucesiones por causa de muerte.»

**Quinto:** Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, mediante comparecencia de 24 de mayo de 2011, doña A. B. M. otorgó apoderamiento a favor de la Procuradora de los Tribunales doña M<sup>a</sup> Jesús Palos Oroz, que lo aceptó, teniéndola por comparecida en dicha representación por diligencia de ordenación de 2 de junio de 2011.

En fecha de 6 de junio de 2011 se dictó auto por el que se admitió a trámite el recurso, y conferido traslado del escrito de interposición a la parte contraria por plazo de veinte días, formalizó oposición dentro de plazo, tras lo cual se señaló para votación y fallo el día 7 de septiembre de 2011.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** Los hechos que han de ser tenidos en cuenta para la resolución del recurso se resumen de la siguiente forma:

1. En el momento del fallecimiento del causante don M. G., acaecido el 26 de mar-

zo de 2006, en estado de viudo, quedaron de su matrimonio dos hijos, N. y don M. L., nacidos ambos el 24 de enero de 1968, y dos nietos, hijos de Nuria, que son los demandantes,

2. En el testamento otorgado por el causante el 13 de febrero de 2006, tras manifestar su condición de viudo y que de su matrimonio tenía dos hijos, Dionisio y Nuria, prelegaba en la primera cláusula a su sobrina A. B. M. la mitad del piso de su propiedad y la mitad de todos los restantes bienes que quedaran a su fallecimiento. En las cláusulas segunda y tercera disponía:

*«Segunda: Quiere dejar constancia que es viudo –como quedó dicho– y hace tiempo se encuentra gravemente enfermo, sin que a lo largo de los últimos años ninguno de sus dos citados hijos, Dionisio y Nuria, se haya preocupado de atenderle, visitarle ni preguntar por él, pese a que ambos conocen su estado de salud y soledad, habiéndose desentendido completamente de su padre. El testador siente esta conducta como maltrato de obra y negación de los auxilios afectivos y de la asistencia que cree debida por sus hijos, entendiendo que se encuentran incursos en causas de desheredación prevenidas en el artículo 195.b) y c) de la Ley de sucesiones por causa de muerte vigente en Aragón y expresamente deshereda a sus dos citados hijos D. M. L. y N. M. L.»*

*Tercera: Los cuidados y atenciones que el testador ha precisado se los viene prestando, ante la inhibición de sus hijos, su ya mencionada sobrina, doña A. I. B. M., a la que instituye única y universal heredera.»*

3. Promovido procedimiento judicial por los hijos del causante, Procedimiento Ordinario núm. 1136/2006 del Juzgado de Primera Instancia, núm. 2 de Zaragoza, recayó sentencia de 19 de febrero de 2007, que resultó firme al no ser recurrida, fallando *«que debo estimar parcialmente la demanda interpuesta por la representación procesal de don D. M. L. y doña N. M. L. frente a doña A. B. M. y declaro: 1. Inexistente y no acreditada la certeza de las causas de desheredación previstas en la cláusula segunda del testamento otorgado por don M. G. ante el Notario de*

*Zaragoza don José Gómez Pascual, de fecha de 13 de febrero de 2006, núm. protocolo 551 y, en consecuencia, declaro que don D. M. L. y doña N. M. L. han sido injustamente desheredados por el testador, declarando la nulidad e ineficacia de la desheredación contenida en el testamento (o de la cláusula testamentaria conteniendo la desheredación)».*

La representación de los dos hijos excluidos, Dionisio y Nuria, había afirmado en la demanda de aquel procedimiento (aportada la misma a estos autos por la propia demandada como documento núm. 1 de su contestación a la demanda) que el primero no tenía descendientes y, al parecer, la heredera demandada no lo había negado pues en el antecedente segundo de la sentencia, al ser resumida su oposición ante a la petición en dicho pleito de que se concedieran derechos hereditarios a los hijos desheredados, se recoge de su contestación que los demandantes, hijos del causante, carecían de derechos al haber sido desheredados por causa no probada pudiendo ser sustituidos por sus estirpes de descendientes... *«pero existiendo otros legitimarios, los dos hijos de doña N., que son nietos del causante, es a ellos a quienes únicamente asiste acción para reclamar por lesión cuantitativa de la legítima».* Así pues, este hecho lo daba como pacífico la heredera demandada.

**Segundo:** En la primera instancia de las presentes actuaciones no fue objeto de debate si don, el hijo del causante, tenía descendencia, aunque la fundamentación de la demanda es que los nietos del causante, los dos hijos de Nuria, son los descendientes legitimarios con derecho a suceder en la legítima colectiva, y en la contestación a la demanda no se negaba que los actores fueran los únicos nietos del causante sino que no podían reclamar la cuota de legítima atribuible a su tío, que correspondería a su estirpe de descendientes, si los tuviera. La sentencia dictada por el Juzgado no se refirió específicamente a este dato y resolvió, con base esencialmente en el artículo 179.2 de la Ley aragonesa 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte (Lsuc.), que los hijos de N.,

injustamente desheredada, como su hermano D., no podían reclamar la fracción de su tío, que corresponde a su stirpe de descendientes, y *ello aunque nada haya reclamado e incluso aunque hubiere renunciado* (referencia al art. 179.3), por lo que no les correspondía la mitad del caudal relicto sino una cuarta parte o *dicho de otro modo* – dice la sentencia– *siendo la legítima colectiva la mitad del caudal relicto, de dicha mitad una es para los descendientes de D., si los hay, y la otra para los de N., los hoy demandantes, a partes iguales.*

En el recurso de apelación interpuesto por los demandantes, hijos de N., se daba por sentado que su tío don D. M. L. carecía de descendencia y que ellos eran los únicos nietos del causante. Este dato fue rebatido por la heredera demandada en su escrito de oposición al recurso afirmando que tal hecho era desconocido por no haber sido alegado en el pleito, ni aceptado o negado por ella al oponerse a la demanda. Sin embargo, la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, tras exponer en su antecedente cuarto que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 150 LEC, se acordó notificar a don D. M. L. la pendencia del procedimiento por poder verse afectado por la sentencia que recayera, afirma en el fundamento tercero que *«habida cuenta de que sólo existen descendientes de doña N. M. L., sus dos referidos hijos menores de catorce años, Carlos y Marta Aribau Martín, hoy demandantes, careciendo don D. de descendencia, siendo aquellos dos los únicos legitimarios de grado preferente del causante por sustitución legal, tienen derecho a reclamar la legítima colectiva por entero...».*

Así pues, esta cuestión resulta en la sentencia recurrida, y en el recurso de casación como se verá, elemento esencial para la resolución de la controversia, y respecto a ella debe aclararse desde este momento que, a la vista de todo lo anterior, la falta de descendencia de don D. M. L. debe aceptarse como dato incontrovertible porque así lo declara la sentencia recurrida, siendo por ello un hecho que solo hubiera podido ser combatido, con los requisitos exigidos para ello, por el cauce

legalmente establecido del recurso extraordinario por infracción procesal, por notorio error en la valoración de la prueba. Además, porque si bien es cierto que en la demanda rectora del procedimiento nada se dice expresamente al respecto ni, por ello, fue discutido por la demandada en su escrito de contestación a la demanda, en la fundamentación jurídica del mismo se refiere (párrafo final del fundamento IV) a que la fracción que en la sucesión legal es atribuible al otro hijo del causante, don D. M. L., corresponderá por su exclusión absoluta a su stirpe de descendientes, si los tuviera, pero no a los demandantes. Tratándose, por lo tanto, de un dato esgrimido como argumento esencial en un sentido o en otro, y habiéndolo discutido la heredera en su oposición al recurso de apelación para reafirmar su tesis de que sólo a los hipotéticos descendientes de don D. M. L. les correspondería la acción para reclamar la legítima de su padre, la existencia de tales descendientes hubiera debido ser objeto de prueba por la demandada y apelada, que se amparaba en tal posibilidad de descendencia para negar la acción de los demandantes (art. 217.3 LEC), siendo prueba de fácil obtención y disponibilidad en el caso de que hubieran existido tales descendientes (art. 217.7 LEC).

**Tercero:** Examinamos a continuación los motivos del recurso de casación, con la previa advertencia de que se mantendrá la referencia a los preceptos de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte, derogada por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, que aprueba el Texto refundido de las Leyes civiles aragonesas con el título de Código del Derecho Foral de Aragón, en vigor desde el 23 de abril de 2011, que no ha modificado la redacción de los preceptos de la mencionada ley, que era la vigente también en el momento de la interposición del recurso de casación.

El primero de los motivos estima infringido el artículo 198.2 Lsuc. porque –dice el recurrente– *el derecho a ejercitar la acción de lesión que pudiera corresponder a don D. M. L. corresponde por sustitución legal a su stirpe de*

*descendientes si los tuviera, mientras la sentencia recurrida transmite tales derechos a sus sobrinos demandantes, hijos de su hermana.* Y en el motivo segundo, en íntima conexión con el anterior, se denuncia la infracción del artículo 24.2 Lsuc. apreciando el recurrente que, conforme al mismo, en los potenciales derechos de los absolutamente excluidos les sustituyen únicamente sus descendientes en tanto que en la sentencia recurrida se ha producido una suerte de transmisión de los derechos de D. a favor de los hijos de su hermana. Estudiaremos conjuntamente ambos motivos pues así lo exige el encaje entre los derechos que pueden esgrimir los descendientes de los legitimarios de grado preferente absolutamente excluidos y el mecanismo de la sustitución.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 198.1, inciso segundo, la posición de los desheredados sin causa justificada (*«que no cumpla los requisitos expresados en el art. 194»*) es la misma que la de los excluidos absolutamente por el disponente, es decir, que *quedan privados del derecho a suceder abintestato y del de ejercitar la acción de lesión que pudieran corresponderles, en los que serán sustituidos por sus estirpes de descendientes si los tuvieran* (art. 198.2). Por lo tanto, la ley priva a los excluidos absolutamente del derecho a ejercer la acción de lesión pero concede tal derecho a sus sustitutos, si existen. Por ello ni a Nuria ni a su hermano D. les corresponde acción alguna de defensa de la legítima, y sólo a sus descendientes la ley les reconoce tal acción, convirtiéndose los hijos de Nuria en los únicos con tal posibilidad porque D. no tiene descendencia. Siendo los únicos legitimarios de grado preferente (art. 24.2 en relación con el art. 173) con derecho al ejercicio de la acción, reclaman la rescisión de liberalidades inoficiosas para que quede incólume la legítima señalada en el artículo 171 Lsuc., que es la legítima global y no cuota teórica alguna supuestamente correspondiente a D. porque, según decimos, a este no le corresponde cuota legitimaria alguna y en los actores, como únicos legitimarios existentes, recae la legítima colectiva.

Así opera la sustitución regulada en el artículo 24.2 que el recurrente estima infringido pues, en virtud de los efectos textualmente señalados en el artículo 25.1, la condición de legitimario de grado preferente corresponde a los descendientes, quienes ocupan *el lugar que habría correspondido al sustituido*, pero para ello es preciso que tales descendientes existan y tal circunstancia sólo se da en los hijos de N. Así lo viene a admitir el propio recurrente cuando afirma (primer párrafo de la p. 5 de su recurso) que la expresión *«si los tuvieran»* del final del apartado 2 del artículo 198 *puede interpretarse en el sentido de que si no tiene descendientes no se produce la sustitución de nadie dado que el artículo 19 de la Ley de sucesiones sólo prevé la sustitución a favor de descendientes*, que es cabalmente la interpretación que entendemos debe ser acogida. Frente a ella opina el recurrente que también cabe entender que, pese a la exclusión absoluta, el propio excluido conserva el derecho a reclamar por lesión cuantitativa, de igual modo que lo conserva al amparo del artículo 198.3 cuando es el único legitimario. Es evidente que al excluido absolutamente no le corresponde derecho alguno salvo en caso de exclusión de todos los legitimarios pues, conforme al artículo 198.3, cuando la exclusión absoluta afecta a todos o al único legitimario los excluidos conservarán el derecho a suceder abintestato y a reclamar la legítima colectiva frente a terceros cuando exista lesión de la misma, y no se puede acoger la interpretación del recurrente precisamente porque no fueron absolutamente excluidos todos los legitimarios, pues no lo fueron los hijos de Nuria, sustitutos de la misma y por ello legitimarios de grado preferente (arts. 24.2 y 25.1).

El recurrente parece estar conforme con lo anterior cuando afirma (primer párrafo de la p. 8 de su recurso) que, conforme al artículo 171.1 Lsuc., la mitad del caudal debe recaer en descendientes del causante, que son los únicos legitimarios, lo que sólo se producirá si D. no tiene descendientes, dato que *–afirma–* no se ha alegado ni probado. Así pues, deduce que

si no hay descendientes del excluido D. la mitad del caudal debe recaer en los únicos legitimarios restantes, que son los hijos de N., con derecho a reclamar el importe íntegro de la legítima. Y ése es, efectivamente, el juego de la acción que el artículo 198.2 concede a los descendientes de los excluidos con los efectos que se producen por la sustitución conforme al artículo 25.1.

Conforme al artículo 25.1, por la sustitución legal, la condición de legitimario de grado preferente que habría correspondido al sustituido corresponde de forma inmediata a sus descendientes (no de forma sucesiva o diferida), y por derecho propio concedido directamente por la ley (sucesión directa con una vocación hereditaria propia, dice algún autor). El sustituido no llega a ser titular del «*ius delationis*» ni, en consecuencia, transmite derecho alguno a sus descendientes, que son llamados directamente por la ley. De ahí que el excluido absolutamente no es en ningún momento titular de cuota alguna sino que su condición de legitimario de grado preferente es directamente ocupada por sus descendientes («*si los tuviera*») por ministerio de la ley. No se da concentración de derechos de un legitimario excluido en el otro por el hecho de que este tenga descendientes sino que los derechos nacen directamente en la persona de los únicos descendientes del legitimario de grado preferente absolutamente excluido.

Resulta inútil la insistencia del recurrente en la falta de prueba sobre el hecho de si D. tenía descendientes, que deja en el aire para dar a entender incluso que la cuota correspondiente al mismo debería haber sido respetada para una supuesta reclamación de sus descendientes. Esta defensa de los derechos de D. y sus hipotéticos descendientes, con base en una supuesta «cuota teórica» del mismo, resulta interesada por cuanto la no reclamación de los descendientes de D. (que, al no existir, no se produciría nunca) permitiría a la heredera mantenerse en posesión de dicha cuota que nunca sería reclamada, y desenfoca el funcionamiento de la sustitución en la legítima colectiva aragonesa en

la que no hay cuotas «teóricas». Por la sustitución el sustituto asume la condición de legitimario (ya lo era, mediato o no preferente –arts. 198.2, 173.1 y 24.2–) y con ello la posibilidad de ejercitar las acciones correspondientes, pero puede ocurrir que en la distribución, tras la reducción de liberalidades, nada le corresponda si la legítima ha sido correctamente asignada a otros legitimarios.

Todo lo expuesto lleva al rechazo de los motivos primero y segundo.

**Cuarto:** El tercer motivo del recurso se funda en infracción del artículo 179.2 Lsuc., conforme al cual, salvo disposición distinta del causante, «*el derecho a obtener la reducción corresponderá a los legitimarios de grado preferente y cada uno tendrá derecho a obtener una fracción del importe de la lesión proporcional a su cuota en la sucesión legal*». De ello extrae el recurrente la conclusión equivocada de que a los descendientes de N. les corresponde sólo la mitad de la legítima, como fracción del importe de la lesión proporcional a su cuota en la sucesión legal, como si concurrieran con su tío D. o con sus descendientes, pero yerra el punto de partida pues, como el propio artículo 179.2 dice expresamente, la acción de reducción corresponde a los legitimarios de grado preferente y, según hemos razonado, los únicos legitimarios de grado preferente son los hijos de N., que obtienen el importe íntegro de la legítima. El artículo 179.2 prevé una forma de distribución entre los legitimarios de grado preferente de lo obtenido por reducción de liberalidades, cuando concurren varios de ellos, conforme a su cuota en la sucesión legal, pero en el presente caso los únicos legitimarios reclamantes son los demandantes y a ellos corresponde el importe íntegro de la legítima, sin que haya contradicción con lo dispuesto en el artículo 171.1, como afirma el recurrente, sino cumplimiento del mismo que exige que la mitad del caudal recaiga en los legitimarios, lo que se hará por las reglas de distribución de los artículos 179 y siguientes cuando reclamen varios.

En consecuencia, debe ser igualmente rechazado este motivo del recurso y desestimado íntegramente el mismo.

**Quinto:** En cuanto a las costas del recurso, habiendo recaído en las instancias sentencias de signo distinto y dada la complejidad jurídica de las cuestiones planteadas, no procede hacer imposición de las costas devengadas en el presente recurso de casación, de conformidad con lo previsto en el artículo 398.1, en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

#### FALLAMOS

Desestimar el presente recurso de casación, núm. 12/2011, interpuesto por la representación procesal de doña N. M. L. y don F. A. P., como representantes legales de sus hijos C. y M. A. M., contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Cuarta, de fecha 25 de febrero de 2011, cuya firma declaramos, sin hacer imposición de las costas causadas en este recurso.

Esta sentencia es firme por ministerio de la Ley, y contra ella no cabe recurso jurisdiccional alguno.

Devuélvanse las actuaciones a la referida Audiencia Provincial, juntamente con testimonio de esta resolución, debiendo acusar recibo.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

#### AUTO

##### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero:** Con fecha de 22 de septiembre de dos mil once se dictó sentencia por esta Sala en el presente rollo de recurso de casación núm. 12/2011 resolviendo el recurso interpuesto por la representación de doña A. B. M. frente a la sentencia de fecha de 25 de febrero de 2011 dictada por

la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de esta ciudad, en el rollo de apelación núm. 2/2011.

En la sentencia dictada por esta Sala se recogía en su fallo: «Desestimar el presente recurso de casación núm. 12/2011, interpuesto por la representación procesal de doña N. M. L. y don F. A. P., como representantes legales de sus hijos C. y M. A. M...». Se ha apreciado un error material en la identificación de la representación procesal que interpuso el recurso.

Es Ponente el Ilmo. Sr. don Ignacio Martínez Lasierra.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Único:** A tenor de lo previsto en el artículo 214 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los Tribunales no podrán variar las resoluciones que pronuncien después de firmadas, pero sí aclarar cualquier concepto oscuro y rectificar cualquier error material de que adolezcan. En la sentencia dictada el 22 de septiembre se aprecia un error material en su fallo, ya que en el mismo se recoge que el recurso de casación había sido interpuesto por la representación procesal de doña N. M. L. y don F. A. P., como representantes legales de sus hijos C. y M. A. M., cuando debería haberse dicho que el recurso fue interpuesto por la representación de doña A. B. M. Así pues, debe aclararse de oficio la Sentencia en el sentido de hacer constar que en el primer párrafo de su fallo donde dice «interpuesto por la representación procesal de doña N. M. L. y don F. A. P., como representantes legales de sus hijos C. y M. A. M.» debe decir «interpuesto por la representación procesal de doña A. B. M.».

Visto el artículo citado y demás de general aplicación,

#### LA SALA ACUERDA

Aclarar la Sentencia de fecha de 22 de septiembre de 2011 en el solo sentido de hacer constar que en el fallo de la misma se debe decir que el recurso fue interpuesto por la representación procesal de doña



A. B. M. Notifíquese la presente resolución a las partes.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Así lo acuerdan, mandan y firman el Excmo. Sr. Presidente y los Ilmos. Sres. Magistrados expresados al margen.

*En Zaragoza, a treinta de septiembre de dos mil once.*

*En nombre de S.M. el Rey.*

*La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación núm. 13/2011 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha de 29 de marzo de 2011, recaída en el rollo de apelación número 44/2011, dimanante de Procedimiento Ordinario núm. 611/2010, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, don Yury Alejandro V. P., representado por la Procuradora de los Tribunales doña Belén Berrio Salvador y dirigido por el Letrado don José M<sup>a</sup> Salas Gracia, y como parte recurrida doña Rebeca C. E., representada por la Procuradora de los Tribunales doña Ruth Herrera Royo y dirigida por la Letrada doña Pilar Arias Vives, siendo parte el Ministerio Fiscal.*

*Es Ponente el Presidente Excmo. Sr. don Fernando Zubiri de Salinas.*

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero:** La Procuradora de los Tribunales doña Ruth Herrera Royo, actuando en nombre y representación de doña Rebeca C. E., presentó demanda en divorcio contra don Yury Alejandro V. P., en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando se dicte sentencia en la que se decrete: «1: El Divorcio del matrimonio contraído entre doña Rebeca C. y don Yury Alejandro V. P.: 2: Se adopten las siguientes Medidas reguladoras de los efectos del Divorcio: La Patria Potestad será compartida, y la Guarda y Custodia de la hija común corresponderá a la madre: No procede determinar el uso del domicilio conyugal, ya que el matrimonio no ha tenido domicilio conyugal propio, ni tampoco liquidación del régimen del matrimonio por no existir bienes de carácter ganancial: El Régimen de Visitas será lo más flexible posible en beneficio de la hija, por lo que propone que, a falta de acuerdo entre los padres, se fije el siguiente: Los fines de

18

#### NÚM. 18

*S. TSJA de 30 de septiembre de 2011*

**64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: RUPTURA DE LA CONVIVENCIA DE LOS PADRES: Custodia compartida: no procede: La custodia compartida por parte de los progenitores es el régimen preferente predeterminado por el legislador. Se aplicará esta forma de custodia siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin, y no concurran otros elementos que hagan mas conveniente la custodia individual, atendido el interés del menor. Uno de los elementos a valorar, es la aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos. Ambos progenitores pueden ejercer, en forma compartida, la guarda y custodia, siempre que de los autos resulte su aptitud, idoneidad y voluntad para su ejercicio. De la prueba practicada, resulta «el padre permanece sin trabajar, adoptando una actitud pasiva en todo lo referente al cuidado y atención de la menor»; en razón de ello, se ha de excluir la custodia compartida y atribuirla a la madre, quien ha adoptado una actitud comprometida con la atención de la hija y su educación**

**DISPOSICIONES CITADAS:** arts. 2-2, 6-2 Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres.

**PONENTE:** Excmo. señor don Fernando Zubiri de Salinas.

semana alternos y el resto de la semana de la forma que establezcan libremente los cónyuges a fin de procurar la mejor atención al hijo común: Los periodos vacacionales de Navidad, Semana Santa, y Verano serán también divididos por la mitad del tiempo de vacación: La contribución del Sr. V. P. a las cargas del matrimonio, en concreto a la pensión por alimentos para la hija, se fijará en la cantidad de 100 mensuales, que ingresará en los cinco días primeros de cada mes, en la cuenta corriente que en su momento designe la madre; sin que proceda ningún tipo de pensión por desequilibrio para ninguno de los cónyuges. 3: Se extienda oportuno mandamiento por el que se inscriba la separación judicial en el Registro Civil de Zaragoza. 4: Se declare disuelta la sociedad de gananciales.» Por otrosí solicitó Medidas Provisionales en el mismo sentido que las anteriores, según consta en su escrito.

**Segundo:** Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la parte demandada que compareció en tiempo y forma, contestando a la misma, y solicitando dictar sentencia en la que se acuerde: «1º: La disolución matrimonial, por divorcio, del matrimonio formado por don Yury Alejandro Patricio V. P. y doña Rebeca C. E. 2º: Se atribuya en exclusiva al padre, don Yury Alejandro Patricio V., la guarda y custodia de la hija común de los litigantes, menor de edad, Angelina Paola V. C., compartiendo ambos progenitores la patria potestad: subsidiariamente la guarda y custodia de la menor debe acordarse de que sea compartida por ambos progenitores, de la siguiente forma: a) cada trimestre natural la niña deberá permanecer con uno de los progenitores, comenzando el primer trimestre el padre, el segundo la madre y así sucesivamente: b) anualmente deberá rotarse en los trimestres, de tal forma que cuando corresponda la rotación la niña permanezca con el progenitor con el que le corresponda esta durante dos trimestres seguidos. El correspondiente al periodo anterior y el primer trimestre del periodo posterior: 3º No debe pronunciarse el Juzgado sobre la determinación del uso del domicilio fami-

liar, ya que el matrimonio no lo ha tenido propio, ni debe acordarse nada respecto de la liquidación del régimen conyugal, al carecer dicho matrimonio de bienes conyugales: 4º: En cuanto al régimen de visitas sobre la menor, para que el progenitor apartado de su guarda y custodia pueda tenerla en su compañía, debe fijarse el siguiente: fines de semana alternos, desde el viernes a las 17,00 horas hasta el domingo a las 20,00 horas: dos días entre semana, concretamente los martes y jueves, bien por la mañana o bien por la tarde, dependiendo del periodo o turno en el que trabaje en cada momento el progenitor que debe disfrutar del régimen de visitas, desde las 10,00 horas a las 13,00 si es por la mañana, o desde las 17,00 horas a las 20,00 si es por la tarde. En cuando a los periodos vacacionales, la mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y Verano; si bien en cuanto a las vacaciones de verano se refiere, deberán ser divididas en cuatro periodos de tiempo iguales, disfrutando cada uno de los progenitores de dos de esos periodos no consecutivos. En los años pares deberá poder elegir el padre y en los años impares la madre. 5º: Debe fijarse una pensión alimenticia mensual a favor de la hija menor, a cargo del progenitor que no la tenga bajo su guarda y custodia, de 100 €. Dicha cantidad deberá ser ingresada por el obligado a su pago, en los primeros cinco días de cada mes, en la cuenta bancaria que el progenitor que ostente la guarda y custodia de la menor designe, actualizándose anualmente, con efectos del día 1 de enero de cada año, conforme a las variaciones que experimente el IPC publicado por el INE u organismo que en su día le pueda sustituir. La primera actualización deberá efectuarse el día 1 de enero de 2012 con la fluctuación que haya sufrido el IPC el año anterior, no pudiendo ser dicha actualización negativa: Los gastos extraordinarios y de colegio deberán asumirse al cincuenta por ciento entre ambos progenitores. 6º: No debe acordarse pensión compensatoria o por desequilibrio entre los cónyuges, ya que dicho desequilibrio no existe.»

Por otro sí solicitó la práctica de prueba anticipada psicológica y documental, prueba que se practicó, fue admitida y declarada pertinente con el resultado que obra en las actuaciones.

El Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco dictó sentencia con fecha de 26 de noviembre de 2010 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Estimo la petición de divorcio formulada por doña Rebeca C. E. contra don Yuri Alejandro V. P. Por tanto, declaro disuelto, por causa de divorcio, el matrimonio de los litigantes, con los efectos legales inherentes a dicha declaración. Además, la nueva situación vendrá regida por los siguientes efectos. 1: Atribuyo a doña Rebeca la guarda y custodia de la hija común, Angelina Paola, con ejercicio compartido de la autoridad familiar en lo que exceda de su ámbito ordinario. 2: En cuanto a régimen de visitas, se estará al acuerdo que alcancen los progenitores: En defecto de acuerdo, don Yuri Alejandro podrá relacionarse con la hija, en fines de semana alternos, desde la salida del colegio los viernes (17 horas en su caso) y hasta la entrada en el centro escolar el lunes (10 horas, en otro caso). Para ambos progenitores: si a algún fin de semana de visitas puede unirse un puente vacacional, el fin de semana se extenderá hasta las 17 horas del día de salida de colegio o, en su caso, hasta la entrada en el colegio (10 horas), tras su finalización. Asimismo, dos días entre semana (martes y jueves en defecto de acuerdo), de 10 a 13 horas. Cuando se escolarice, desde la salida del centro escolar a las 20 horas. Durante el curso escolar, las festividades entre semana, salvo los que se puedan unir al fin de semana y cuyo régimen ha quedado expuesto, se repartirán alternativamente el padre y la madre. Si fueran de más de un día se dividirán por mitad. Se iniciarán a la salida del colegio del día anterior al festivo. Las vacaciones de Semana Santa y fiestas del Pilar se dividirán por mitad. Se extenderán desde la salida del colegio del día de finalización de las clases (17 horas) al día anterior a su reanudación, a las 20 horas. En años pares, la primera mitad

corresponderá a la madre; la segunda, al padre. En años impares, a la inversa: las vacaciones de Navidad se dividirán en dos periodos; el primero, desde la salida de las clases y hasta las 20 horas del día 30 de diciembre; el segundo, hasta las 20 horas del día anterior a la reanudación de las clases. En años pares, el menor estará con la madre en el primer periodo; con el padre, en el segundo. En años impares, a la inversa. El día 6 de enero, el menor estará con el progenitor al que no le corresponda el segundo periodo vacacional, entre las 17 y las 20 horas. Las vacaciones de verano se disfrutarán en quincenas alternas. Se dividirán en los siguientes periodos: 10 de la mañana del día 1 de julio a las 10 horas del día 16; 10 horas del día 16 a 21 horas del día 31 de julio; 21 horas del día 31 de julio a 21 horas del día 15 de agosto; 21 horas del día 15 de agosto a 20,30 horas del día 31 de agosto. La madre elegirá el periodo vacacional en años impares, el padre en años pares. La elección, este año, se llevará a cabo antes del día 1 de julio. La entrega de la menor, salvo las que se lleven a cabo a la salida del colegio, se efectuará en el domicilio materno. En los periodos vacacionales descritos queda en suspenso la alternancia de fines de semana. 3: En concepto de pensión alimenticia a favor de la hija, don Yuri Alejandro deberá abonar mensualmente la cantidad de 100 euros. Se hará efectivo este importe en los cinco días primeros de cada mes, en la cuenta que designe al efecto doña. Rebeca: Desde enero de 2010, la pensión será de 130 euros; de 150 euros desde enero de 2014 a partir de 2015, se actualizará automáticamente con efectos del mes de enero de cada año, según la variación que haya experimentado el IPC nacional en el año natural anterior. 4: La contribución a gastos extraordinarios será por mitad. Se entenderá por tales, los médicos necesarios no comprendidos en la Seguridad Social y, en general, los gastos comprendidos en la Seguridad social y, en general, los gastos no habituales e imprevisibles respecto de los que exista acuerdo. A falta de conformidad, deberá recabarse el previo consentimiento para efectuarlos. En último término, autorización judicial, a

excepción de los urgentes e inaplazables: No hago especial pronunciamiento sobre costas.»

**Tercero:** Interpuesto por la parte demandada, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de esta ciudad, se dio traslado del mismo a la parte contraria, quién presentó el oportuno escrito de oposición al recurso, y elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Zaragoza, esta dictó sentencia de fecha de 29 de marzo de 2011, cuya parte dispositiva es del siguiente literal: «FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Yury Alejandro V. P. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número cinco de Zaragoza, el 26 de noviembre de 2010, debemos confirmar y confirmamos la misma, sin hacer declaración de las costas causadas en esta alzada.»

**Cuarto:** La Procuradora de los Tribunales doña María Belén Berrio Salvador, en representación de don Yury Alejandro Patricio V. P., presentó en tiempo y forma escrito preparando recurso de casación contra dicha sentencia y, una vez que la Audiencia Provincial de Zaragoza lo tuvo por preparado, formuló el oportuno escrito de interposición que basó, en un único motivo: «El recurso de casación se interpone al amparo de lo dispuesto en el número 3º del apartado 2 del art. 477 Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando la violación del artículo 6.2 de la Ley Aragonesa 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, en relación con el artículo 2.2º de dicha Ley aragonesa.»

**Quinto:** Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se dictó en fecha de 12 de mayo providencia concediendo a las partes el término de diez días para formular alegaciones por posible inadmisión al considerar que el único motivo del recurso de casación presentado se fundamenta en la infracción de la Ley 2/2010 de 26 de mayo, en su art.

6.2 y al referirse los razonamientos contenidos en el escrito de recurso a una revisión de la prueba practicada en orden a obtener una valoración probatoria distinta de la alcanzada por los órganos de instancia, como presupuesto para la resolución del fondo de la cuestión, puede darse la causa de inadmisión del recurso prevista en el artículo 483, apartado 2.1º de la citada ley. Dentro de plazo, las partes presentaron sus alegaciones en apoyo de sus pretensiones, manifestando el recurrente que no es una revisión de la prueba practicada lo que solicita sino que, como ya ha expuesto, el recurso lo basa en interés casacional; por su parte, tanto la demandada como el Ministerio Fiscal, solicitaron la inadmisión del recurso por no existir infracción de norma alguna, la primera, y el Ministerio Fiscal alegando «... el recurrente manifiesta su discrepancia con las conclusiones de la prueba pericial psicológica practicada y con la valoración que de la misma prueba efectúa la Audiencia Provincial concluyendo que deberían estimarse como probados unos hechos diferentes en orden a la diferente aptitud de los ascendientes para ejercer la guarda de la menor. El recurso de casación se ha de limitar a la función revisora del juicio jurídico consistente en la determinación del alcance y significado jurídico de los hechos probados, es decir, a la calificación jurídica de tales hechos y a la subsunción en el supuesto de hechos previsto en la norma de las resultas del juicio fáctico, y a la aplicación al caso enjuiciado de la norma jurídica en sí misma.» Termina considerando que procede de conformidad con el artículo 483.2.2º la inadmisión del recurso por los motivos expuestos.

En fecha de 3 de junio pasado se dictó Auto en el que se acordó declarar la competencia de esta Sala para el conocimiento de recurso planteado, admitiéndolo a trámite y confiriendo traslado a la parte contraria por término de 20 días para formalizar escrito de oposición, lo que hizo dentro de plazo.

Por providencia de 11 de julio se señaló para Votación y Fallo el día 7 de septiembre de 2011.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero:** Formulada demanda de divorcio por la representación de doña Rebeca C. E. contra su cónyuge don Yuri A. V. P., en petición de que se dictase sentencia en los términos expresados en el suplico del pertinente escrito, entre los cuales es de destacar la petición de que «la guarda y custodia de la hija común habrá de corresponder a la madre», el demandado se opuso y solicitó, por su parte, que «se atribuya dicha guarda y custodia en exclusiva al padre o, subsidiariamente, la guarda y custodia sea compartida por ambos progenitores». La sentencia recaída en primera instancia estima en dicho punto la demanda y atribuye a doña Rebeca la guarda y custodia de la hija común, Angelina Paola, con ejercicio compartido de la autoridad familiar en lo que exceda de su ámbito ordinario. Para llegar a dicho pronunciamiento la sentencia fija los siguientes hechos probados:

Primero: doña Rebeca C. E. y don Yuri Alejandro V. P. contrajeron matrimonio en Chile, con fecha de 26 de enero de 2008. Hay una hija común, Angelina Paola, nacida en octubre de 2008.

Segundo: don Yuri Alejandro estuvo trabajando entre junio y septiembre de este año (se refiere al año 2010). Es demandante de empleo.

Tercero: doña Rebeca trabaja en «A Diario S.I.» desde el pasado mes de julio; sus nóminas líquidas rondan los 450 € mensuales.

Además, como razonamiento justificativo de la decisión adoptada respecto de la guarda y custodia de la hija menor, en el fundamento jurídico segundo valora el informe pericial practicado en autos, juntamente con los interrogatorios y prueba practicada, de lo que deduce: que los cónyuges han vivido con la familia paterna hasta la crisis matrimonial; que la abuela y tía paterna han tenido y tienen una notable participación en el cuidado de la menor; que existe un diálogo fluido de la madre con la abuela paterna, quien ha

asumido el cuidado principal de la niña. Respecto a la relación con los progenitores, de dicha prueba deduce que la madre reúne las mejores condiciones personales para asumir los cuidados de la hija, mientras que el padre ha mostrado un comportamiento poco activo y un escaso compromiso en las atenciones a la hija, delegando sus responsabilidades de forma habitual.

**Segundo:** La sentencia de la Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por don Yuri Alejandro V. P. y confirma la recaída en primera instancia. En cuanto al punto debatido, referido a la guarda y custodia de la menor, en el que la parte recurrente invocaba error en la apreciación de la prueba, la Audiencia Provincial razona acerca de las causas determinantes de la atribución a la madre de la guarda y custodia de la hija Angelina, de dos años de edad, expresando que «el dictamen pericial viene a refutar los alegatos vertidos en el recurso del apelante» y que no existe la más mínima prueba en el proceso de la asunción responsable por el recurrente de su paternidad. Expresa, como razonamientos jurídicos que completan el *factum*, que la madre de la menor ha asumido con responsabilidad su papel materno, llevando a cabo una búsqueda activa de empleo, mientras que el padre permanece sin trabajar, adoptando una actitud pasiva en todo lo referente al cuidado y atención de la menor.

**Tercero:** El recurso de casación se ha interpuesto por un motivo único en el que denuncia la infracción del art. 6.2 de la Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, en relación con el art. 2.2 de la misma. La Sala, en trámite de admisión, acordó oír a las partes acerca de la posible causa de inadmisión al referirse el escrito de recurso a una revisión de la prueba practicada en orden a obtener una valoración probatoria distinta de la alcanzada por los órganos de instancia. Evacuados los traslados conferidos, por auto de 3 de junio de 2011 acordó la admisión del recurso de casación en cuanto la parte recurrente ha fijado su

contenido impugnatorio sin pretender alterar el resultado de la prueba practicada y su valoración, pero pretende la casación de la sentencia porque del hecho de que uno de los progenitores pueda estar en posesión de unas mejores características personales para ejercer la guarda y custodia no se desprende que el otro progenitor no esté capacitado para ejercer también dicha custodia, en beneficio del menor, invocando el contenido de la Ley aragonesa antes citada que establece la custodia compartida como preferente, en interés de los hijos menores. En tales términos ha quedado fijado el debate casacional.

Dado que las normas aragonesas de derecho privado han quedado recogidas en el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, en lo sucesivo citaremos los preceptos de aplicación conforme a la nomenclatura de este Código.

**Cuarto:** Decíamos en nuestra sentencia 8/2011, de 13 de julio, que «el legislador aragonés, al promulgar la Ley 2/2010, de 26 de mayo, ha modificado sustancialmente el régimen legal antes existente para los casos de ruptura de la convivencia de los padres, para establecer, de modo preferente, el sistema de custodia compartida respecto de los menores. Así resulta del propio Preámbulo de la Ley 2/2010, del conjunto de sus normas y, especialmente, de los preceptos hoy contenidos en los arts. 75.2, 76 y 80.2 del Código del Derecho Foral de Aragón (en lo sucesivo, CFA).

Pretende, en primer lugar, propiciar un acuerdo entre los progenitores, mediante una regulación que fomenta el «El pacto de relaciones familiares», inspirado en el respeto a la libertad de pacto del Derecho foral aragonés, de modo que se atribuye prioridad en la regulación de las relaciones familiares a lo acordado por los padres. Se fomenta este acuerdo, así como la solución del litigio si llegare a producirse, mediante la mediación familiar, que constituye, como

expone el mismo Preámbulo, «un instrumento fundamental para favorecer el acuerdo entre los progenitores, evitar la litigiosidad en las rupturas y fomentar el ejercicio consensuado de las responsabilidades parentales tras la ruptura».

En defecto de estas soluciones de consenso, el legislador establece como preferente el sistema de guarda y custodia compartida: art. 80.2 del CFA, según el cual, *el Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a los siguientes factores:*

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

3. *Antes de adoptar su decisión, el Juez podrá, de oficio o a instancia de parte, recabar informes médicos, sociales o psicológicos de especialistas debidamente cualificados e independientes, relativos a la idoneidad del modo de ejercicio de la autoridad familiar y del régimen de custodia de las personas menores.*

Con todo, el sistema establecido por el legislador aragonés no es rígido, salvo en un mandato que dirige al juez: el superior interés del menor. Así resulta de los propios términos de la norma autonómica –art. 76.2, conforme al cual *toda decisión, resolución o medida que afecte a los hijos menores de edad se adoptará en atención al beneficio e interés de los mismos*–. No podía ser de otro modo, por cuanto el Estado español ha ratificado la declaración de Naciones Uni-

das sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959 y la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, cuyos arts. 2º y 3º, respectivamente, proclaman el interés superior del niño como preferente. En este sentido, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, también dota de supremacía al interés del menor en toda decisión que al respecto se adopte –arts. 2 y 11.2.a)–.»

**Quinto:** La custodia compartida por parte de los progenitores es, por tanto, el régimen preferente y predeterminado por el legislador, en busca de ese interés del menor, en orden al pleno desarrollo de su personalidad. Se aplicará esta forma de custodia siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin, y no concurran otros elementos que hagan más conveniente la custodia individual, atendido el interés del menor. Por ello el apartado d) del precepto citado pone de relieve, como uno de los elementos a valorar, la aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos. Y el legislador cuida de establecer que el Juez podrá recabar los informes necesarios para adoptar la decisión más justa, atendiendo el interés superior del menor, relativos a la idoneidad del modo de ejercicio de la autoridad familiar y del régimen de custodia de las personas menores.

Es claro que ambos progenitores pueden ejercer, en forma compartida, la guarda y custodia, siempre que de los autos resulte su aptitud, idoneidad y voluntad para su ejercicio.

Pero en el caso de autos la prueba practicada, según ha sido valorada en las instancias procesales, y que no puede ser combatida en este recurso de naturaleza extraordinaria, muestra que el recurrente carece en la actualidad de esas aptitudes. Expresa la Audiencia Provincial que «el padre permanece sin trabajar, adoptando una actitud pasiva en todo lo referente al cuidado y atención de la menor»; y esta sencilla explicación es razón suficiente para excluir la custodia compartida en la forma solicitada, y atribuirle a la madre

quien, por el contrario, ha adoptado una actitud comprometida con la atención de la hija y su educación.

Como afirma la STS de 21 de julio de 2011 –aplicando la normativa correspondiente del Código Civil pero sentando criterio jurisprudencial que sirve al caso de autos–, con cita de doctrina precedente, *en la STS 252/2011, de 7 abril, se dijo que «en la apreciación de los elementos que van a permitir al juez adoptar la medida de la guarda y custodia compartida, cuando no exista acuerdo de los progenitores, tienen una importancia decisiva los informes técnicos que el juez puede pedir de acuerdo con lo que dispone el art. 92.9 CC. En el caso de que figuren estos informes, el juez debe valorarlos para formarse su opinión sobre la conveniencia o no de que se adopte esta medida, o bien cualquier otra siempre en beneficio del menor, como ha venido recordando esta Sala en sentencias de 1 y 8 octubre y 11 marzo 2010 y 28 septiembre 2009».*

Es de notar que, dada la joven edad de la menor, en este caso no son de aplicación otros de los factores considerados por el legislador aragonés, especialmente en el apartado c) del precepto de referencia.

Por lo expuesto, el recurso ha de ser desestimado, y confirmada la sentencia recurrida, que no vulnera los preceptos sustantivos denunciados por el recurrente.

**Sexto:** Las costas del presente recurso serán abonadas por la parte recurrente, de conformidad con lo previsto en el artículo 398.1, en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

#### FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso de casación, núm. 13 de 2011, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Belén Berrio Salvador en nombre y representación de don Yury Alejandro V. P., contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, en fecha

de 29 de marzo de 2011, con imposición de las costas del mismo a la parte recurrente.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Esta sentencia es firme por ministerio de la Ley, y contra ella no cabe recurso jurisdiccional alguno.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.